

Bogotá D.C., Julio de 2020

Honorables Magistrados

Corte Constitucional de Colombia

E. S. D.

Ref.: Acción pública de inconstitucionalidad contra el Decreto 071 de 2020.

LUIS RAMIRO TORRES LUQUERNA, persona natural, ciudadano colombiano en ejercicio y domiciliado en Bogotá. D.C., mayor de edad e identificado con la Cedula de Ciudadanía No: C.C 79.279.309 de Bogotá, y además representante legal del SINDICATO UNION SINDICAL DE TRABAJADORES DEL ESTADO, USTED; RAFAEL ACEVEDO SUAREZ persona natural, ciudadano colombiano en ejercicio y domiciliado en Bogotá. D.C., mayor de edad e identificado con la Cedula de Ciudadanía No: C.C. 91.207.242 de Bucaramanga; JAIME ARAUJO RENTERIA persona natural, ciudadano colombiano en ejercicio y domiciliado en Bogotá, D.C., mayor de edad e identificado con la Cedula de Ciudadanía No: C.C 5088025 de La Paz (Cesar), de conformidad con los artículos 40 numeral 6, 241 numeral 5, 242 numeral 1; 150 numeral 10 de la Constitución Política y en armonía con el Decreto 2067 de 1991, presentamos ante la Sala Plena de la Corte Constitucional ACCIÓN PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD contra los artículos o normas demandadas, abajo señaladas, del Decreto 071 de 2020, con el fin de que sean declaradas Inexequibles, “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”. (En adelante DIAN, o *Decreto-ley 071 de 2020*)

I.

NORMAS DEMANDADAS

Esta demanda se dirige principalmente contra los artículos: 11 numerales 11.1 y 11.2; artículo 12 numeral 12.1; Artículo 22 párrafo transitorio; artículo 27 párrafo transitorio; artículo 28; artículo 29; artículo 30; artículo 44; artículo 46 inciso 2; artículo 49; artículo 53 inciso primero; artículo 54 inciso primero; artículo 62 inciso 2 y 62.4; artículo 83 párrafo transitorio; artículo 97; artículo 123; artículo 144; artículo 149. etc. del decreto 071 de 2020. A continuación se transcriben las normas demandadas, tal como fueron publicadas en el Diario Oficial numero 51.206 de Enero 24 de 2020, subrayando los apartes de las disposiciones respecto de los cuales se cuestiona su constitucionalidad.

Como pretensión subsidiaria, solicitamos que se declare inexecutable la totalidad del decreto 071 de 2020, ya que debió tramitarse como ley estatutaria y no como decreto extraordinario (en adelante “Carrera Dian”).

Artículo 11. *Funciones de la Comisión de Personal.* Son funciones de la Comisión de Personal, las siguientes:

11.1 Velar porque los procesos de selección y evaluación del desempeño laboral se realicen conforme con lo establecido en el presente decreto-ley y en las demás disposiciones que lo reglamenten o desarrollen, sin perjuicio de las facultades de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

11.2 Solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, excluir de la lista de elegibles a las personas que hubieren sido incluidas sin reunir los requisitos exigidos en las respectivas convocatorias, o con violación a las leyes, este decreto-ley o los reglamentos que regulan el Sistema Específico de Carrera Administrativa.

11.3 Verificar que los empleos se provean en el orden de prioridad establecido en el presente decreto-ley.

11.4 Conocer y decidir en primera instancia sobre reclamaciones que formulen los empleados de carrera por la irregularidad en la provisión de empleos públicos mediante encargo, en aplicación de las normas previstas en el presente decreto-ley.

11.5 Conocer y decidir en primera instancia las reclamaciones que formulen los empleados de carrera que hayan optado por el derecho preferencial a ser reincorporados cuando se les supriman sus empleos, por considerar que han sido vulnerados sus derechos.

11.6 Poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos constitutivos de violación de las normas de carrera, para efectos de establecer las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales a que haya lugar.

11.7 Elaborar los informes que se requieran para el cumplimiento de sus funciones.

11.8 Las demás funciones que le sean atribuidas por la ley o el reglamento.

Parágrafo. Los empates que surjan en las decisiones de la Comisión de Personal serán dirimidos por el Jefe de Control Interno o por quien haga sus veces.

Artículo 12. *Funciones de la Escuela de Impuestos y Aduanas.* La Escuela de Impuestos y Aduanas tendrá las siguientes funciones:

12.1 **Desarrollar los cursos de formación que correspondan a la Fase II de los procesos de selección para la provisión definitiva de los empleos de carrera,** de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto-ley y en el reglamento.

12.2 Realizar la inducción previa al nombramiento en período de prueba, de los aspirantes que hayan superado el concurso de ingreso o de ascenso.

12.3 Coordinar y ejecutar el Plan Institucional de Capacitación, directamente o a través de terceros.

12.4 Las demás que le asigne el reglamento.

Artículo 22. *Formas de proveer los empleos de carrera administrativa.* Las vacancias definitivas y temporales de los empleos de carrera administrativa se proveerán de las siguientes formas:

22.1 Las vacancias definitivas se proveerán a través de concurso realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil. En este procedimiento de selección competirán en igualdad de condiciones las personas que deseen ingresar a la DIAN y los empleados públicos que pretendan ascender. En forma excepcional también se podrán proveer mediante encargo y nombramiento provisional, aplicando lo dispuesto para vacancias temporales según lo dispuesto en el presente decreto-ley.

22.2 Las vacancias temporales son aquellas que se presentan cuando el titular del empleo público se encuentra en una situación administrativa que implique separación temporal del mismo. Los empleos de carrera en vacancia temporal se pueden proveer a través del encargo o del nombramiento provisional:

a) *Encargo*. Por el término de la vacancia temporal o hasta que se provea en forma definitiva el empleo, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos, siempre y cuando acrediten los requisitos establecidos para el desempeño del empleo, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño haya sido excelente. En el evento en que no haya empleados con evaluación excelente, se podrá encargar a los empleados con evaluación sobresaliente.

El servidor a encargar deberá tomar posesión del empleo dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación del acto administrativo correspondiente. De no tomar posesión dentro del término indicado, se revocará el encargo sin que se requiera del consentimiento del servidor y se considerará que no ha aceptado dicho encargo.

b) *Nombramiento en provisionalidad*. Es aquel que se hace a una persona para proveer de manera transitoria un empleo de carrera en vacancia temporal o definitiva, con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil. La duración del nombramiento será por el término de la vacancia.

El nombramiento en provisionalidad procederá ante la inexistencia de empleados de carrera para ser encargados. La inexistencia de personal a encargar se produce cuando los empleados de carrera:

- i) No cumplen los requisitos para el desempeño de los empleos a proveer,
- ii) Han renunciado o no han aceptado un encargo en el último año,
- iii) Están desempeñando un empleo en calidad de encargo, o
- iv) Habiéndose ofertado internamente los empleos a proveer, los empleados de carrera que cumplan los requisitos para el cargo, en el plazo concedido, no manifiestan interés en ser encargados.

Parágrafo 1°. Cuando existan necesidades del servicio, el Director General de la DIAN podrá encargar a un servidor público que esté desempeñando otro empleo público a través de la figura del encargo, siempre y cuando este lleve en el mismo un término no inferior a tres (3) años.

Parágrafo 2°. Las reclamaciones contra la provisión de empleos mediante las modalidades de encargo o nombramiento provisional se deberán interponer, en primera instancia, ante la Comisión de Personal de la DIAN, dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación del acto administrativo, sin que se suspendan sus efectos.

La segunda instancia le corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual se deberá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión de primera instancia de la Comisión de Personal de la DIAN.

En el evento de prosperar la reclamación, se procederá de manera inmediata a la terminación del encargo o a la desvinculación del empleado nombrado en provisionalidad, según el caso.

Parágrafo transitorio. Sin perjuicio del régimen de transición dispuesto en el presente decreto-ley, la calificación de que trata el literal a) del numeral 22.2 del presente artículo corresponderá a la categoría “sobresaliente”, **hasta tanto el Director General apruebe y entre en vigor el nuevo instrumento de evaluación del desempeño de que trata el presente Decreto-ley.**

Artículo 27. *Requisitos para participar en el concurso de ascenso.* Para participar en los concursos o procesos de selección de ascenso, el empleado de carrera deberá cumplir los siguientes requisitos:

27.1 Acreditar derechos de carrera en el Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN.

27.2 Reunir los requisitos y condiciones exigidos para el desempeño del empleo, según se establece en el Manual Específico de Requisitos y Funciones.

27.3 Acreditar las competencias laborales a través de la certificación que expida la Escuela de Impuestos y Aduanas, o la correspondiente universidad o institución de educación superior acreditada por el Ministerio de Educación Nacional.

27.4 Haber obtenido calificación excelente o sobresaliente en la evaluación de

desempeño, en el año inmediatamente anterior a la convocatoria.

27.5 No haber sido sancionado disciplinaria ni fiscalmente dentro de los cinco (5) años anteriores a la convocatoria.

Parágrafo. La DIAN, al reportar la Oferta Pública de Empleos, deberá identificar los empleos que se deben proveer a través del concurso de ascenso. La Comisión Nacional del Servicio Civil validará la información y determinará el tipo de concurso en el acto administrativo que fije las reglas del proceso de selección.

Parágrafo transitorio. Sin perjuicio del régimen de transición dispuesto en el presente decreto-ley, la calificación de que trata el numeral 27.4 del presente artículo corresponderá a las categorías “sobresaliente”, “destacado” o “satisfactorio”, según corresponda, hasta tanto el Director General apruebe y entre en vigor el nuevo instrumento de evaluación del desempeño descrito en el presente decreto-ley.

Artículo 28. *Etapas del proceso de selección para ingreso y ascenso.* El proceso de selección para el ingreso o ascenso de los empleos públicos de la DIAN comprende: (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 período de prueba. El contenido y objeto de estas etapas se define a continuación:

28.1 *Convocatoria.* Es el acto administrativo expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, que previa coordinación y planeación con la DIAN, determina de manera precisa las reglas a que ha de sujetarse el proceso de selección para el ingreso o ascenso en el Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN.

La convocatoria es la ley del concurso y sólo podrá variarse mediante acto administrativo debidamente motivado y con plena divulgación a todos los participantes, por fuerza mayor o caso fortuito o cuando concurra alguna de las causales de corrección o modificación del acto previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con la debida antelación, para no alterar las condiciones de igualdad en que debe realizarse el concurso.

Será requisito para la expedición del acto administrativo de convocatoria contar previamente con el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal para atender el costo del concurso, así como para amparar los nombramientos que se deriven del mismo.

28.2 *Reclutamiento.* En esta etapa del concurso, se realiza la inscripción del mayor número de aspirantes posible que reúnan los requisitos debidamente comprobados, para el desempeño del empleo o empleos objeto del concurso, conforme a las reglas específicas establecidas en la convocatoria.

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

- a) Se diseñarán para identificar y validar las competencias de los aspirantes, de acuerdo con lo requerido en los niveles jerárquicos de los empleos y las calidades laborales requeridas para desempeñar con eficiencia el empleo a cuyo ingreso o ascenso se aspira.
- b) Tendrá el derecho a integrar la lista de elegibles y a ser nombrado en la vacante convocada quien obtenga un puntaje total aprobatorio que, en ningún caso, sea inferior al setenta por ciento (70%) del máximo posible en el concurso, y quien haya aprobado los exámenes médicos y de aptitudes psicofísicas. Sin perjuicio de lo anterior, la convocatoria podrá establecer un puntaje total aprobatorio superior.
- c) La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, que correspondan a criterios de objetividad e imparcialidad y con observancia del principio constitucional de transparencia en el ejercicio de la función administrativa.

28.4 *Lista de elegibles.* Para el caso de los procesos de selección para empleos del nivel profesional de los procesos misionales, la lista de elegibles se conformará en estricto orden de mérito de acuerdo con la sumatoria de los puntajes ponderados

obtenidos por el aspirante en la Fase I y en la Fase II de que trata el presente decreto-ley, siendo en todo caso la del curso (Fase II) la de mayor peso.

Para el caso de los procesos de selección para empleos diferentes a los del nivel profesional de los procesos misionales, la lista de elegibles se conformará en estricto orden de mérito, de conformidad con la sumatoria de los puntajes ponderados de las pruebas de selección definidas en la convocatoria.

28.5 *Período de prueba.* Este período de prueba será hasta de seis (6) meses contados a partir de la terminación de la etapa de inducción para el ejercicio del empleo. El período de inducción tendrá la duración que en cada caso se establezca en la convocatoria.

28.6 *Período de prueba de ascenso.* Es aquel que se efectúa en los términos previstos en el presente decreto-ley para la provisión de cargos de carrera de mayor jerarquía de cualquier nivel, previa realización de concurso de ascenso para personas que al momento del nombramiento se encuentran escalafonadas en el Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN. La duración de este período no podrá exceder de seis (6) meses.

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 la infraestructura y la capacidad logística para el desarrollo del curso.**

En ambos escenarios, el curso de formación tendrá un número mínimo de ciento veinte (120) horas, que será definido en el acto de convocatoria, sobre conocimientos específicos en asuntos tributarios, aduaneros y/o cambiarios, según corresponda, en relación con las funciones del área funcional y la categoría del empleo, para cuya provisión se hubiere convocado el concurso.

En virtud del principio de especialidad y sin perjuicio de la planta global y flexible de la Entidad, los programas específicos del curso de formación solamente pueden circunscribirse al asunto tributario, aduanero y/o cambiario, según el proceso misional al cual pertenece el empleo a proveer.

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 44. *Período de la evaluación del desempeño.* El período ordinario de la evaluación de desempeño es de un (1) año, transcurridos los primeros seis (6) meses del periodo ordinario de evaluación se deberá realizar al menos una evaluación de seguimiento parcial, o las evaluaciones parciales que se requieran. En el reglamento que expida el Director General de la DIAN, determinará el periodo a evaluar, las evaluaciones parciales, así como las evaluaciones extraordinarias.

Artículo 46. *Categorías de la evaluación de desempeño.* La evaluación del desempeño de los empleados pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN tendrá como resultado alguna de las siguientes categorías: (i) excelente, (ii) sobresaliente, (iii) satisfactorio o (iv) no satisfactorio.

Los puntajes a ser obtenidos en cada una de las categorías, el plan de incentivos y demás aspectos relacionados con la evaluación de desempeño no previstos en el presente Decreto-ley, serán determinados en el decreto reglamentario correspondiente, el cual deberá ser expedido en un plazo máximo de doce (12) meses contados a partir de la expedición del presente decreto-ley.

Artículo 49. *Obligación de evaluar el desempeño.* Los empleados públicos de la DIAN con personal a cargo, es decir el jefe o coordinador inmediato del empleado, serán los responsables de evaluar el desempeño laboral de dicho personal, sin perjuicio de la participación en la evaluación de otros empleados que hayan intervenido en los procesos en los cuales concurra el evaluado, y de los usuarios o clientes destinatarios de los servicios prestados por el empleado. Para estos efectos, los evaluadores deberán realizar la evaluación, siguiendo la metodología contenida en el instrumento que apruebe para tal fin el Director General de la DIAN, según las disposiciones del presente decreto-ley.

De conformidad con el Código Disciplinario Único o las normas que lo modifiquen o sustituyan, el incumplimiento del deber de evaluar de forma correcta y veraz por parte del responsable constituye falta disciplinaria, sin perjuicio de que cumpla con la obligación de evaluar y aplicar rigurosamente el procedimiento señalado para la evaluación.

Artículo 53. *Instrumentos de evaluación de los empleados del Sistema Específico de Carrera.* En desarrollo de las facultades de gestión y administración del talento humano de la Entidad, el Director General de la DIAN, mediante resolución, aprobará los instrumentos de evaluación del desempeño de los empleados del Sistema Específico de Carrera. Dichos instrumentos tendrán en cuenta parámetros objetivos, cualitativos y cuantitativos previamente señalados al cumplimiento de metas y objetivos institucionales. Lo anterior de conformidad al plan anual de gestión adoptado para cada una de las dependencias.

En los instrumentos se deberán definir los períodos de calificación, las escalas de valoración con su respectiva interpretación; el puntaje mínimo satisfactorio y el que indique el nivel de excelencia para efectos de incentivos; los criterios de desempate para el otorgamiento de incentivos; y el procedimiento de comunicación.

Contra la evaluación del desempeño de los empleados del Sistema Específico de Carrera procederá el recurso de reposición ante el responsable de evaluar y el recurso de apelación ante el superior inmediato de este.

Artículo 54. *Instrumentos de evaluación del desempeño de los empleados de libre nombramiento y remoción, y vinculados mediante nombramiento provisional.* En desarrollo de las facultades de gestión y administración del talento humano de la Entidad, el Director General de la DIAN, mediante resolución, aprobará los instrumentos de evaluación del desempeño de los empleados de libre nombramiento y remoción, y de los vinculados en provisionalidad. Dichos instrumentos se sujetarán, en lo que les sea compatible, a los criterios y condiciones señalados en el artículo anterior.

La evaluación del desempeño de los empleados provisionales en ningún caso genera derechos de carrera, y la de los empleados de libre nombramiento y remoción no origina el cambio de naturaleza del empleo ni estabilidad en el empleo.

Artículo 62. *Procedimientos de identificación, definición, aplicación, evaluación y acreditación de competencias.* Los procedimientos de identificación, definición, aplicación, evaluación y acreditación de competencias deberán adelantarse conjuntamente por la Subdirección de Talento Humano o la dependencia que haga sus veces y la Escuela de Impuestos y Aduanas.

Le corresponde al reglamento del presente decreto-ley determinar los criterios a tener en cuenta para la implementación de los citados procedimientos. En todo caso, se deberán atender las siguientes reglas:

62.1 Los procedimientos de identificación, evaluación y acreditación de competencias deben recaer sobre todos los servidores de la DIAN.

62.2 Los procedimientos de identificación, definición, aplicación, evaluación y acreditación de competencias, deben tener en cuenta los empleos de cada categoría. La

información respecto a los procedimientos debe encontrarse en el Registro Único de Personal (RUP) administrado por la Subdirección de Talento Humano o la dependencia que haga sus veces.

62.3 Los procedimientos de identificación, definición, aplicación, evaluación y acreditación de competencias se deben realizar con una periodicidad de dos (2) años. De igual modo, puede hacerse por fuera de este período cuando responda a las necesidades de movilidad horizontal o vertical.

62.4 El Gobierno nacional fijará los parámetros técnicos que debe reunir la Escuela de Impuestos y Aduanas con el propósito de acreditar y certificar competencias laborales.

62.5 Los parámetros de acreditación de competencias laborales deberán estar acordes con aquellos reconocidos internacionalmente, con el fin de hacer posible el cumplimiento de compromisos que el Estado colombiano ha adquirido en materia tributaria, aduanera y/o cambiaria.

Artículo 83. *Requisitos de la comisión de estudios.* La comisión de estudios solo podrá otorgarse a los servidores que cumplan los siguientes requisitos:

83.1 Haber prestado sus servicios en la Entidad por un tiempo no inferior a un (1) año.

83.2 Haber obtenido calificación excelente o sobresaliente durante el año inmediatamente anterior.

83.3 No haber sido beneficiario de comisión de estudios durante los cinco (5) años anteriores a la solicitud.

83.4 No haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente por faltas graves en los últimos cinco (5) años, inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud.

83.5 Concepto escrito favorable del jefe inmediato.

83.6 Suscribir convenio en virtud del cual el servidor se obligue al cumplimiento del objeto para el cual fue conferida la comisión, y a prestar efectivamente sus servicios a la Entidad por un tiempo equivalente al doble del que dure la comisión, contado a partir de la fecha en que se reintegre al servicio.

83.7 Suscribir póliza de garantía de cumplimiento del convenio, por el término de este y seis (6) meses más, por el ciento por ciento (100%) del valor total de los salarios y prestaciones pagadas al servidor durante el término de la comisión, y demás gastos adicionales que se originen a cargo de la Entidad con ocasión de la misma.

83.8 Cuando la comisión surja de una invitación de gobierno extranjero u organismo internacional, y medien las circunstancias establecidas en el artículo 129 y en el numeral 18 del artículo 189 de la Constitución, se deberá tramitar el permiso respectivo ante el Gobierno nacional.

Parágrafo. Para las comisiones de estudios que se concedan por medio tiempo, debe suscribirse convenio mediante el cual el comisionado se compromete a prestar sus servicios a la Entidad, por un tiempo adicional igual al de duración de la comisión.

Adicionalmente, el empleado debe suscribir una póliza de garantía de cumplimiento por el término señalado en el inciso anterior y por el cincuenta (50%) del valor total de los gastos en que haya incurrido la Entidad, con ocasión de la comisión de estudios y los sueldos que el empleado pueda devengar durante el transcurso de su permanencia.

Parágrafo transitorio. Sin perjuicio del régimen de transición dispuesto en el presente decreto-ley, la calificación de que trata el numeral 83.2 del presente artículo corresponderá a las categorías “sobresaliente”, “destacado” o “satisfactorio”, según corresponda, hasta tanto el Director General apruebe y entre en vigor el nuevo instrumento de evaluación del desempeño descrito en el presente decreto-ley.

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.

Artículo 149. *Régimen de transición.* Los asuntos que requieran reglamentación o desarrollo administrativo, por expresa disposición del presente decreto-ley, serán aplicables una vez se expida el correspondiente decreto reglamentario o las resoluciones, según corresponda. Entre tanto, dichos asuntos se regularán por las normas vigentes al momento de la entrada en vigencia del presente decreto-ley.

II.

NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS O VULNERADAS

Las normas acusadas desconocen el preámbulo y los artículos de la Constitución Política de Colombia que se señalan a continuación: 1, 2, 5, 6, 13, 23, 25, 29, 39, 40, 53, 54, 83, 93, 121, 125, 130, 150 numeral 10, 152, 153, 209.

Además, en virtud del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, violan también los artículos 24, 25, de la Convención Americana de Derechos Humanos. Artículos 6, 7 y 8 del **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"**. Los artículos 14, 22, 25, 26, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Los artículos 6, 7, 8, del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de la ONU; y los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

III.

RAZONES O CONCEPTO DE LA VIOLACION

Metodológicamente el presente apartado de la demanda ha sido estructurado de la siguiente manera: En Primer lugar se señala el marco constitucional o del bloque de constitucionalidad, con los principios, valores y derechos fundamentales relevantes para esta demanda y en segundo lugar, en aplicación de ese marco constitucional se pasará a desarrollar los cargos concretos de inconstitucionalidad de las normas acusadas.

1.- EL DECRETO LEY 071 DE 2020, VIOLA LOS ARTICULOS 125, 150 NUMERAL 10 Y 130 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA.

Varias normas del decreto 071 de 2020, violan los artículos 125, 130; y 150 numeral 10 de la constitución. Esta violación se hace de diversas formas: en algunas oportunidades se viola una de estas tres normas de la constitución, en otras dos o tres y hay eventos en que una misma norma constitucional se viola varias veces; como más adelante lo demostraremos.

2.- PREMISAS FUNDAMENTALES

Para el análisis de la violación de la constitución por el decreto 071 de 2020, se hace necesario relacionar esos 3 artículos de la constitución con tres temas íntimamente ligados a ellos y que son: La reserva de ley; la Comisión Nacional del Servicio Civil y las facultades extraordinarias

3.-PRIMER TEMA: VIOLACION DEL ART. 125 DE LA CONSTITUCION. RESERVA DE LEY

El primero de ellos, el artículo 125 se refiere al tema de la denominada reserva de ley.

Aquí debemos precisar qué de conformidad con nuestra constitución existe una modalidad especial de reserva de ley, qué es la denominada reserva de ley estatutaria, del artículo 152 de la constitución política y otra modalidad de la reserva de ley, la denominada reserva de ley ordinaria. Ahora nos estamos refiriendo a esta 2 modalidad.

La corte constitucional ha dicho en varias oportunidades que todas las carreras administrativas incluida la de la DIAN, sólo pueden regularse mediante reserva de ley, para significar que no es posible regular ninguna carrera administrativa mediante decretos reglamentarios; o dicho de manera más clara, que está prohibido regular las carreras administrativas mediante decretos reglamentarios o mediante la potestad reglamentaria del Presidente de la Republica.

La afirmación de la Corte tiene respaldo constitucional en el artículo 125 de la constitución y especialmente en el inciso tercero de la misma norma que dice expresamente que “el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”; de igual manera el inciso 4 del art. 125 de la constitución establece que el retiro de la carrera comenzando por la calificación no satisfactoria es competencia de la constitución o la ley, existe en esta materia del retiro también reserva de ley:

Veamos la norma

Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

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

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

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario **y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.**

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Parágrafo. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido. (Subrayas Nuestras)

Vemos que el artículo 125 de la Constitución establece expresamente la reserva de ley para fijar las condiciones de ingreso, ascenso y retiro todas las carreras administrativas, incluida la de la Dian y que es la misma ley quién puede establecer los requisitos y las condiciones para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes y la calificación no satisfactoria y todo lo relacionado con el retiro de la carrera administrativa; a contrario sensu, estos elementos no pueden ser fijados por el gobierno mediante reglamento y tampoco pueden ser fijados por ninguna otra autoridad de la rama ejecutiva del poder público, incluido el director general de la Dian, mediante resoluciones.

No sobra recordar que la potestad reglamentaria del señor presidente de la república no puede ser transferida al director general de la Dian.

4.-SEGUNDO TEMA: VIOLACION DEL ART. 150 NUMERAL 10 DE LA CONSTITUCION. LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS

El segundo gran tema que nos ocupa es el artículo 150 numeral 10 de la constitución, sobre facultades extraordinarias. Esta norma, establece la temporalidad de las facultades extraordinarias del ejecutivo para dictar decretos extraordinarios, con fuerza de ley, que en ningún caso pueden exceder del tiempo de seis meses.

La razón de ser de este límite temporal es muy sencillo, el Ejecutivo, por regla general no hace la ley, solo está facultado para ejecutar la que hace el congreso, por eso se denomina ejecutivo; por que ejecuta lo que ha hecho el legislador. Pues bien, pasado el término de las facultades el gobierno no puede seguir dictando normas con fuerza de ley, pues ya perdió la competencia para hacerlo. No puede hacerlo directamente, ni tampoco diciendo en el decreto que expide que después lo reglamentara, pues esta es una manera encubierta, de seguir legislando bajo el pretexto del reglamento.

Veamos la norma en la parte pertinente

ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.” (Subrayas y negrilla nuestras)

El hecho de que en varias disposiciones del decreto 071 de 2020 se diga que varias normas sobre el Sistema Específico de Carrera de la DIAN se regularan e implementaran a partir de decretos reglamentarios del Ejecutivo, o de normas expedidas por el Director General de la Dian, resulta ser una extralimitación en el uso de las facultades extraordinarias que el Congreso le otorgó al Gobierno para regular el mencionado sistema de carrera. Esto por cuanto ya venció el termino dentro del cual el Gobierno estaba autorizado para emitir la regulación sobre la carrera administrativa de la Dian y los decretos que en adelante emita el Gobierno sobre el tema, se harán por fuera de dicho término. Esta extralimitación en el uso de las facultades extraordinarias tiene como presupuesto la premisa según la cual la regulación del sistema de carrera de la DIAN se debe hacer dentro de la vigencia de dichas facultades, porque la materia en cuestión debe ser regulada por normas con rango de ley y no por reglamentos. Esto es, existe una reserva de ley sobre la regulación de la carrera administrativa de la Dian.

No puede, el ejecutivo directamente o por medio del director General de la Dian bajo la cobertura del reglamento seguir dictando normas jurídicas, ya que esto es un fraude al artículo 150 numeral 10 pues ya las facultades se agotaron. Este subterfugio es una violación de la Constitución al permitir que el propio decreto ley, se auto faculte, para bajo el pretexto del poder reglamentario, para seguir dictando normas para las cuales ya perdió la competencia excepcional que tenía, pero qué ahora ya no tiene.

Esta es una manera subrepticia de prorrogar la competencia del ejecutivo y; lo que es más grave, convirtiendo en regla general la excepción, ya que sólo por excepción puede legislar y bajo el pretexto de la potestad reglamentaria se convierte en un legislador permanente, esto es una defraudación a la Constitución y concretamente al artículo 150 numeral 10 de la misma.

5.-TERCER TEMA: VIOLACION DEL ART.130 DE LA CONSTITUCION. VIOLACION DE LAS COMPETENCIAS DE LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL A ADMINISTRAR Y VIGILAR LA CARRERA DE LA DIAN.

El tercer tema que nos ocupa es el artículo 130 de la constitución que establece que el órgano competente de manera exclusiva y excluyente para administrar y vigilar la carrera administrativa de la Dian es la Comisión Nacional del Servicio Civil. Esta institución es la garante en primer lugar del numeral 7° del artículo 40 de la constitución, que establece el Derecho fundamental de los ciudadanos de Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, para participar en el

ejercicio del poder político y desempeñarlo democráticamente para hacer realidad el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo colombiano. Es garante también de otros derechos fundamentales como el de la igualdad, al trabajo, la Dignidad, la libertad; etcétera. Sus competencias no pueden ser desconocidas ni usurpadas por el gobierno nacional y mucho menos por un funcionario de inferior jerarquía como es el director general de la Dian.

Veamos el art. 130 de la constitución:

ARTICULO 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

De conformidad con esta norma, las únicas carreras que no administra o vigila son las de origen constitucional; en consecuencia vigila y administra la de la Dian.

6.-JURISPRUDENCIA SOBRE LOS ARTICULOS 125; 130 Y 150 NUMERAL 10 DE LA C.P.

Veamos lo que ha dicho la jurisprudencia de la corte sobre los artículos 125, 150 numeral 10 y 130 de la constitución para ver cómo se violan en el decreto 71 el 2020 y por lo mismo, este ultimo debe ser declarado inconstitucional.

6.1.-JURISPRUDENCIA SOBRE EL ART. 125. RESERVA DE LEY

6.1.1.-Sentencia C-372-1999

“Ahora bien, el mismo artículo, en el aparte acusado, otorga al Gobierno Nacional la facultad de reglamentar los concursos generales para proveer los empleos de carrera administrativa.

La Carta establece que los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes respecto del ingreso y ascenso a los cargos de carrera, deben ser fijados por el legislador. No le corresponde al Gobierno, a través del reglamento, establecer esas pautas y, por tanto, serán declaradas inexecutable las expresiones acusadas del artículo 24.

Más adelante la Corte dice:

5.6 El artículo 125 de la Carta Política señala expresamente las siguientes causales que dan lugar al retiro del servicio: la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo y la violación del régimen disciplinario. Y el mismo canon establece que el retiro puede darse por "las demás causales previstas en la Constitución o la ley".

Nos encontramos ante un mandato constitucional que fija competencias, cuyos alcances no pueden ser desvirtuados por el legislador para ampliar el ámbito de las mismas, autorizando al Ejecutivo o a otros órganos para hacer aquello que, según la Carta, únicamente el Constituyente o el propio legislador pueden hacer.

Ya en ocasiones anteriores lo ha subrayado así esta Corte, excluyendo de la normatividad positiva disposiciones que pretendieron desconocer la reserva constitucional de ciertas funciones en cabeza de la ley, con el objeto de transferirlas a autoridades administrativas.

Así, por ejemplo, mediante Sentencia C-564 del 30 de noviembre de 1995 (M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo), la Corte declaró inexecutable el parágrafo del artículo 33 de la Ley 182 de 1995, que permitía a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión modificar los porcentajes mínimos de programación nacional fijados por el legislador.

El fundamento de la inconstitucionalidad, que resulta válido también en este proceso, se consignó así:

"...la función legislativa -salvo la expresa y excepcional posibilidad de otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República (artículo 150, numeral 10, C.P.)- no puede ser entregada por el Congreso al Gobierno y menos todavía a otros organismos del Estado, así gocen de autonomía, ya que ésta únicamente es comprensible en nuestro sistema jurídico bajo el criterio de que se ejerce con arreglo a la ley.

Entonces, si el Congreso se desprende de la función que le es propia y la traspassa a otra rama del poder público, o a uno de sus órganos, viola el artículo 113 de la Constitución, que consagra, sin perjuicio de la colaboración armónica, la separación de funciones. Una norma que contravenga este principio despoja a las disposiciones legales de su estabilidad y les resta jerarquía".

El artículo 37 acusado, al admitir que los reglamentos puedan determinar las causas de retiro del servicio de los empleados de carrera, viola flagrantemente el postulado que se acaba de exponer y desconoce sin duda el artículo 125 de la Constitución, pues amplía una atribución que el Constituyente limitó de manera específica a la propia Carta y a la ley. Además, implica una desprotección a la estabilidad de los trabajadores, quienes encuentran en la reserva de ley eficaz garantía de su estabilidad, toda vez que en la Constitución se unifica en cabeza del legislador la competencia para señalar los motivos que pueden llevar a su salida del servicio, sin que sea posible que de manera fácil la propia administración los amplíe. En tal virtud, se declarará la inexecutable de las expresiones "y los reglamentos", pertenecientes al literal k) del citado artículo".

6.1.2.-Sentencia C-1262 de 2005

“Reserva de ley, facultades extraordinarias [delegación legislativa] y límites de la potestad reglamentaria en materias reservadas a la ley.

45.- La técnica de reserva de ley se refiere a la exigencia, dentro del ordenamiento jurídico, que ciertas materias se regulen necesariamente mediante normas con fuerza de ley. Dicho de otra manera, los asuntos reservados a las normas legislativas, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones. Así, la determinación de dicha reserva en nuestro ordenamiento se ha contemplado en el texto constitucional, de manera general para los derechos fundamentales en el artículo 152 Superior. Incluso si los artículos en concreto de la parte sustancial de la Constitución no lo expresan explícitamente. De otro lado, también la reserva de ley se contempla para asuntos distintos a la regulación de los derechos fundamentales, en los casos en que las normas constitucionales así lo disponen de manera textual. El efecto de lo anterior es la obligación de que las prescripciones normativas que regulen materias reservadas a la ley, consten en disposiciones que pertenezcan a cuerpos normativos de rango legal¹, de lo contrario vulnerarían la Constitución.

Más adelante la Corte Dice:

En este orden de ideas, si bien el efecto de la reserva de ley es que la regulación de las materias reservadas deben estar contenidas en normas con rango de ley, no lo es menos que para la ejecución de las mismas, en la mayoría de las ocasiones se debe desarrollar un reglamento que haga posible dicha aplicación². Esto lo determina nuestro orden constitucional en el artículo 189.11 Superior, mediante la potestad reglamentaria atribuida al Ejecutivo. Pero, la Corte ha recalcado que la potestad reglamentaria “...no es absoluta pues encuentra su límite y radio de acción en la Constitución y en la ley, es por ello

¹ Las normas con rango de ley en nuestro ordenamiento jurídico son: la leyes expedidas por el Congreso en cualquiera de sus modalidades (arts. 150, 151 y 152 C.N), los decretos con fuerza de ley expedidos por el Ejecutivo con fundamento, tanto en normas constitucionales (por ejemplo arts. 212, 213 y 215 C.N), como en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso (art 150.10 C.N) y demás decretos leyes, tales como los que se dictan en virtud del artículo 241 de la Constitución, entre otros.

² “Como reiteradamente se ha afirmado, la potestad reglamentaria es una facultad constitucional propia del Presidente de la República (art. 189-11 C.P.) que lo autoriza para expedir normas de carácter general destinadas a la correcta ejecución y cumplimiento de la ley. (...) La facultad con que cuenta el Presidente de la República de reglamentar la ley está sujeta a ciertos límites, que no son otros que la Constitución y la ley misma, ya que no puede en este último evento ampliar, restringir o modificar su contenido. Es decir, que las normas reglamentarias deben estar subordinadas a la ley respectiva y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella. No se olvide que cualquier exceso en el uso de la potestad reglamentaria por parte del Ejecutivo se traduce en inconstitucionalidad por extralimitación del ámbito material del reglamento.” C-302 de 1999.

*que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la Administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador. Por lo tanto, si un reglamento rebosa su campo de aplicación y desconoce sus presupuestos de existencia, deberá ser declarado inconstitucional por la autoridad competente (El Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 237-2 de la Constitución)”.*³ En consecuencia, asuntos sustanciales de la materia objeto de reserva escapan al alcance de la regulación mediante decretos reglamentarios, *a contrario sensu* cuando la Constitución exige que ciertas materias deben ser reguladas por la ley, el legislador no puede establecer, que el Presidente despliegue su potestad reglamentaria sobre la materia reservada, ni el mismo Presidente puede rebasar en sus reglamentaciones el ámbito sustancial de la materia reservada.

Más adelante la Corte dice:

...En el presente caso la carrera administrativa es una materia cobijada por una reserva de ley en los términos del artículo 125 y además es un desarrollo directo del derecho constitucional fundamental previsto en el artículo 40.7 de la Constitución.

Inexequibilidad del párrafo transitorio del artículo 21.

49.- De conformidad con lo explicado, encuentra la Sala que en efecto el artículo 125 de la Constitución establece que “corresponde a la ley” fijar las condiciones y requisitos que se deben cumplir para el ingreso y ascenso en los cargos de carrera. Es decir establece de manera explícita una reserva de ley sobre dicha materia. Sobre el particular ha dicho la Corte: “[e]n términos generales, el Constituyente dejó en cabeza del legislador, la facultad de regular la carrera administrativa, como mecanismo de acceso a las entidades y órganos del Estado, teniendo como único parámetro, garantizar los principios y valores que inspiran la Carta fundamental, entre ellos el derecho a la igualdad.”⁴ De ahí que frente al alcance de los reglamentos en el desarrollo de esta materia haya afirmado esta Sala que: “[n]os encontramos ante un mandato constitucional que fija competencias, cuyos alcances no pueden ser desvirtuados por el legislador para ampliar el ámbito de las mismas, autorizando al Ejecutivo o a otros órganos para hacer aquello que, según la Carta, únicamente el Constituyente o el propio legislador pueden hacer.”⁵

³ [Énfasis fuera del texto] C-028 de 1997, reiterada en la C-302 de 1999.

⁴ C-837 de 2003. En esta sentencia se declaró la inexequibilidad del el párrafo 1 del artículo 15 de la Ley 443 de 1998, el cual establecía que para participar en los concursos de ascenso se debía cumplir con los requisitos del empleo y con las demás condiciones que se establecieran en los reglamentos. La *ratio decidendi* de esta sentencia se acogió a la de la C-372 de 1999 (Vid. nota al pie # 50 de esta sentencia)

⁵ C-372 de 1999. En esta sentencia se declaró inexecutable la posibilidad de que las causales de retiro de la carrera se estipularan en el reglamento (Lit, k) art 37 Ley 443 de 1998), se argumentó para ello lo siguiente: “Así, por ejemplo, mediante Sentencia C-564 del 30 de noviembre de 1995 (M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo), la Corte declaró inexecutable el párrafo del artículo 33 de la Ley 182 de 1995, que permitía a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión modificar los porcentajes mínimos de programación nacional fijados por el legislador. El fundamento de la inconstitucionalidad, que resulta válido también en este

52.- Ha dicho la Corte sobre la naturaleza de la Comisión Nacional del Servicio Civil:

"La Comisión del Servicio Civil es, entonces, una sola y, a juicio de la Corte, no tiene un carácter de cuerpo asesor o consultivo del Gobierno ni de junta o consejo directivo de composición paritaria o con mayoría prevalente de los organismos estatales o de los trabajadores, ni de las entidades territoriales en cabeza de sus autoridades.

*"Se trata en realidad de un ente autónomo, de carácter permanente y de nivel nacional, de la más alta jerarquía en lo referente al manejo y control del sistema de carrera de los servidores públicos, cuya integración, período, organización y funcionamiento deben ser determinados por la ley. No hace parte del Ejecutivo ni de otras ramas u órganos del poder público y debe ser dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, para que pueda cumplir con eficiencia los cometidos constitucionales que le corresponden."*⁶ [Énfasis fuera de texto]

Sobre sus funciones se señaló que *"...respecto de la competencia administrativa y de vigilancia de la Comisión sobre la carrera general de los servidores del Estado (art. 125 de la C.P), las facultades de la Comisión Nacional del Servicio Civil, no reviste la menor duda."*⁷ También, reiterando lo anterior se afirmó en la C-734 de 2003 que: *"[e]l artículo 130 de la Carta Política señala que la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos con excepción de las que tienen carácter especial corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil. Al respecto la Corte ha*

proceso, se consignó así: <...la función legislativa -salvo la expresa y excepcional posibilidad de otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República (artículo 150, numeral 10, C.P.)- no puede ser entregada por el Congreso al Gobierno y menos todavía a otros organismos del Estado, así gocen de autonomía, ya que ésta únicamente es comprensible en nuestro sistema jurídico bajo el criterio de que se ejerce con arreglo a la ley. Entonces, si el Congreso se desprende de la función que le es propia y la traspa a otra rama del poder público, o a uno de sus órganos, viola el artículo 113 de la Constitución, que consagra, sin perjuicio de la colaboración armónica, la separación de funciones. Una norma que contravenga este principio despoja a las disposiciones legales de su estabilidad y les resta jerarquía>. El artículo 37 acusado, al admitir que los reglamentos puedan determinar las causas de retiro del servicio de los empleados de carrera, viola flagrantemente el postulado que se acaba de exponer y desconoce sin duda el artículo 125 de la Constitución, pues amplía una atribución que el Constituyente limitó de manera específica a la propia Carta y a la ley. Además, implica una desprotección a la estabilidad de los trabajadores, quienes encuentran en la reserva de ley eficaz garantía de su estabilidad, toda vez que en la Constitución se unifica en cabeza del legislador la competencia para señalar los motivos que pueden llevar a su salida del servicio, sin que sea posible que de manera fácil la propia administración los amplíe. En tal virtud, se declarará la inexecutable de las expresiones "y los reglamentos", pertenecientes al literal k) del citado artículo."

⁶ C-372 de 1999

⁷ C-746 de 1999. También se puede ver la C-370 de 1999, entre otras.

precisado que las carreras especiales a las que alude la norma, pueden tener origen constitucional⁸ o legal, y que corresponde a la ley, bien directamente o mediante el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República, establecer su régimen en plena concordancia con los principios constitucionales⁹, así como los órganos encargados de la administración y vigilancia de las mismas.¹⁰”¹¹ Por lo anterior, la Corte encuentra vulnerado el mandato constitucional que vincula a la Comisión Nacional del Servicio Civil como responsable de la administración de las carreras de los servidores públicos (art. 130 C.N), por ende declarará inexecutable el último inciso del numeral 2º del artículo 36 del Decreto 765 de 2005.”

6.2.-SENTENCIAS SOBRE VIOLACION DEL ARTICULO 150 NUMERAL 10. FACULTADES EXTRAORDINARIAS.

6.2.1.-SENTENCIA C-249 DE 2019

4. Alcance del control de constitucionalidad sobre los decretos leyes expedidos bajo la facultad del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, en especial el Decreto Ley 019 de 2012 y su ley habilitante 1471 de 2011

4.1 En múltiples pronunciamientos, la Corte Constitucional ha precisado que la aplicación de las facultades legislativas extraordinarias debe regirse por la excepcionalidad y deben interpretarse de manera restrictiva¹², porque implica el traslado de la función del Congreso al ejecutivo, es decir, una alteración en el reparto ordinario de competencias normativas. Tales parámetros han sido utilizados para verificar el uso de la potestad reguladora del numeral 10 del artículo 150

⁸ [Cita del aparte transcrito] *En ese orden de ideas la Corte ha precisado cuáles son las carreras especiales señaladas por la Constitución, a saber, la de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (artículos 217 y 218); la Fiscalía General de la Nación (artículo 253); la Rama Judicial del poder público (artículo 256, numeral 1º); la Contraloría General de la República (artículo 268 numeral 10º), y la Procuraduría General de la Nación (artículo 279), así como la carrera de la universidades del Estado (artículo 69). Ver la Sentencia C-746/99 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.*

⁹ [Cita del aparte transcrito] *La Corporación ha advertido en efecto que los regímenes especiales de origen legal se encontrarán acordes con la Constitución solamente “en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general”. La Corte ha advertido además que el establecimiento por parte del legislador de regímenes especiales de carrera debe responder a un principio de razón suficiente, que respalde y justifique la decisión de sacar de la órbita del sistema general de carrera a una determinada entidad, arguyendo la singularidad, proyección e importancia de las funciones a su cargo. Ver Sentencia C-563/00 M.P. Fabio Morón Díaz..*

¹⁰ [Cita del aparte transcrito] *Ver entre otras las sentencias C-746 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-563/00 M.P. Fabio Morón Díaz, C-517/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C- 313/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis.*

¹¹ Fundamento Jurídico # 2.5.2 [Énfasis fuera de texto]

¹² Sentencias C-261 de 2016, C-562 de 2015, C-219 de 2015 C-306 de 2004, C-510 y C-512 de 1992

Superior en el caso de la Ley 1474 de 2011, que concluyó con la expedición del Decreto 019 de 2012.

4.2. La Constitución Política de 1991 restringió la concesión de la facultad legislativa extraordinaria que otorga el Congreso al Presidente la República¹³, debido a que su continuo uso debilita el principio democrático y empobrece la deliberación al interior del órgano de representación popular.

Los límites de la habilitación extraordinaria son de rango constitucional y han sido objeto de interpretación por parte de la jurisprudencia, de manera que fueron sintetizados en parámetros normativos, a saber: i) la solicitud de funciones legislativas es una potestad exclusiva y expresa del Gobierno Nacional¹⁴, al igual que debe estar justificada en motivos de necesidad o convivencia pública¹⁵; ii) la habilitación tiene un plazo máximo de 6 meses¹⁶; iii) la aprobación de las facultades legislativas extraordinarias debe contar con la mayoría absoluta de los miembros del Congreso para su otorgamiento¹⁷; iv) el órgano legislativo ordinario tiene la competencia para modificar los decretos leyes que se expiden en virtud del numeral 10 del artículo 150¹⁸; v) la habilitación tiene el deber de delimitar con precisión las facultades conferidas¹⁹, por lo que su interpretación es restrictiva a su alcance en relación con su utilización, al punto que deben atribuirse al tenor literal de la disposición habilitante²⁰. Aquí, la ley debe indicar el ámbito sustantivo del ejecutivo, la finalidad que éste debe perseguir y señalar los criterios que han de orientar sus decisiones²¹; y vi) existe una limitación material al ejercicio de

¹³ Sobre el particular, la Sentencia C-097 de 2003 manifestó que: “*el Constituyente de 1991 quiso enfrentar el abuso consistente en la atribución recurrente y generalizado de las funciones legislativas al Gobierno mediante la institución de las facultades extraordinarias. Se pretendía con ello fortalecer el principio democrático y atenuar los excesos presidencialistas del régimen vigente*”

¹⁴ Sentencia C-261 de 2016

¹⁵ Sentencia C-219 de 2015

¹⁶ En la Sentencia C-097 de 2003 se manifestó lo siguiente “*desde sus inicios, mediante las sentencias C-510 y C-511 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte, partiendo de la premisa de que el Congreso es el titular del poder legislativo, interpretó el requisito de la transitoriedad de la habilitación en el sentido de que las facultades extraordinarias sólo pueden ser ejercidas por una sola vez sin que haya lugar, dado que se agotan al ser ejercidas, a modificar los decretos con fuerza de ley mediante el uso posterior de dichas facultades dentro del término otorgado por el legislador ordinario*”.

¹⁷ En el fallo C-1028 de 2002 se sostuvo que “*no es posible, en consecuencia, entender que la delegación legislativa se ha hecho de modo implícito, sino que debe contar con una expresa manifestación de voluntad del Congreso en la que haga constar claramente que autoriza al Gobierno para dictar normas con rango de ley*”.

¹⁸ Sentencia C-261 de 2016

¹⁹ En la providencia C-061 de 2005 se advirtió que “*la precisión se refiere, pues, a las materias respecto de las cuales se imparte la habilitación legislativa, y es en relación con dichas materias que debe verificarse si el Ejecutivo ha respetado los límites competenciales que pesan sobre sus facultades extraordinarias*”.

²⁰ Ver la sentencia C-398 de 1995,

²¹ Sentencia C-219 de 2015. Indicó en relación con esos requisitos: “*La jurisprudencia ha señalado los siguientes requisitos de precisión: “1) indicar la materia que delimita el ámbito sustantivo de acción del Ejecutivo; 2) señalar la finalidad a la cual debe apuntar el Presidente de la República al ejercer las facultades; y 3) enunciar los criterios que han de orientar las decisiones del Ejecutivo respecto de las opciones de diseño de política pública dentro del ámbito material general de la habilitación*”

esa potestad, que se representa en la prohibición de emitir códigos, decretar impuestos y leyes estatutarias, orgánicas o marco²².

En ese contexto, esta Corporación ha trasladado los límites que tiene Congreso para conceder la facultad legislativa a la ejecución de dicha habilitación por parte del Presidente de la República, que se materializa en el control del decreto ley respectivo²³. Sobre el particular, el ejercicio de esa potestad se encuentra sujeta a condiciones temporales y materiales que obliga a realizar un contraste entre la norma habilitante y la proposición normativa producto de la autorización²⁴. En efecto, el juez constitucional debe tener presente esas pautas a la hora de evaluar un cargo de inconstitucionalidad por exceso de las competencias otorgadas transitoriamente²⁵.

El juicio de validez de los decretos con fuerza de ley expedidos con base en el numeral 10 del artículo 150 debe buscar que la normatividad expedida verse sobre asuntos estrictamente reconocidos en la ley habilitante²⁶. Entonces, es inadmisibles que el control de constitucionalidad se flexibilice, de manera que el juez: i) construya hermenéuticas que permitan atribuir la competencia legislativa con interpretaciones extensivas o analógicas; ii) identifique facultades implícitas derivadas de la ley habilitante; o iii) permita al Presidente de la República regular un ámbito de competencia del legislador ordinario a partir de un encadenamiento entre las materias objeto de concesión regulativa y las que trata el decreto ley²⁷.

6.3.-SENTENCIAS SOBRE VIOLACION DEL ART.130 DE LA CONSTITUCION. COMPETENCIA DE ADMINISTRACION Y VIGILANCIA DE LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

6.3.1.-SENTENCIA C-183-19

²² Sentencia C-261 de 2016 y C-219 de 2015

²³ Cfr. Sentencia C-366 de 2012.

²⁴ En Sentencia C-097 de 2003, se manifestó que la ley habilitante es “*parámetro para el control de constitucionalidad sobre la ley de facultades así como sobre los decretos legislativos de desarrollo*”

²⁵ En la Sentencia C-235 de 2014, se señaló que “*en lo concerniente al periodo durante el cual se puede hacer uso de la potestad delegada, el mismo constituyente en el inciso 1º del numeral 10 del artículo 150 del Texto Superior, ha fijado como tope un periodo de hasta seis (6) meses. En cuanto al límite material, la jurisprudencia ha explicado que la delimitación material alude a que los decretos que dicte el Presidente sólo pueden versar sobre los asuntos estrictamente señalados en la ley habilitante. El Gobierno sólo puede ocuparse de las materias allí indicadas sin lugar a extensiones ni analogías (...)*”.

²⁶ Cfr. Sentencia C-366 de 2012. Por su parte, en la Sentencia C-219 de 2015, precisó que “solo serán inconstitucionales los Decretos Ley expedidos por el Presidente de la República en dos eventos: (1) Cuando versan sobre materias no autorizadas ni incorporadas en la ley habilitante porque lo anterior supondría desconocerla e invadir el ámbito de competencia del legislador; (2) En los casos en los que la ley de facultades no define en forma clara y específica la materia, objetivos y presupuestos de la delegación.”

²⁷ Cfr. Sentencia C-030 de 1999

“4.5. La CNSC y sus competencias constitucionales. Reiteración de jurisprudencia

4.5.1. La CNSC como órgano constitucional independiente. Reiteración de jurisprudencia

Dentro del régimen constitucional de la carrera, reconocida como eje definitorio de la Constitución (premisa mayor en el juicio de sustitución hecho en las Sentencias C-588 de 2009 y C-249 de 2012), se encuentra, como no puede ser de otra manera, la existencia de un órgano constitucional responsable de hacer efectivo dicho régimen, por medio de unas competencias constitucionales. En el diseño orgánico de la Constitución, dicho órgano constitucional es la CNSC, a quien se le confía, en el artículo 130, *“la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hechas de las que tengan carácter especial”*.

A partir de la existencia del órgano y de sus competencias, comprendidas dentro de la estructura del Estado (art. 113 CP), este tribunal destacó, como ya se pudo ver²⁸, que la CNSC es un órgano autónomo e independiente, que no pertenece a ninguna rama del poder público. La preservación de esta autonomía e independencia constitucional de la CNSC, que se destaca de manera especial frente a la Rama Ejecutiva, justificó que en el *decisum* de la Sentencia C-372 de 1999²⁹ se hubiese dispuesto que el Congreso de la República *“señalará la estructura de la Comisión Nacional del Servicio Civil, como órgano autónomo e independiente, responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”*.

4.5.2. Las competencias constitucionales de la CNSC. Reiteración de jurisprudencia

Conforme a la doctrina fijada por este tribunal en la Sentencia C-1230 de 2005 y, desde esa fecha, seguida de manera pacífica y reiterada, las competencias constitucionales reconocidas por el artículo 130 de la Constitución tienen tres características: 1) son exclusivas de la CNSC, que es el único órgano facultado por la Carta para administrar y vigilar las carreras que no tengan carácter especial; 2) la única excepción a estas competencias es, justamente, la de las carreras especiales; y 3) estas competencias no se pueden dividir ni compartir para su ejercicio³⁰.

En consecuencia, el único límite que tiene para administrar o vigilar una carrera la CNSC es el de que esta tenga carácter especial. Como ya se anotó, al estudiar la Sentencia C-645 de 2017³¹, este tribunal entiende por carreras especiales, aquellas que tienen origen constitucional. Por tanto, dentro de las competencias de la CNSC están tanto la carrera general, a cuya regulación pertenece la norma que ahora se examina, como las carreras específicas, que tienen origen legal.

²⁸ Supra 4.4.2.

²⁹ Ordinal quinto.

³⁰ Fundamentos jurídicos 65 a 68.

³¹ Supra 4.2.1.

4.5.3. Las competencias constitucionales de la CNSC para administrar las carreras de los servidores públicos y su relación con la convocatoria a concursos. Reiteración de jurisprudencia

Dado que en el caso *sub judice* se cuestiona una norma legal que regula quienes deben suscribir la convocatoria a los concursos, es relevante considerar lo relativo a la competencia para vigilar dichos concursos, cuestión que fue analizada *in extenso* por este tribunal en la Sentencia C-471 de 2013, en la cual se juzgó la constitucionalidad de normas que regulaban una carrera específica, como la de las superintendencias. Si bien el objeto de las normas legales juzgadas no era la carrera general, el análisis hecho en la sentencia es relevante para este caso, en la medida en que las competencias constitucionales de la CNSC también se ejercen respecto de las carreras específicas y se trata, por tanto, del ejercicio de las mismas competencias.

Luego de reiterar la doctrina fijada en la Sentencia C-1230 de 2005³², este tribunal se ocupó de juzgar si la competencia de la CNSC para administrar la carrera específica de tales entes (art. 130 CP) era o no compatible con la norma legal que asignaba a éstos la administración del sistema de carrera, bajo la vigilancia de la CNSC. Al realizar este juicio, se reconoció que, si bien pueden existir “zonas de penumbra” respecto de “la expresión administración de los sistemas de carrera”, que pueden ser precisadas por el legislador, existe “un núcleo duro de significado, unos contenidos mínimos que no pueden ser desconocidos”³³.

Dicho núcleo duro de significado³⁴, implica que, dentro de la competencia constitucional de la CNSC para administrar los concursos, se encuentra la de suscribir la convocatoria. En efecto, al juzgar el artículo 17 del Decreto Ley 775 de 2005³⁵, norma que regulaba la elaboración y el contenido de la convocatoria para el concurso y, en particular, la disposición legal según la cual dicha convocatoria y sus modificaciones “serán suscritas” por el superintendente, se consideró que:

“Para la Sala nuevamente tienen razón los accionantes.³⁶ El artículo 17 acusado contempla dos funciones que presuponen que sean las superintendencias y no la

³² Supra 4.5.2.

³³ Fundamento jurídico 4.2.2.

³⁴ Para dar cuenta de este núcleo duro de significado, en el fundamento jurídico 4.2.4., se usan las Sentencias C-372 de 1999 y C-1265 de 2005 y el artículo 11 de la Ley 909 de 2004.

³⁵ Fundamento jurídico 5.3.3.

³⁶ Dicen los accionantes en su escrito que se ha de declarar inexecutable: “[la] expresión ‘serán suscritas por el Superintendente’ prevista en el artículo 17, dado que la convocatoria a los concursos o procesos de selección hace parte de las atribuciones inherentes a la función de administración de los sistemas de carrera, a cargo de la CNSC.”

Comisión Nacional del Servicio Civil, las entidades que administren el sistema de carrera administrativa específico de cada una de ellas. La función de suscribir la convocatoria para el concurso y sus modificaciones, en cabeza de cada Superintendente, sí priva a la Comisión Nacional de las competencias constitucionales que ostenta.”

Esta consideración será la *ratio* de la siguiente decisión³⁷:

“Por tanto, se declarará la exequibilidad del artículo 17 del Decreto Ley 775 de 2005, a excepción de las expresiones ‘serán suscritas por el Superintendente;’ contenidas en el primer inciso de la norma, que se declararán inexecutable. De esta manera, la lectura del artículo 17 sería concordante con el artículo 6° del mismo Decreto Ley 775 de 2005,³⁸ tal como quedará de acuerdo con la decisión de constitucionalidad que se adopta en la presente sentencia. Queda entonces claro que la convocatoria para el concurso y sus modificaciones corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil, como lo dispone la Constitución Política, no a cada una de las Superintendencias.”

En consecuencia, la convocatoria al concurso hace parte de la competencia constitucional de la CNSC para administrar la carrera, competencia que es, como ya se ha dejado claro³⁹, privativa de dicho órgano constitucional autónomo e independiente.

Por tanto, a juicio de este tribunal, tanto la elaboración de la convocatoria para el concurso, como sus eventuales modificaciones, corresponden de manera exclusiva y excluyente a la CNSC, dado que estas tareas se enmarcan dentro de su competencia constitucional para administrar el sistema de carrera. Atribuir estas funciones a una entidad u órgano diferente, que era la hipótesis juzgada en la Sentencia C-471 de 2013, o entender que por el hecho de que la ley prevea que el jefe de dicha entidad u órgano deba suscribir la convocatoria, éste puede elaborar la convocatoria o modificarla, resulta incompatible con la Constitución, a la luz de la antedicha *ratio*, que ahora se reitera, pues en ambas hipótesis se estaría privando a la CNSC de las competencias constitucionales que ostenta.

³⁷ Esta decisión aparece en el ordinal quinto del *decisum*, en los siguientes términos: **“Quinto.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 17 del Decreto Ley 775 de 2005, por los cargos analizados, a excepción de las expresiones ‘serán suscritas por el Superintendente;’ contenidas en el primer inciso de la norma, que se declaran INEXEQUIBLES.”**

³⁸ El artículo 17 del Decreto 775 de 2005 quedará así: **“Artículo 17.- Elaboración y contenido de la convocatoria. La convocatoria para el concurso y sus modificaciones obliga a la administración, a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. // El contenido de la convocatoria será determinado en el reglamento que expida el Gobierno Nacional.”**

³⁹ Supra 4.5.2.

6.3.2.-SENTENCIA C-518-16 COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

“5. Autonomía de la Comisión Nacional del Servicio Civil

5.1. El artículo 113 de la Constitución previó la posibilidad de que dentro de la estructura del ejercicio del poder público, además de los órganos que integran las tres ramas -legislativa, ejecutiva y judicial-, existieran otros de carácter *autónomo e independiente*, para el cumplimiento de las funciones del Estado. Esto, sin perjuicio de la colaboración armónica entre unos y otros en el ejercicio de sus funciones.

5.2. Entre tales órganos de carácter autónomo e independiente se encuentra la CNSC, consagrada en el artículo 130 Superior como la *“responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”*. Sobre la CNSC, esta Corporación ha señalado que se trata de un órgano que no hace parte de ninguna de las ramas del poder público, es de carácter permanente, del nivel nacional y cuenta con una personalidad jurídica, con autonomía administrativa y patrimonio propio^[52].

5.3. En este sentido, la configuración de la estructura del Estado que se deriva del artículo 113 de la Carta Política y que supera la clásica división tripartita del ejercicio del poder, ubica a la CNSC como un órgano que goza de autonomía para el ejercicio de sus funciones en relación con los demás órganos del poder público. En tal sentido, este Tribunal ha destacado especialmente su independencia del Ejecutivo, aclarando que no tiene la calidad de “cuerpo asesor o consultivo del Gobierno, ni de junta o consejo directivo de composición paritaria o con mayoría prevalente de los organismos estatales o de los trabajadores, ni de las entidades territoriales en cabeza de sus autoridades”^[53].

5.4. El propósito de atribuirle a un órgano autónomo la función de administrar y vigilar el régimen de carrera de los servidores públicos, lo ha dicho la Corte, “no es otro que el de sustraer la carrera y su desarrollo y operación, así como la práctica de los concursos y la implementación de los procesos de selección de personal al servicio del Estado, de la conducción de la Rama Ejecutiva del poder público, que tiene a su cargo los nombramientos en orden estricto de méritos -según los resultados de los concursos-, mas no la función de manejar la carrera, privativa del ente creado por la Carta Política con las funciones muy específicas de administrarla y vigilarla en todas las dependencias estatales”^[54], con las excepciones previstas por la propia Constitución.

5.5. En relación con esto último, la jurisprudencia ha explicado que, en la medida que el “Constituyente quiso establecer la carrera administrativa como la regla general para la provisión

de los empleos en los órganos y entidades del Estado, para el ascenso dentro de los mismos y para el retiro del servicio, su criterio consistió en prever un sistema de carrera, coordinado y armónico, técnicamente organizado, confiado a un organismo único de nivel nacional y con jurisdicción en todo el territorio, que garantizara la efectividad del ordenamiento constitucional en la materia, sin depender en su actividad y funcionamiento de ninguna de las ramas del poder público aunque bajo los criterios y directrices trazados por el legislador”^[55].

5.6. La autonomía reconocida a la CNSC, sin embargo, no implica desconocer el funcionamiento armónico que entre los diferentes órganos del Estado debe mantenerse tal y como lo establece el mismo artículo 113, ni los controles y límites que la misma Constitución establece sobre la estructura del poder público y sobre quienes actúen en su nombre, en material fiscal, disciplinaria o penal. Lo que implica es que la CNSC ejerza sus funciones, dentro del marco constitucional y legal, con un amplio margen de discrecionalidad administrativa y presupuestal derivada de la autonomía otorgada por la misma Constitución.

5.7. Como resulta natural, la autonomía proveniente de la naturaleza de la CNSC, se expresa a través del ejercicio de las funciones o competencias que la Constitución le ha asignado. Es decir, a la luz del artículo 130 Superior, en el ejercicio de la potestad de administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos salvo las excepciones a las que haya lugar.

5.8. En primer lugar, es preciso tener en cuenta que estas potestades de administración y vigilancia sobre las que se volverá más adelante, están referidas a las carreras de los servidores públicos, que no es otra cosa que el sistema que el Constituyente de 1991, de conformidad con el artículo 125 de la Carta, estableció como regla general -no exclusiva- para proveer los cargos en los órganos y entidades del Estado y que se basa en el concurso de méritos.

5.9. Así las cosas, compete a la CNSC administrar y vigilar este sistema general de carreras, salvo las carreras de carácter especial a las que se refiere la propia Constitución y que, por tanto, se encomienda a otras entidades. Sobre este aspecto, corresponde tener presente que, como la jurisprudencia constitucional lo ha señalado, existen carreras especiales tanto de tipo constitucional como legal, de manera que, como lo menciona en artículo 113 Superior, la CNSC “queda excluida de la administración y vigilancia de las carreras especiales de **origen constitucional**. Frente a las segundas, esto es, a los regímenes especiales de carrera de **origen legal**, existe en la actualidad una jurisprudencia unificada de la Corte en cuanto a que es a esta entidad [a la CNSC] a quien corresponde la administración y vigilancia de dichos regímenes especiales de origen legal”^[56].

5.10. Por otra parte, en relación con las funciones relativas a la “*administración*” y “*vigilancia*” de las carreras de los servidores públicos, la Corte Constitucional ha definido que el carácter indeterminado de tales expresiones conduce a que, a

su vez, la competencia de la CNSC tenga un carácter amplio, pues comprende los posibles contenidos a los que pueda dar lugar el ejercicio de la administración y la vigilancia. De hecho, este Tribunal indicó que a la hora que el legislador desarrolle estas funciones, debe tener en cuenta que “el que se trate de conceptos jurídicos indeterminados y no de nociones jurídicas delimitadas de forma clara y precisa, no quiere decir que pueda el legislador prescindir de algunos contenidos básicos y estructurales de sentido y significación que tienen ambas nociones (...)”^[57].

5.11. En este contexto, el alcance de estas competencias está determinado, además del contenido amplio de los términos contenidos en el artículo 130 Superior, por el hecho que la administración y vigilancia son dos funciones que se debe ejercer de forma conjunta, inseparable y privativa por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y que no pueden ser asignadas, en conjunto o por separado a otros órganos o entidades estatales^[58].

5.12. Lo anterior significa que, una vez identificadas las funciones a cargo de la CNSC, es posible fijar el ámbito de autonomía que impide que otros órganos puedan usurpar o limitar su actuación^[59] pues, en todo caso, la comisión está configurada como un ente “de la más alta jerarquía en lo referente al manejo y control del sistema de carrera de los servidores públicos”^[60].

5.13. Sobre ello se pronunció esta Corporación en la Sentencia C-1175 de 2005 en el escenario de una demanda de constitucionalidad contra varias disposiciones del Decreto 760 de 2005 “*por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones*”. Entre ellas, en dicha oportunidad, se demandó el artículo 3º, en el que se establecía que los concursos o procesos de selección serían “*adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios Interadministrativos, suscritos con el Departamento Administrativo de la Función Pública, universidades públicas o privadas, instituciones universitarias o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin (...)*”. En dicha oportunidad, se cuestionó el aparte resaltado por cuanto condicionaba la realización de concursos a la inclusión de una entidad que no hace parte del sector de la educación.

5.14. En el fallo anteriormente mencionado, se declaró inexecutable la intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública en el desarrollo de los procesos de contratación para adelantar los concursos de mérito en el acceso al servicio público por el sistema de carrera. En sustento de tal decisión, la Corte afirmó que resultaba inconstitucional incorporar esta institución “como una de las entidades con las que la Comisión puede contratar los procesos de selección, porque se desconoce la independencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil”. Lo anterior, arguyó esta Corporación, implicaba que la “autonomía e independencia pueden verse comprometidas si son contratados con el Departamento Administrativo de la Función Pública los concursos en mención, ya que tal Departamento, como

entidad administrativa que es, hace parte de la Rama Ejecutiva y, por consiguiente, depende y actúa bajo las orientaciones del Presidente de la República, suprema autoridad administrativa”.

5.15. Este caso presenta una concreta manifestación de la autonomía de la CNSC en el escenario de la contratación, que advierte sobre la inconstitucionalidad de cualquier condicionamiento o restricción de otros órganos del Estado en el escenario de la administración y vigilancia del sistema de carreteras de servidores públicos y que de manera exclusiva y privativa corresponde a la CNSC.

5.16. Conforme con ello, el Legislador, no obstante su amplio margen de configuración en la materia, no está habilitado para condicionar el ejercicio de las atribuciones propias de la CNSC, a que las mismas se lleven a cabo, necesaria y forzosamente, por conducto de organismos que hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

6.3.3.-SENTENCIA C-471-2013. COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

4. La Comisión Nacional del Servicio Civil tiene la competencia constitucional para administrar y vigilar los sistemas específicos de carrera

4.1. Prevalencia constitucional de la Comisión Nacional del Servicio Civil

4.1.1. El Constituyente de 1991 creó la Comisión Nacional del Servicio Civil, como un órgano autónomo e independiente y le encargó, como regla general, la función específica de administrar y vigilar los regímenes de carrera.⁴⁰ Se buscó con ello que fuera ajeno a las influencias de otras instancias del poder público, para asegurar que el sistema de concurso de méritos para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, para el ascenso dentro de los mismos y para el retiro del servicio, se lleve a cabo de manera transparente, idónea e imparcial, conforme con los postulados constitucionales y legales que regulan la materia. El propósito constitucional, por lo tanto, es asegurar que los procesos de selección de personal se adelanten sin presiones de ninguna clase y lejos de los intereses políticos o burocráticos.⁴¹

4.1.2. En la sentencia C-746 de 1999, la Corte Constitucional precisó su posición jurisprudencial con relación al alcance de las competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil,

⁴⁰ Al respecto ver, por ejemplo, la sentencia C-372 de 1999 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-1230 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil, AV Jaime Araujo Rentería).

advirtiendo que “[...] *sólo en virtud de la exclusión que sobre alguna carrera haga la propia Constitución, la Comisión carecerá de competencia.*”⁴² Esta posición jurisprudencial, que se pretendió variar en un par de ocasiones,⁴³ ha sido confirmada y reiterada por la jurisprudencia constitucional, entre otras, en la sentencia C-1230 de 2005 así,

“Coincidiendo con el criterio general inicialmente fijado en la Sentencia C-746 de 1999, la Corte encuentra que, respecto a los sistemas especiales de origen legal, denominados por el legislador *sistemas específicos de carrera*, una interpretación sistemática de los artículos 125 y 130 de la Carta Política permite concluir que los mismos deben ser administrados y vigilados, sin ninguna excepción y con carácter obligatorio, por la Comisión Nacional del Servicio Civil, tal y como ocurre con el sistema general de carrera. [...]”

La posición de la Corte se fundó en cinco argumentos de carácter hermenéutico que la llevaron a preferir esta posición jurisprudencial, por encima de las demás. A continuación se transcriben,

“[i] Según quedo explicado en esta Sentencia, la Constitución del 91 consagró el sistema de carrera como la regla general para el acceso al servicio público (art. 125), y con ese mismo propósito le asignó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia “*de las carreras de los servidores públicos*” (art. 130). Si ello es así, no queda duda que la exclusión de competencia prevista en el artículo 130 Superior para la Comisión es de alcance excepcional y de interpretación restrictiva y, por tanto, debe entenderse que sólo opera para los sistemas especiales de carrera de origen estrictamente constitucional, o lo que es igual, para aquellos señalados expresamente por la propia Carta Política [...]”

[ii] Si el artículo 130 Superior dispone que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad “*responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos*”, *excepción hecha de las que tengan carácter especial*”, está definiendo dos aspectos puntuales sobre su ámbito de

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-746 de 1999 (MP Alfredo Beltrán Sierra). Esta posición supuso una variación frente a la posición que se había fijado en otras sentencias previas. Sobre esta primera fase de la jurisprudencia ver por ejemplo las sentencias C-391 de 1993, C-356 de 1994 y C-616 de 1996. Sobre un análisis de la variación de la posición jurisprudencial ver, entre otras, la sentencia C-1230 de 2005 ya citada.

⁴³ En las sentencias C-313 de 2003 (MP Alvaro Tafur Galvis) y C-734 de 2003 (MP Alvaro Tafur Galvis, SV Jaime Araujo Rentería), la Corte Constitucional trató de variar su jurisprudencia, indicando que la administración y vigilancia de los sistemas especiales de carrera administrativa dependen, exclusivamente, de la decisión del Legislador.

competencia. El primero, que la referida competencia es sobre “*las carreras de los servidores públicos*”; es decir, que tiene alcance general y que, por tanto, no se puede agotar en un sólo sistema de carrera, la carrera ordinaria o común, sino que se proyecta también sobre otros que, de acuerdo con la exclusión de competencia prevista en la misma preceptiva, no pueden ser sino los sistemas especiales de origen legal. El segundo, que las funciones a ella asignada 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. El vocablo “y” -que representa la vocal *i*-, mencionado en el artículo 130 Superior para referirse a las labores que le corresponde cumplir a la Comisión, es utilizado en dicho texto como conjunción copulativa, cuyo oficio es precisamente unir, ligar y juntar en concepto afirmativo las dos acepciones, “*administración y vigilancia*”, de modo que se entienda que se trata de dos funciones que se deben ejercer de forma conjunta, inseparable y privativa por la Comisión Nacional del Servicio Civil y no por otros órganos o entidades estatales.

[iii] La interpretación del artículo 130 Superior, en el sentido que corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil tanto la administración como la vigilancia de los sistemas especiales de carrera de origen legal, es consecuente con los objetivos y propósitos que justifican la implementación del sistema de carrera y la creación constitucional de la mencionada Comisión. Tal y como se señaló anteriormente, el propósito del Constituyente del 91, al implementar el sistema de carrera por concurso de méritos y asignarle a un órgano autónomo e independiente la función específica de administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, fue precisamente el de aislar y separar su organización, desarrollo y control de factores subjetivos que pudieran afectar sustancialmente el adecuado ejercicio de la actividad estatal (clientelismo, favoritismo y nepotismo), materializados, entre otros, en el interés que como patrono puede tener el propio Estado, y en particular la Rama Ejecutiva del Poder público, en el proceso mismo de selección, promoción y remoción de sus servidores. Por eso, si se excluye a la Comisión Nacional del Servicio Civil de la competencia obligatoria para administrar y vigilar los sistemas especiales de origen legal, se desconoce sustancialmente los postulados que determinan la existencia y eficacia del sistema de carrera, toda vez que bajo esa premisa el legislador estaría facultado para dejar en cabeza de las mismas entidades públicas nominadoras, a las que decide aplicar un sistema especial de carrera, la función de administración y vigilancia del sistema, patrocinándose así el monopolio sobre el acceso a la función pública que precisamente la

Constitución Política buscó evitar y combatir.

[iv] En ese contexto, interpretar que es a la Comisión Nacional del Servicio Civil a quien corresponde ejercer la administración y vigilancia de los sistemas especiales de carrera de origen legal, permite mantener vigente el propósito del constituyente de garantizar la igualdad, la neutralidad y la imparcialidad en el manejo y control de los sistemas de carrera administrativa, impidiendo que tales funciones puedan ser asumidas por las mismas entidades del Gobierno que tienen a su cargo la designación y nombramiento de los servidores públicos a quienes aplican, o en su defecto, por otros órganos que también pertenecen al mismo Gobierno y que como tal no gozan de la autonomía necesaria para garantizar la independencia e imparcialidad que se requiere frente a los cometidos del régimen de carrera.

[v] Esta posición también es consecuente con la adoptada por la Corte en torno al carácter no independiente de los sistemas especiales de carrera de origen legal y su pertenencia al régimen general. Reiterando lo expresado en el punto anterior, aun cuando los sistemas especiales creados por el legislador se caracterizan por contener regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera en ciertos organismos públicos, en realidad no son considerados como regímenes autónomos e independientes sino como parte de la estructura de la carrera general. La incorporación de los sistemas especiales de origen legal al régimen general, lo dijo la Corte, es consecuencia de ser esta última la regla general y, por tanto, de la obligación que le asiste al legislador no sólo de seguir los postulados básicos del sistema general de carrera, sino del hecho de tener que justificar en forma razonable y proporcional la exclusión de ciertas entidades del régimen común y la necesidad de aplicarle una regulación especial más flexible. Bajo ese entendido, si los regímenes especiales de origen legal hacen parte del sistema general de carrera, la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos debe comprender sin duda alguna a dichos sistemas especiales de origen legal, dado su alto grado de conexidad con la carrera general que en todos los casos tiene que ser administrada y vigilada por la citada Comisión.”

4.1.3. Por ello, reitera la Sala Plena la posición jurisprudencial según la cual “[...] *es a la Comisión Nacional del Servicio Civil a quien corresponde administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, con excepción de aquellas carreras especiales que tengan origen constitucional. Ello significa que se constituye en un imperativo constitucional, que se le asigne a dicha Comisión tanto la administración como la vigilancia de la carrera general y de las*

carreras especiales de origen legal, estas últimas, denominadas por el legislador carreras específicas.” (C-1230 de 2005). Como lo indicó la Corte en aquella oportunidad, si bien es cierto que el legislador tiene un amplio margen de configuración legislativa para ocuparse de la carrera administrativa general y de los sistemas especiales de carrera de origen legal, “[...] dicha habilitación no comprende ni compromete la definición de competencia sobre las funciones de administración y vigilancia de las carreras, por ser éste un asunto del que se ha ocupado directamente la Constitución Política, precisamente, al asignarle a través del artículo 130 las dos funciones a la Comisión Nacional del Servicio Civil.”⁴⁴

4.2. *La administración de las carreras de los servidores públicos*

La Constitución Política, por tanto, establece que la Comisión Nacional del Servicio civil es responsable de ‘*la administración y la vigilancia de las carreras de los servidores públicos*’, salvadas las excepciones previstas por la misma carta (art. 130, CP).

4.2.1. Resalta la Sala que la Constitución establece las expresiones ‘*la administración*’ y ‘*la vigilancia*’ de forma escueta. Esto es, no se desarrolla cuál es su contenido. No se determina qué se ha de entender por cada uno de estos conceptos de forma detallada y precisa. En otras palabras, se trata de conceptos jurídicos indeterminados; nociones contempladas por la Carta de forma amplia y general, sin mayores delimitaciones y precisiones.⁴⁵ Tal técnica constitucional conlleva un respeto hacia la deliberación democrática, permitiendo que sea ésta la que precise el alcance de lo que implica la administración y la vigilancia de los sistemas de carrera administrativa.

4.2.2. Por supuesto, el que se trate de conceptos jurídicos indeterminados y no de nociones jurídicas delimitadas de forma clara y precisa, no quiere decir que pueda el legislador prescindir de algunos contenidos básicos y estructurales de sentido y significación que tienen ambas nociones. No puede dejarse de poner en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil funciones que clara y evidentemente se requiere tener asignadas para poder ‘administrar’ o ‘vigilar’ un sistema de carrera administrativa. Si bien existen ‘zonas de penumbra’ en que el

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1230 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil, AV Jaime Araujo Rentería).

⁴⁵ En varias ocasiones la Corte Constitucional se ha referido a conceptos jurídicos indeterminados; entre otras ver, por ejemplo, las sentencias: C-393 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil, SV Jaime Araujo Rentería), C-095 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra, SV Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández y Humberto Antonio Sierra Porto), C-350 de 2009 (MP María Victoria Calle Correa, SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Nilson Elías Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), C-432 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), C-910 de 2012 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, AV María Victoria Calle Correa).

alcance del significado de la expresión ‘administración’ de los sistemas de carrera pueden ser precisadas o delimitadas con autoridad por parte del legislador respecto a qué implica administrar o vigilar un sistema de carrera administrativa, existe un núcleo duro de significado, unos contenidos mínimos que no pueden ser desconocidos.⁴⁶

4.2.3. Según el uso corriente de la expresión ‘administrar’, se hace referencia a ordenar, disponer u organizar.⁴⁷ Teniendo en cuenta el uso habitual de las expresiones en derecho, concretamente, puede señalarse que administrar implica, ‘gobernar’, ‘regir’, ‘cuidar’, ‘manejar’.⁴⁸ De forma específica, suele entenderse que la administración de un asunto público, suele implicar algunos aspectos básicos.⁴⁹ A saber, la *autoridad*, sin la cual, nada se puede ordenar, exigir ni imponer; la *responsabilidad*, para que no se trate de un poder arbitrario; la *independencia*, que le permite, además de ejecutar, disponer y organizar. La generalidad y neutralidad de las reglas y principios que la rigen; la *permanencia*, por la naturaleza de sus fines y la *capacidad* de acción, basada en los medios de los que disponen aquellas personas que, por sus méritos, han sido designadas para ejercer la administración pública. En tal sentido, estos conceptos constituyen unos de los criterios básicos para establecer los contenidos básicos y nucleares de la ‘administración de las carreras administrativas’. (Subrayas nuestras)

4.2.4. La jurisprudencia constitucional se ha referido a la función de administrar las carreras administrativas por parte de la Comisión, en el contexto de las reglas generales de la función administrativa. Dijo al respecto,

“La Comisión Nacional del Servicio Civil ejerce funciones administrativas y de vigilancia, por lo tanto, su actividad está regida por lo dispuesto en el artículo 209 de la Carta Política. Esta disposición define la función administrativa, establece sus principios teleológicos y también los organizacionales; en esta medida, los actos de la Comisión deben ser ejercidos con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, a los cuales se agregan los de objetividad e independencia establecidos en el artículo 7° de la ley 909 de 2004.

⁴⁶ Ver al respecto, por ejemplo, HART, H.L.A. (1961) *El concepto del derecho*. Abeledo-Perrot (1968).

⁴⁷ Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española.

⁴⁸ CABANELLAS, Guillermo (1981) *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Heliasta. Tomo I. Buenos Aires, 1981. Ver ‘administrar’. Pag.172.

⁴⁹ CABANELLAS, Guillermo (1981) *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Heliasta. Tomo I. Ver ‘administración pública’, caracterizaciones. Pag.171.

El control político sobre los actos de la Comisión Nacional del Servicio Civil lo ejerce el Congreso de la República, mientras el control judicial de los mismos está a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa. Además, las conductas de los miembros de la Comisión pueden dar lugar a investigaciones penales, disciplinarias y fiscales, según el caso.”⁵⁰

4.2.5. Mediante la Ley 909 de 2004 el Congreso de la República expidió las normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública. En el artículo 11 de la Ley, se definieron cuáles son las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. El artículo 11 de la Ley 909 de 2004, por tanto, es el parámetro legal expedido en democracia, para determinar y precisar qué se ha de entender por la competencia de administrar un sistema de carrera administrativa, bajo el orden constitucional vigente. El legislador, expresamente, advierte que “*la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes [once] funciones*”, en “*ejercicio de las atribuciones [constitucionales] relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa*”, las cuales, por supuesto, deben ejercerse con el debido respeto al orden jurídico vigente: (i) establecer los lineamientos generales para el desarrollo de los procesos de selección

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1265 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández). En esta ocasión se hizo referencia a la jurisprudencia previa en los siguientes términos: “Esta Corporación al pronunciarse sobre la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 443 de 1999, se refirió a la naturaleza de la Comisión, explicando: “*La Comisión del Servicio Civil es, entonces, una sola y, a juicio de la Corte, no tiene un carácter de cuerpo asesor o consultivo del Gobierno ni de junta o consejo directivo de composición paritaria o con mayoría prevalente de los organismos estatales o de los trabajadores, ni de las entidades territoriales en cabeza de sus autoridades. || Se trata en realidad de un ente autónomo, de carácter permanente y de nivel nacional, de la más alta jerarquía en lo referente al manejo y control del sistema de carrera de los servidores públicos, cuya integración, período, organización y funcionamiento deben ser determinados por la ley. No hace parte del Ejecutivo ni de otras ramas u órganos del poder público y debe ser dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, para que pueda cumplir con eficiencia los cometidos constitucionales que le corresponden. || (...) || La Corte considera que no es ese el criterio constitucional con el cual fue instituida la Comisión Nacional del Servicio Civil, que, se repite, tiene la jerarquía de un órgano autónomo y permanente encargado de modo específico de dirigir, administrar y vigilar todo el sistema de carrera contemplado por el artículo 125 de la Constitución Política, sin sujeción al Gobierno ni a pautas distintas de las que la misma Carta y la ley señalen, y con la estructura y fuerza institucional necesarias para lograr que el engranaje de la carrera opere con seguridad y efectividad, y exclusivamente dentro de los criterios constitucionales. || (...) || A juicio de la Corte, la Comisión Nacional del Servicio Civil no está llamada simplemente a sesionar cuando su Presidente -en la norma acusada, el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública- la convoque, sino que debe actuar permanentemente y establecer con independencia -aunque en los términos de la ley- sus propias modalidades de acción y sus objetivos y programas de gestión, con miras al fortalecimiento y la eficiencia del sistema de carrera. || No se trata, por supuesto, de un ente burocrático, sino de un órgano técnico de dirección y administración de la carrera, cuyas decisiones no pueden estar condicionadas al voto, siempre variable, de los voceros de turno de los distintos sectores interesados. || (...) || Se trata en realidad de un ente autónomo, de carácter permanente y de nivel nacional, de la más alta jerarquía en lo referente al manejo y control del sistema de carrera de los servidores públicos, cuya integración, período, organización y funcionamiento deben ser determinados por la ley. No hace parte del Ejecutivo ni de otras ramas u órganos del poder público y debe ser dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, para que pueda cumplir con eficiencia los cometidos constitucionales que le corresponden” [Corte Constitucional, sentencia C-372 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo].”*

para la provisión de los empleos de carrera administrativa; (ii) acreditar a las entidades que realizarán tales procesos y establecer las tarifas de los contratos que se celebraran con las mismas; (iii) elaborar las convocatorias a los concursos; (iv) establecer los instrumentos necesarios para la aplicación de las normas sobre evaluación del desempeño de los empleados de carrera; (v) conformar, organizar y manejar el banco nacional de listas de elegibles [con dos casos específicos de información, el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia]; (vi) remitir a las entidades las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentran vacantes definitivamente, de acuerdo con los bancos de datos mencionados; (vii) administrar, organizar y actualizar, el registro público de empleados inscritos en carreras administrativas; (viii) expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa; (ix) realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público, a través de universidades o instituciones de educación superior; (x) elaborar y difundir estudios sobre aspectos de la gestión del empleo público (en lo relacionado con el ingreso, el desarrollo de las carreras y la evaluación del desempeño) y (xi) absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa.⁵¹ “

6.3.4.-LA SENTENCIA C-285-2015. COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

⁵¹ El texto de la norma dice: Artículo 11. *Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa.* En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones: a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley; || b) Acreditar a las entidades para la realización de procesos de selección de conformidad con lo dispuesto en el reglamento y establecer las tarifas para contratar los concursos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 30 de la presente ley; || c) Elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento; || d) Establecer los instrumentos necesarios para la aplicación de las normas sobre evaluación del desempeño de los empleados de carrera administrativa; || e) Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia; || f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior; || g) Administrar, organizar y actualizar el registro público de empleados inscritos en carrera administrativa y expedir las certificaciones correspondientes; || h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa; || i) Realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin; || j) Elaborar y difundir estudios sobre aspectos generales o específicos de la gestión del empleo público en lo relacionado con el ingreso, el desarrollo de las carreras y la evaluación del desempeño; || k) Absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa. || *Parágrafo.* El Banco Nacional de lista de elegibles a que hace alusión el presente artículo será departamentalizado y deberá ser agotado teniendo en cuenta primero la lista del departamento en donde se encuentre la vacante.

6.- La administración y vigilancia de los sistemas especiales de carrera de origen legal corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil

6.1.- Con el propósito de asegurar la implementación y velar por el adecuado funcionamiento de la carrera administrativa, el Constituyente de 1991 previó la existencia de una Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), autoridad encargada de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, con excepción de aquellas de carácter especial. Para tal fin el artículo 130 de la Carta Política señala:

“ARTÍCULO 130.- Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”. (Resaltado fuera de texto)

La presencia de un órgano nacional del más alto nivel, autónomo e independiente de las ramas del poder público, se explica ante la necesidad de que la puesta en marcha de la carrera administrativa y su permanente veeduría se encuentre revestida de las máximas garantías de imparcialidad y transparencia, al margen del influjo de otras instancias del poder público⁵².

Por ello, en la Sentencia C-372 de 1999 esta corporación declaró inexecutable varias normas de la Ley 443 de 1998⁵³, cuando en su momento crearon Comisiones Territoriales del Servicio Civil⁵⁴. Allí también se explicó que, en el diseño acogido por el Constituyente, la CNSC no tuvo otro objetivo que *“sustraer la carrera y su desarrollo y operación, así como la práctica de los concursos y la implementación de los procesos de selección de personal al servicio del Estado, de la conducción de la Rama Ejecutiva del poder público, que tiene a su cargo los nombramientos en orden estricto de méritos -según los resultados de los concursos-, mas no la función de manejar la carrera, privativa del ente creado por la Carta Política con las funciones muy específicas de administrarla y vigilarla en todas las dependencias estatales, excepto las que*

⁵² El artículo 7° de la Ley 909 de 2004 dispone: “ARTÍCULO 7o. NATURALEZA DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. // Con el fin de garantizar la plena vigencia del principio de mérito en el empleo público de carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil actuará de acuerdo con los principios de objetividad, independencia e imparcialidad”.

⁵³ Ley 443 de 1998, “por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”.

⁵⁴ “Considera la Corte, por una parte, que si, como ya se dijo, la Comisión Nacional del Servicio Civil establecida por la Constitución es un organismo único encargado de administrar y vigilar por regla general el sistema de carrera, ningún sentido tiene la existencia de comisiones independientes a nivel territorial, no previstas por aquella, cuya función descoordinada e inconexa desvertebraría por completo la estructura que la Constitución ha querido configurar en los términos descritos, frustrando los propósitos esenciales de sus artículos 125 y 130”.

gozan de régimen especial, obrando siempre sin sujeción a las directrices ni a los mandatos gubernamentales”.

Más adelante la Corte dice:

6.3.- Pronunciamientos recientes reafirman que tanto la vigilancia como la administración de los sistemas específicos de origen legal está a cargo de la CNSC⁵⁵. Así, en la Sentencia C-753 de 2008 la Corte analizó varias normas del Decreto Ley 91 de 2007⁵⁶, de acuerdo con las cuales la administración, coordinación, orientación y adecuado funcionamiento del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa (empleados públicos civiles y no uniformados) estaría a cargo de diferentes órganos, entre ellos la Comisión Administradora del Sistema Especial del Ministerio de Defensa. La Corte siguió las reglas fijadas en la Sentencia C-1230 de 2005 y reiteró que los sistemas específicos de carrera de origen legal deben ser “administrados” y “vigilados” por la CNSC. Dijo al respecto:

“Ahora bien, como ha quedado establecido, existen carreras especiales tanto de origen constitucional como de origen legal. Frente a las primeras, la Corte ha sido unánime al afirmar que la Comisión Nacional del Servicio Civil queda excluida de la administración y vigilancia de las carreras especiales de origen constitucional. Frente a las segundas, esto es, a los regímenes especiales de carrera de origen legal, existe en la actualidad una jurisprudencia unificada de la Corte en cuanto a que es a esta entidad a quien corresponde la administración y vigilancia de dichos regímenes especiales de origen legal.

(...)

Por consiguiente, esta Sala reitera nuevamente y con fundamento en una interpretación sistemática de los artículos 125 y 130 superiores, que los sistemas especiales de origen legal, también denominados ‘sistemas específicos de carrera’, deben ser administrados y vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil”. (Resaltado fuera de texto)

Con fundamento en lo anterior, constató que las normas demandadas desconocían la competencia de la CNSC para la administración y vigilancia de la carrera en el sector defensa, y con ello *“el propósito del Constituyente de hacer efectivo el sistema de carrera en los distintos*

⁵⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-1262 de 2005, C-1265 de 2005, C-211 de 2007, C-175 de 2006, C-753 de 2008.

⁵⁶ Decreto Ley 091 de 2007, “por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración personal”.

*órganos y entidades del Estado sin injerencia del ejecutivo ni de las demás ramas del poder público*⁵⁷.

6.4.- En la misma dirección se destaca la Sentencia C-471 de 2013. La Corte declaró la inexecutable y la constitucionalidad condicionada de varias normas del Decreto Ley 775 de 2005, “*por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional*”. Encontró que varias de esas normas despojaban a la CNSC de la competencia de administrar ese sistema específico de carrera o invadían sus atribuciones constitucionales en la materia.

En ese fallo también explicó que aun cuando la “*administración*” y la “*vigilancia*” de la carrera son conceptos jurídicos indeterminados, su alcance hermenéutico puede ser acotado por la Corte como intérprete autorizado de la Constitución Política, a efecto de llevar a cabo el control que le ha sido encomendado:

“4.2. La administración de las carreras de los servidores públicos

La Constitución Política, por tanto, establece que la Comisión Nacional del Servicio civil es responsable de ‘*la administración y la vigilancia de las carreras de los servidores públicos*’, salvadas las excepciones previstas por la misma carta (art. 130, CP).

4.2.1. Resalta la Sala que la Constitución establece las expresiones ‘*la administración*’ y ‘*la vigilancia*’ de forma escueta. Esto es, no se desarrolla cuál es su contenido. No se determina qué se ha de entender por cada uno de estos conceptos de forma detallada y precisa. En otras palabras, se trata de conceptos jurídicos indeterminados; nociones contempladas por la Carta de forma amplia y general, sin mayores delimitaciones y precisiones.⁵⁸ Tal técnica constitucional conlleva un respeto hacia la deliberación democrática, permitiendo que sea ésta la que precise el alcance de lo que implica la administración y la vigilancia de los sistemas de carrera administrativa.

⁵⁷ La Corte declaró inexecutable los apartes demandados de los artículos 10, 15, 17, 19, 20, 23, 24 25, 28 31, 56, 58, 59, 60, 61, 65, 66 67, 73, 80, 84, 86 y 87 del Decreto ley 091 de 2007, por violación del artículo 125, 130 y 150-10 de la Carta Política.

⁵⁸ En varias ocasiones la Corte Constitucional se ha referido a conceptos jurídicos indeterminados; entre otras ver, por ejemplo, las sentencias: C-393 de 2006, C-095 de 2007, C-350 de 2009, C-432 de 2010, C-910 de 2012.

4.2.2. Por supuesto, el que se trate de conceptos jurídicos indeterminados y no de nociones jurídicas delimitadas de forma clara y precisa, no quiere decir que pueda el legislador prescindir de algunos contenidos básicos y estructurales de sentido y significación que tienen ambas nociones. No puede dejarse de poner en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil funciones que clara y evidentemente se requiere tener asignadas para poder ‘administrar’ o ‘vigilar’ un sistema de carrera administrativa. Si bien existen ‘zonas de penumbra’ en que el alcance del significado de la expresión ‘administración’ de los sistemas de carrera pueden ser precisadas o delimitadas con autoridad por parte del legislador respecto a qué implica administrar o vigilar un sistema de carrera administrativa, existe un núcleo duro de significado, unos contenidos mínimos que no pueden ser desconocidos.⁵⁹

4.2.3. Según el uso corriente de la expresión ‘administrar’, se hace referencia a ordenar, disponer u organizar.⁶⁰ Teniendo en cuenta el uso habitual de las expresiones en derecho, concretamente, puede señalarse que administrar implica, ‘gobernar’, ‘regir’, ‘cuidar’, ‘manejar’.⁶¹ De forma específica, suele entenderse que la administración de un asunto público, suele implicar algunos aspectos básicos.⁶² A saber, la *autoridad*, sin la cual, nada se puede ordenar, exigir ni imponer; la *responsabilidad*, para que no se trate de un poder arbitrario; la *independencia*, que le permite, además de ejecutar, disponer y organizar. La *generalidad y neutralidad de las reglas y principios que la rigen; la permanencia, por la naturaleza de sus fines y la capacidad de acción, basada en los medios de los que disponen aquellas personas que, por sus méritos, han sido designadas para ejercer la administración pública.* En tal sentido, estos conceptos constituyen unos de los criterios básicos para establecer los contenidos básicos y nucleares de la ‘administración de las carreras administrativas’.” (Resaltado fuera de texto)

6.5.- En el ámbito estrictamente normativo la Ley 909 de 2004 escindió las funciones de administración (artículo 11) y las de vigilancia (artículo 12) atribuidas a la CNSC⁶³. En su diseño

⁵⁹ Ver al respecto, por ejemplo, HART, H.L.A. (1961) *El concepto del derecho*. Abeledo-Perrot (1968).

⁶⁰ Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española.

⁶¹ CABANELLAS, Guillermo (1981) *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Heliasta. Tomo I. Buenos Aires, 1981. Ver ‘administrar’. Pag.172.

⁶² CABANELLAS, Guillermo (1981) *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Heliasta. Tomo I. Ver ‘administración pública’, caracterizaciones. Pag.171.

⁶³ “**ARTÍCULO 11.** FUNCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL RELACIONADAS CON LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

original el Legislador previó que, en relación con los sistemas específicos de carrera, la Comisión ejercería las funciones de “*vigilancia*” (numeral 3º del artículo 4), mientras que las de “*administración*” se ejercerían al interior de cada entidad. Sin embargo, luego de la Sentencia C-1230 de 2005 y el condicionamiento que allí se adoptó, es claro que la entidad también tiene a su cargo la función de “*administrar*” los sistemas especiales de creación legal.

7.- Análisis de las normas acusadas. El Decreto Ley 765 atribuye a un órgano diferente a la CNSC la administración de la carrera especial de la DIAN, en contravía de lo previsto en el artículo 130 de la Constitución

7.1.- Según fue explicado en el apartado anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) es la autoridad que tiene asignada la competencia para ejercer tanto la “*administración*” como la “*vigilancia*” de los sistemas especiales de carrera creados por el Legislador, uno de los cuales es precisamente el de la DIAN. Así se desprende con absoluta claridad de la jurisprudencia constitucional, en especial de las Sentencias C-1230 de 2005, C-753 de 2008 y C-471 de 2013.

Con esa premisa básica la Sala comparte la posición del demandante, de la mayoría de los intervinientes y del Ministerio Público, quienes consideran que, en términos generales, las

-
- a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley;
 - b) Acreditar a las entidades para la realización de procesos de selección de conformidad con lo dispuesto en el reglamento y establecer las tarifas para contratar los concursos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 30 de la presente ley;
 - c) Elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento;
 - d) Establecer los instrumentos necesarios para la aplicación de las normas sobre evaluación del desempeño de los empleados de carrera administrativa;
 - e) Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia;
 - f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior;
 - g) Administrar, organizar y actualizar el registro público de empleados inscritos en carrera administrativa y expedir las certificaciones correspondientes;
 - h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa;
 - i) Realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin;
 - j) Elaborar y difundir estudios sobre aspectos generales o específicos de la gestión del empleo público en lo relacionado con el ingreso, el desarrollo de las carreras y la evaluación del desempeño;
 - k) Absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa.
- PARÁGRAFO. El Banco Nacional de lista de elegibles a que hace alusión el presente artículo será departamentalizado y deberá ser agotado teniendo en cuenta primero la lista del departamento en donde se encuentre la vacante”.

normas acusadas vulneran el artículo 130 de la Constitución. En efecto, como se explica a continuación, dichas normas asignan a otro órgano funciones relacionadas con la “*administración*” del sistema específico de carrera de la DIAN, con lo cual despojan a la Comisión Nacional del Servicio Civil de una de las competencias que le han sido constitucionalmente reservadas y se desnaturaliza su vocación de autonomía e independencia en el manejo y conducción de la carrera administrativa de los servidores públicos. “

7.- NORMAS DEL DECRETO 071 DE 2020 QUE VIOLAN LOS ARTICULOS 125, 130 Y 150 NUMERAL 10, Y 40 NUMERAL 7 DE LA CONSTITUCION.

El método que utilizaremos en esta parte de la demanda es el de revisar nuevamente las normas constitucionales en la parte pertinente; luego se transcriben las normas demandadas, tal como fueron publicadas en el Diario Oficial numero 51.206 de Enero 24 de 2020, subrayando en ellas los apartes de las disposiciones respecto de los cuales se cuestiona su constitucionalidad y finalmente damos las razones por las cuales violan la constitución, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Para facilitar la exposición en algunas ocasiones agruparemos varias normas del decreto 071 de 2020, pues esas normas agrupadas violan el mismo o los mismos artículos de la constitución o del bloque de constitucionalidad. A veces nos tocara detenernos en algunas normas del decreto 071 de 2020, con el fin de examinar en detalle por que violan la constitución.

7.1.-CONSTITUCION COLOMBIANA

Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

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

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

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Parágrafo. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido. (Subrayas y negrillas Nuestras)

ARTICULO 130. Habrá una **Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos**, excepción hecha de las que tengan carácter especial. (Subraya y negrillas nuestras)

ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

10. **Revestir, hasta por seis meses**, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.” (Subrayas y negrilla nuestras)

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

7. **Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos**, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública. (Subraya nuestra)

8.- PRIMER GRUPO DE NORMAS DEL DECRETO 071 DE 2020 QUE VIOLAN LOS ARTICULOS 125, 130 Y 150 NUMERAL 10 Y 40 NUMERAL 7; 13, 29 DE LA CONSTITUCION Y TRATADOS INTERNACIONALES:

El primer grupo de normas del decreto 071 de 2020 violatorias de la constitución y de tratados internacionales de derechos humanos son:

El Artículo 22 párrafo transitorio; artículo 27 párrafo transitorio; artículo 44; artículo 49; artículo 53 inciso primero; artículo 54 inciso primero; artículo 83 párrafo transitorio.

A continuación se transcriben esas normas demandas, tal como fueron publicadas en el Diario Oficial número 51.206 de Enero 24 de 2020, subrayando en ellas los apartes de las disposiciones respecto de los cuales se cuestiona su constitucionalidad:

Artículo 22. *Formas de proveer los empleos de carrera administrativa.* Las vacancias definitivas y temporales de los empleos de carrera administrativa se proveerán de las siguientes formas:

22.1. Las vacancias definitivas se proveerán a través de concurso realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil. En este procedimiento de selección competirán en igualdad de condiciones las personas que deseen ingresar a la DIAN y los empleados públicos que pretendan ascender. En forma excepcional también se podrán proveer mediante encargo y nombramiento provisional, aplicando lo dispuesto para vacancias temporales según lo dispuesto en el presente decreto-ley.

22.2. Las vacancias temporales son aquellas que se presentan cuando el titular del empleo público se encuentra en una situación administrativa que implique separación temporal del mismo. Los empleos de carrera en vacancia temporal se pueden proveer a través del encargo o del nombramiento provisional:

a) *Encargo.* Por el término de la vacancia temporal o hasta que se provea en forma definitiva el empleo, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos, siempre y cuando acrediten los requisitos establecidos para el desempeño del empleo, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño haya sido excelente. En el evento en que no haya empleados con evaluación excelente, se podrá encargar a los empleados con evaluación sobresaliente.

El servidor a encargar deberá tomar posesión del empleo dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación del acto administrativo correspondiente. De no tomar posesión dentro del término indicado, se revocará el encargo sin que se requiera del consentimiento del servidor y se considerará que no ha aceptado dicho encargo.

b) *Nombramiento en provisionalidad.* Es aquel que se hace a una persona para proveer de manera transitoria un empleo de carrera en vacancia temporal o definitiva, con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil. La duración del nombramiento será por el término de la vacancia.

El nombramiento en provisionalidad procederá ante la inexistencia de empleados de carrera para ser encargados. La inexistencia de personal a encargar se produce cuando los empleados de carrera:

I).No cumplen los requisitos para el desempeño de los empleos a proveer,

II).Han renunciado o no han aceptado un encargo en el último año,

III).Están desempeñando un empleo en calidad de encargo, o

IV).Habiéndose ofertado internamente los empleos a proveer, los empleados de carrera que cumplan los requisitos para el cargo, en el plazo concedido, no manifiestan interés en ser encargados.

Parágrafo 1°. Cuando existan necesidades del servicio, el Director General de la DIAN podrá encargar a un servidor público que esté desempeñando otro empleo público a través de la figura del encargo, siempre y cuando este lleve en el mismo un término no inferior a tres (3) años.

Parágrafo 2°. Las reclamaciones contra la provisión de empleos mediante las modalidades de encargo o nombramiento provisional se deberán interponer, en primera instancia, ante la Comisión de Personal de la DIAN, dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación del acto administrativo, sin que se suspendan sus efectos.

La segunda instancia le corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual se deberá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión de primera instancia de la Comisión de Personal de la DIAN.

En el evento de prosperar la reclamación, se procederá de manera inmediata a la terminación del encargo o a la desvinculación del empleado nombrado en provisionalidad, según el caso.

Parágrafo transitorio. Sin perjuicio del régimen de transición dispuesto en el presente decreto-ley, la calificación de que trata el literal a) del numeral 22.2 del presente artículo corresponderá a la categoría “sobresaliente”, **hasta tanto el Director General apruebe y entre en vigor el nuevo instrumento de evaluación del desempeño de que trata el presente Decreto-ley.**

Artículo 27. *Requisitos para participar en el concurso de ascenso.* Para participar en los concursos o procesos de selección de ascenso, el empleado de carrera deberá cumplir los siguientes requisitos:

27.1. Acreditar derechos de carrera en el Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN.

27.2. Reunir los requisitos y condiciones exigidos para el desempeño del empleo, según se establece en el Manual Específico de Requisitos y Funciones.

27.3. Acreditar las competencias laborales a través de la certificación que expida la Escuela de Impuestos y Aduanas, o la correspondiente universidad o institución de educación superior acreditada por el Ministerio de Educación Nacional.

27.4. Haber obtenido calificación excelente o sobresaliente en la evaluación de desempeño, en el año inmediatamente anterior a la convocatoria.

27.5. No haber sido sancionado disciplinaria ni fiscalmente dentro de los cinco (5) años anteriores a la convocatoria.

Parágrafo. La DIAN, al reportar la Oferta Pública de Empleos, deberá identificar los empleos que se deben proveer a través del concurso de ascenso. La Comisión Nacional del Servicio Civil validará la información y determinará el tipo de concurso en el acto administrativo que fije las reglas del proceso de selección.

Parágrafo transitorio. Sin perjuicio del régimen de transición dispuesto en el presente decreto-ley, la calificación de que trata el numeral 27.4 del presente artículo corresponderá a las categorías “sobresaliente”, “destacado” o “satisfactorio”, según corresponda, hasta tanto el Director General apruebe y entre en vigor el nuevo instrumento de evaluación del desempeño descrito en el presente decreto-ley.

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 la infraestructura y la capacidad logística para el desarrollo del curso.

En ambos escenarios, el curso de formación tendrá un número mínimo de ciento veinte (120) horas, que será definido en el acto de convocatoria, sobre conocimientos específicos en asuntos tributarios, aduaneros y/o cambiarios, según corresponda, en relación con las funciones del área funcional y la categoría del empleo, para cuya provisión se hubiere convocado el concurso.

En virtud del principio de especialidad y sin perjuicio de la planta global y flexible de la Entidad, los programas específicos del curso de formación solamente pueden circunscribirse al asunto tributario, aduanero y/o cambiario, según el proceso misional al cual pertenece el empleo a proveer.

Artículo 44. *Período de la evaluación del desempeño.* El período ordinario de la evaluación de desempeño es de un (1) año, transcurridos los primeros seis (6) meses del periodo ordinario de evaluación se deberá realizar al menos una evaluación de seguimiento parcial, o las evaluaciones parciales que se requieran. En el reglamento que expida el Director General de la DIAN, determinará el periodo a evaluar, las evaluaciones parciales, así como las evaluaciones extraordinarias.

Artículo 49. *Obligación de evaluar el desempeño.* Los empleados públicos de la DIAN con personal a cargo, es decir el jefe o coordinador inmediato del empleado, serán los responsables de evaluar el desempeño laboral de dicho personal, sin perjuicio de la participación en la evaluación de otros empleados que hayan intervenido en los procesos en los cuales concurra el evaluado, y de los usuarios o clientes destinatarios de los servicios prestados por el empleado. Para estos efectos, los evaluadores deberán realizar la evaluación, siguiendo la metodología contenida en el instrumento que apruebe para tal fin el Director General de la DIAN, según las disposiciones del presente decreto-ley.

De conformidad con el Código Disciplinario Único o las normas que lo modifiquen o sustituyan, el incumplimiento del deber de evaluar de forma correcta y veraz por parte del responsable constituye falta disciplinaria, sin perjuicio de que cumpla con la obligación de evaluar y aplicar rigurosamente el procedimiento señalado para la evaluación.

Artículo 53. *Instrumentos de evaluación de los empleados del Sistema Específico de Carrera.* En desarrollo de las facultades de gestión y administración del talento

humano de la Entidad, el Director General de la DIAN, mediante resolución, aprobará los instrumentos de evaluación del desempeño de los empleados del Sistema Específico de Carrera. Dichos instrumentos tendrán en cuenta parámetros objetivos, cualitativos y cuantitativos previamente señalados al cumplimiento de metas y objetivos institucionales. Lo anterior de conformidad al plan anual de gestión adoptado para cada una de las dependencias.

En los instrumentos se deberán definir los períodos de calificación, las escalas de valoración con su respectiva interpretación; el puntaje mínimo satisfactorio y el que indique el nivel de excelencia para efectos de incentivos; los criterios de desempate para el otorgamiento de incentivos; y el procedimiento de comunicación.

Contra la evaluación del desempeño de los empleados del Sistema Específico de Carrera procederá el recurso de reposición ante el responsable de evaluar y el recurso de apelación ante el superior inmediato de este.

Artículo 54. *Instrumentos de evaluación del desempeño de los empleados de libre nombramiento y remoción, y vinculados mediante nombramiento provisional.* En desarrollo de las facultades de gestión y administración del talento humano de la Entidad, el Director General de la DIAN, mediante resolución, aprobará los instrumentos de evaluación del desempeño de los empleados de libre nombramiento y remoción, y de los vinculados en provisionalidad. Dichos instrumentos se sujetarán, en lo que les sea compatible, a los criterios y condiciones señalados en el artículo anterior.

La evaluación del desempeño de los empleados provisionales en ningún caso genera derechos de carrera, y la de los empleados de libre nombramiento y remoción no origina el cambio de naturaleza del empleo ni estabilidad en el empleo.

Artículo 83. *Requisitos de la comisión de estudios.* La comisión de estudios solo podrá otorgarse a los servidores que cumplan los siguientes requisitos:

83.1. Haber prestado sus servicios en la Entidad por un tiempo no inferior a un (1) año.

83.2. Haber obtenido calificación excelente o sobresaliente durante el año inmediatamente anterior.

83.3.No haber sido beneficiario de comisión de estudios durante los cinco (5) años anteriores a la solicitud.

83.4.No haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente por faltas graves en los últimos cinco (5) años, inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud.

83.5.Concepto escrito favorable del jefe inmediato.

83.6.Suscribir convenio en virtud del cual el servidor se obligue al cumplimiento del objeto para el cual fue conferida la comisión, y a prestar efectivamente sus servicios a la Entidad por un tiempo equivalente al doble del que dure la comisión, contado a partir de la fecha en que se reintegre al servicio.

83.7.Suscribir póliza de garantía de cumplimiento del convenio, por el término de este y seis (6) meses más, por el ciento por ciento (100%) del valor total de los salarios y prestaciones pagadas al servidor durante el término de la comisión, y demás gastos adicionales que se originen a cargo de la Entidad con ocasión de la misma.

83.8.Cuando la comisión surja de una invitación de gobierno extranjero u organismo internacional, y medien las circunstancias establecidas en el artículo 129 y en el numeral 18 del artículo 189 de la Constitución, se deberá tramitar el permiso respectivo ante el Gobierno nacional.

Parágrafo. Para las comisiones de estudios que se concedan por medio tiempo, debe suscribirse convenio mediante el cual el comisionado se compromete a prestar sus servicios a la Entidad, por un tiempo adicional igual al de duración de la comisión.

Adicionalmente, el empleado debe suscribir una póliza de garantía de cumplimiento por el término señalado en el inciso anterior y por el cincuenta (50%) del valor total de los gastos en que haya incurrido la Entidad, con ocasión de la comisión de estudios y los sueldos que el empleado pueda devengar durante el transcurso de su permanencia.

Parágrafo transitorio. Sin perjuicio del régimen de transición dispuesto en el presente decreto-ley, la calificación de que trata el numeral 83.2 del presente artículo corresponderá a las categorías “sobresaliente”, “destacado” o “satisfactorio”, según corresponda, hasta tanto el Director General apruebe y entre en vigor el nuevo instrumento de evaluación del desempeño descrito en el presente decreto-ley.

9. VIOLACIONES COMUNES DE ESTE PRIMER GRUPO DE NORMAS

Todas las normas arriba mencionadas que forman parte del decreto 71 en 2020, en la parte subrayada, violan el artículo 125 de la constitución que reserva esas competencias al legislador y por lo mismo no pueden ser ejercidas por el órgano ejecutivo, ni siquiera por el Presidente de la República mediante decretos reglamentarios y mucho menos pueden ser ejercidas por el Director General de la Dian, mediante resoluciones o de otros actos jurídicos.

Violan también el artículo 130 de la constitución por cuanto usurpa competencias que corresponden a la Comisión Nacional de Servicio Civil, para administrar y vigilar las carreras administrativas, incluida la de la Dian. No sobra recordar que esas competencias de la Comisión Nacional de Servicio Civil, son excluyentes e indivisibles, de modo que no puede compartirlas con el Director General de la Dian.

La Comisión Nacional de Servicio Civil, es el único órgano competente para desarrollar la ley sobre la carrera de la Dian.

Se viola el artículo 150 numeral 10 de la constitución, pues las facultades ya se agotaron y no puede seguirse legislando bajo el pretexto de dictar decretos reglamentarios o resoluciones que en realidad son formas de usurpar la competencia legislativa, prorrogar las facultades extraordinarias y violar la reserva de ley.

El grupo de normas arriba señaladas del decreto 071 de 2020, confieren al director general de la Dian la posibilidad de dictar normas jurídicas sobre un tema crucial en cualquier carrera administrativa cómo es la evaluación de desempeño de los empleados y que por lo mismo hace parte del núcleo esencial de cualquier carrera administrativa; casi que sobra recordar la importancia de la evaluación para la carrera administrativa: La evaluación es la que permite que un funcionario se mantenga dentro de la carrera administrativa, es también el elemento fundamental qué puede hacer que un funcionario salga de la carrera y del cargo que había ganado por medio del concurso, ya que una mala evaluación puede dar origen a la declaración de insubsistencia del funcionario de carrera. La evaluación puede servir para que el funcionario tenga comisiones de distinta naturaleza, Comenzando por la de estudios, encargos, etc.

De la simple lectura del artículo 48 del propio decreto 71 de 2020 y del artículo 129 numeral 4 que establece las causas de retiro de la carrera, se aprecia que hace parte del núcleo esencial de la carrera administrativa de la dian. Veamos las normas:

Artículo 48.*Efectos de la evaluación del desempeño.* La evaluación del desempeño se tendrá en cuenta para los siguientes efectos:

48.1 Determinar la permanencia en la Entidad.

48.2 Conceder stimulus.

48.3 Conceder las comisiones al servidor para ejercer funciones propias de su cargo en

lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o para que atienda transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo del cual es titular.

48.4 Conceder comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción.

48.5 Postularse para encargos y participar en los procesos de selección para ascensos.

48.6 Participar en los programas de capacitación.

48.7 Mejorar el clima laboral y orientar la cultura organizacional.

48.8 Valorar el modelo de gestión de la DIAN.

Artículo 129. *Causales de retiro.* El retiro del servicio de los empleados públicos de la DIAN conlleva la cesación en el ejercicio de funciones públicas en la Entidad, el retiro de la carrera del sistema específico, y la pérdida de los derechos de la misma. Son causales de retiro de la Entidad las siguientes:

129.4. Declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio de la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera.

La evaluación cobija no sólo a los funcionarios de carrera sino también a los de libre nombramiento y remoción y de ésta depende su continuidad o su salida del cargo. La forma cómo se evalúa no es tampoco cosa de poca monta ya que sabemos que las formas determinan los contenidos, puesto que existe una relación dialéctica entre forma y contenido; la metodología de la evaluación es también un elemento esencial de la carrera administrativa de la Dian y de cualquier otra institución o carrera. Se le da competencia al director de la Dian, no solamente para fijar la metodología del instrumento de evaluación o desempeño de los empleados, sino que también se le permite fijar los períodos a evaluar, las evaluaciones parciales y las evaluaciones extraordinarias. Esto le da un poder y unas competencias también extraordinarias pues ya sabemos qué tal cómo está diseñada la ley, basta con una sola calificación extraordinaria insuficiente o mala, para que el funcionario de carrera pierda su régimen de carrera y además, como consecuencia de eso sea declarado insubsistente. Todas estas atribuciones lo convierten en un director todopoderoso.

Ya hemos visto como la competencia para regular las carreras tiene reserva de ley, por mandato del artículo 125 de la constitución. Siendo esto así, todas estas competencias que se le dan al director de la dian violan el artículo 125, pues se le está convirtiendo en un verdadero legislador, atribuyéndole unas competencias que no tiene ni siquiera el gobierno nacional: no las tiene el presidente de la república; no las tiene el ministro de hacienda y mucho menos puede tenerlas el director de la dian.

Simultáneamente se viola el artículo 130 de la constitución, ya que le quita la competencia que sobre esta materia de administración y vigilancia tiene la Comisión Nacional del Servicio Civil que es el único órgano que por mandato del artículo 130, puede una vez el legislador ha dictado la ley, dentro de sus competencias, dictar los actos jurídicos que desarrollan de carrera administrativa. Por esta vía se le está quitando a la Comisión Nacional del Servicio Civil su competencia única e indivisible como lo ha resaltado la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional en distintas oportunidades.

Con estas normas se violan también el artículo 150 numeral 10 de la Constitución, tal como lo señalamos arriba dentro de las premisas fundamentales de este capítulo, ya que las facultades extraordinarias por esta senda se están prorrogando. El gobierno sólo tenía 1 mes de facultades para dictar el decreto extraordinario y por este camino, se está prorrogando la facultad extraordinaria, en cabeza de un funcionario de inferior jerarquía como es el director de la Dian. Se están auto concediendo facultades que además se convierten en permanentes, pues el director de la Dian podría, después a su libre arbitrio, dictar otras normas jurídicas sobre estos temas.

Es importante señalar que poco importa los subterfugios lingüísticos o las palabras o expresiones que utilizan los distintos artículos, pues a veces se utiliza la expresión “aprueba”, otras veces la expresión “instrumento” en otras oportunidades utiliza ambas expresiones “aprueba instrumentos”; ya que independientemente del nombre utilizado, lo importante es que la aprobación o el instrumento son actos jurídicos y en consecuencia eso equivale a una competencia de dictar normas jurídicas, en este caso; por la importancia del asunto, afecta el núcleo esencial de la carrera administrativa de la Dian, pues la evaluación de desempeño es, en última instancia, la que le permite a los funcionarios continuar con su derecho a la carrera administrativa; mantenerse o perder su trabajo. La evaluación de desempeño afecta toda la vida laboral del trabajador comenzando por su permanencia en el cargo, afecta casi todas las situaciones administrativas en que él se encuentre, la movilidad dentro de la carrera, las causales de retiro, etcétera.

9.1.-VIOLACION DEL ART. 40 NUMERAL 7 DE LA CONSTITUCION

La evaluación del desempeño es tan importante para la carrera administrativa, puesto que al sacar a un funcionario de la carrera administrativa, se le hace perder un derecho fundamental: pierde el derecho fundamental a participar en el ejercicio del poder político como lo establece el artículo 40 de la constitución, esto equivale a dejar en manos del Director General de la Dian, a su libre arbitrio, a su discrecionalidad, el derecho de los funcionarios de carrera de la Dian a

ejercer el poder político y a no poder seguir desempeñando los cargos públicos para los cuales accedieron mediante concurso. Es darle el poder de disponer de un derecho fundamental; en este caso de los ciudadanos vinculados a la carrera administrativa de la Dian a continuar participando en el ejercicio del poder político a conservarse en el desempeño de funciones y cargos públicos, cómo ordena el artículo 40 la constitución y especialmente el numeral 7° del mismo artículo.

En Síntesis todo ese primer grupo de artículos del decreto 071 de 2020, violan por lo menos 4 artículos de la constitución, cómo son los artículos 125, 130, 150 numeral 10 y el 40 numeral 7 de la constitución, y por lo mismo deben ser declarados, todos inconstitucionales.

La relación que existe entre la carrera administrativa y el derecho a participar en la formación, control y ejercicio del poder político y una de sus manifestaciones como es el derecho a Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, ha sido establecido en varias ocasiones por la honorable corte constitucional. Veamos una de estas sentencias, que es la C-049-06 dónde queda claramente establecida la relación entre ley, carrera administrativa, derecho fundamental a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y el derecho a la igualdad. Veamos la parte pertinente de la sentencia:

“Ahora bien, al establecer la norma demandada, como uno de los aspectos de evaluación, la experiencia *relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación del desempeño*. Sin dudas, se está tomando como parámetro de evaluación una medida discriminatoria con aquellos ciudadanos que no pertenecen a la carrera administrativa o que perteneciendo a ella no han desempeñado el cargo a proveer. En consecuencia, se está vulnerando la posibilidad de que los ciudadanos accedan al desempeño de cargos públicos en condiciones de igualdad, derechos de raigambre Constitucional establecidos en los Arts. 13 y 40 numeral 7.”

9.2.-LA FACULTAD “DISCRESIONAL” DE LA 2 FASE. ART 29.2 DECRETO 071 DE 2020. EL CURSO-CONCURSO EN LA ESCUELA DE IMPUESTOS Y ADUANAS DE LA DIAN.,

Es importante detenernos a mirar la facultad que se le concede al Director General de la Dian en relación con el artículo 29.2 referido a la segunda fase del concurso para ascender o para ingresar a la carrera administrativa. Esta norma tiene múltiples problemas de constitucionalidad: El primero es que se da una competencia “discrecional”, para llevar a quien quiera ascender o ingresar a la carrera de la Dian, a un Curso-Concurso ante La Escuela de Impuestos y Aduanas, de la propia Dian, que en realidad no es más que un eufemismo para no utilizar el nombre que verdaderamente le corresponde: “Derecho” al abuso, a la tiranía y al despotismo, ya que las pruebas para ascender o ingresar a la carrera administrativa, puede realizarlas indirectamente el mismo director General de la Dian, evaluarlas y calificarlas el mismo.

La razón de esta afirmación es que La Escuela de Impuestos y Aduanas, es un órgano que depende del Director General de la Dian, y no solo el órgano como tal, sino también su titular, ya que a la luz del artículo 19 del mismo decreto 71 de 2020 lo nombra el Director General: Veamos el **Artículo 19. Competencia para provisión de empleos.** De acuerdo con la naturaleza de los empleos, su provisión se sujetará a las siguientes reglas: 19.1. Los empleos de libre nombramiento y remoción de la planta de personal de la DIAN serán provistos por nombramiento ordinario de la siguiente manera: c) Los demás empleos, por el Director General. Dentro de esta categoría se encuentra el director de la escuela de impuestos y aduanas.

Es fundamental tener en cuenta que el proceso de selección para ascender o ingresar a la dian tiene, como todo proceso, una serie de etapas, que comprende: (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 período de prueba. El contenido y objeto de estas etapas se define a continuación:

Si tuviéramos que escoger dentro de esas varias etapas una que sea el núcleo esencial de la carrera administrativa de la Dian no hay duda que sería la tercera, que es la de aplicación y evaluación de las pruebas de selección. Lo primero que debemos decir, es que por ser el núcleo esencial de la carrera su regulación y desarrollo está reservado a la ley; no puede quedar al arbitrio de otra norma de inferior jerarquía a la ley; y mucho menos a la voluntad de una persona, del Director General de la Dian. Otorgarle un instrumento de arbitrariedad, como este, es permitir que el Director maneje la etapa fundamental del proceso de selección; el núcleo esencial de este proceso. No sobra advertir que además por mandato de la ley esta fase segunda o 2, tiene mucho más puntaje que la primera fase o etapa. De esta manera se viola el núcleo esencial de la carrera administrativa de la Dian y como consecuencia, también se viola el artículo 125 de la constitución en la medida en que esa competencia de regular el núcleo esencial, de las carreras administrativas está constitucionalmente reservada al legislador.

Esta en realidad no es una competencia, sino que es una patente de corso para cometer cualquier desafuero por parte del director General de la Dian, ya que le permite a su capricho, a su voluntad absoluta, llevar a un escenario de falta de garantías, de falta de imparcialidad, de falta de independencia a todos los funcionarios de Dian que ya estén en la carrera administrativa y que quieran ascender, pero que no gocen de su simpatía, por cualquier motivo o razón, o que defiendan valores diversos, como por ejemplo los sindicalistas, que quieran ascender; estos funcionarios pueden ser llevados ante una institución como La Escuela de Impuestos y Aduanas, que el controla y dirige e y cuyo jefe a nombrado a su voluntad.

9.3.-VIOLACION DE LOS ARTICULO 29 Y 13 DE LA CONSTITUCION

En ese escenario, de la escuela de impuestos, todos los funcionarios de la Dian que quieran ascender están en una situación de falta de imparcialidad e independencia, de violación del debido proceso por qué son llevados ante una institución que el Director General de la Dian, controla y maneja; como controla y maneja al jefe de esa institución, que previamente ha nombrado, esta situación se traduce en una falta de imparcialidad al momento de evaluar y calificar, de juzgar el mérito de los concursantes. Con esto se viola el artículo 29 de la constitución que consagra el debido proceso en las actuaciones administrativas, y que exige que quien me juzga debe ser imparcial e independiente no solo material sino también formalmente.

en nuestro sistema jurídico el Marco normativo básico del debido proceso encuentra en el artículo 29 de la constitución, y en el bloque de constitucionalidad; esto es las normas del derecho internacional de los derechos humanos y especialmente en los siguientes instrumentos jurídicos: *Declaración Universal de Derechos Humanos* artículos 10, 11; en la declaración americana de derechos y deberes del hombre, artículo 18 y artículo 26; en el pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU artículo 14, siendo fundamental el numeral primero de este artículo que dice: “Artículo 14; 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia.

Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”...

En la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, el artículo 8. Garantías judiciales y especialmente en el numeral primero que dice: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

9.3.1.-LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA SOBRE DEBIDO PROCESO

En tres sentencias adoptadas en 1991 la Corte Interamericana dejó sentada una jurisprudencia importante sobre la relación de los párrafos 1 y 2 del artículo 8 de la Convención Americana, o sea, sobre las garantías del debido proceso que deben respetarse durante procesos civiles y administrativos.

El caso Tribunal Constitucional del Perú concierne a un juicio político de tres magistrados destituidos de sus cargos por una comisión del Congreso. En este caso, la Corte manifestó lo siguiente con respecto al primer párrafo del artículo 8: (...) que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus

derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.

Con respecto al segundo párrafo del artículo 8, la Corte Interamericana declaró lo siguiente: (...) a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.

La expresión más completa de la doctrina de la Corte Interamericana sobre esta materia se encuentra en los siguientes extractos de su sentencia en el caso Baena Ricardo, relativa a una acción administrativa que resultó en el despido de funcionarios de una empresa estatal: (...) es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.

En cualquier materia la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada. Por ejemplo, no puede la administración invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales.

Permitirle a los estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.

9.3.2.-LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD COMO GARANTIA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS.

Cuando el estado de derecho hace a los jueces independientes e imparciales, no es con el fin de otorgarles un privilegio. Lo hace con el objetivo de otorgarles una garantía a los ciudadanos. La garantía de que si un ciudadano, así sea el más humilde, tiene un derecho que le ha sido violado, así sea por el más poderoso, en fuerza física, material, militar o económica, etc., puede llevar al violador de su derecho ante una persona independiente e imparcial (el juez) y lograr el restablecimiento del mismo.

El principio de independencia de los jueces no está dirigido a otorgarles beneficios personales; su justificación es proteger a los individuos contra los abusos de poder y garantizar una recta administración de justicia. En consecuencia, los jueces no pueden decidir casos en forma arbitraria de acuerdo con sus preferencias personales, sino que deben aplicar el derecho a los hechos.

No basta con que los jueces sean independientes, tienen también que ser imparciales, esto es que deben estar por encima de las partes o lo que es lo mismo, no pueden ser o comportarse como partes dentro del proceso. Si el juez es parte los ciudadanos no tienen ninguna garantía de sus derechos; ya que si un juez toma partido contra un ciudadano su derecho será siempre vulnerado así sea realmente inocente de aquello de que se le acusa. Razón tenía quien afirmó que nadie le gana un pleito a un juez parcializado. O aquella otra persona que dijo que la única manera de ganarle un litigio a un juez parcializado es teniendo a Dios como apoderado; y a continuación agregó, lo grave es que Dios solo se ocupa del juicio universal y no de los juicios humanos.

Con el fin de conservar la imparcialidad de los jueces es que el estado de derecho ha separado la función de investigación de la función de juzgamiento. Quien investiga un asunto se forma un preconcepto del asunto, deja de ser objetivo y si en la investigación considera que el investigado es culpable, lo condenara como culpable así en realidad sea inocente. Esto es una verdad mucho más verdadera si quien ha investigado lo ha hecho por iniciativa propia. Quien abre un proceso creyendo que alguien es culpable, lo investiga como culpable y lo condena como culpable y el ciudadano habrá sido vulnerado en su derecho. En un verdadero estado de derecho quien investiga no puede juzgar a quien ha investigado y esto es válido tanto para los procesos penales como para los procesos disciplinarios.

La independencia debe ser al mismo tiempo objetiva y subjetiva

Se ha señalado que un tribunal o juez debe ser objetivamente independiente, sino que además debe ser visto como independiente. Dicha independencia significa que los jueces no pueden decidir

casos de acuerdo con sus preferencias personales. Los jueces tienen el derecho y la obligación de decidir los casos que se presentan ante ellos de acuerdo con el derecho, sin temor a ningún tipo de represalias. Como lo establece el principio 2 de los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*: “Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas.

La Imparcialidad

El derecho a un juicio justo requiere que los jueces sean imparciales. El derecho a ser juzgado por un tribunal independiente implica que los jueces así como los miembros del jurado no tengan intereses en juego en un caso particular, y que no tengan opiniones formadas con respecto a las partes. Los casos solo podrán decidirle “basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna”. A tales efectos, el estado, otras instituciones y los particulares, tienen la obligación de abstenerse de presionar o inducir a los jueces a que decidan de una determinada manera y los jueces tienen la obligación correlativa de comportarse en forma imparcial.

El Tribunal europeo de Derechos humanos hace una distinción entre “un enfoque subjetivo, que procura establecer la convicción personal de un juez dado en una causa dada, y un enfoque objetivo, que busca determinar si ofreció suficientes garantías para eliminar toda duda legítima al respecto”. El primero de estos conceptos es denominado imparcialidad subjetiva; el segundo se denomina imparcialidad objetiva. Un juicio no será justo no solamente si el juez no es imparcial sino que además si el juez no es percibido como imparcial.

El Tribunal europeo de Derechos humanos tiene una amplia jurisprudencia en la cual estos dos requisitos de imparcialidad están definidos. Según el Tribunal, un juez o tribunal solamente serán considerados imparciales si pasan la prueba subjetiva y objetiva. La prueba subjetiva “consiste en procurar determinar la convicción personal de un juez particular en una causa dada”. Esto implica que “ningún miembro de un tribunal debe abrigar prejuicios o parcialidades personales”. “el requisito objetivo de imparcialidad “consiste en determinar si el juez brindo garantías suficientes para eliminar toda duda legítima” con respecto a su imparcialidad. En virtud de la jurisprudencia del Tribunal, si alguna de las pruebas no es aprobada, el juicio será considerado injusto”.

9.3.3.- VIOLACION DEL DERECHO A LA IGUALDAD

De igual manera al permitir este poder del Director General de la Dian, de escoger a la escuela de impuestos y aduanas de la Dian, se viola el principio de igualdad en las 2 direcciones en que puede ser violado, esto es discriminando y privilegiando; ya que respecto de los que NO gozan

de las simpatías del director General de la Dian, pueden ser discriminados y la discriminación es una violación del principio de igualdad; y, en relación con los funcionarios que ya se encuentran en la carrera de la Dian y quieren ascender (como los particulares que quieran ingresar a la carrera de la Dian) y SI gocen de la simpatía o del favoritismo del Director General de la Dian de turno, pueden ser privilegiados al momento de evaluarlos y calificarlos. Conferir este poder al director le permite violar la igualdad en las dos direcciones: discriminando a quienes por cualquier razón NO gocen de su simpatía y privilegiando a quienes SI disfruten de ella; siendo ambas cosas violatorias del artículo 13 de la constitución política.

En el otro escenario, que prevé el artículo 29.2, para realizar la 2 fase del concurso de la Dian, qué es el de llevar al libre arbitrio del Director General de la Dian a los concursantes al curso-concurso por medio de Contratos o convenios interadministrativos, celebrados entre la DIAN (o lo que es lo mismo celebrados por su Director General) y las universidades o instituciones de educación superior acreditadas ante el Ministerio de Educación, en esta hipótesis la norma también es inexecutable; y es inconstitucional ya que la competencia para celebrar estos contratos y escoger las instituciones que realicen las pruebas que evalúen y califiquen corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil como órgano que de manera exclusiva e indivisible administra y vigila todas las carreras administrativas incluida la de la dian, ya que así lo tiene definido esa Honorable Corte Constitucional en varias sentencias a las que ya hicimos referencia y a las cuales nos remitimos.

Al mismo tiempo que se entrega esta competencia “discrecional” al director de la dian, simultáneamente se le está arrebatando la competencia que si le corresponde constitucionalmente a la Comisión Nacional del Servicio Civil; en consecuencia esta otra parte de la norma también es inconstitucional porque vulnera el artículo 130 de la constitución que le otorgó la misión institucional a la comisión de administrar y vigilar la carrera de la Dian.

Desde ahora anunciamos que este artículo 29 junto con otras normas del decreto 71 tiene otros problemas de constitucionalidad los cuales veremos más adelante.

También queremos llamar la atención del honorable corte de que estas facultades que se le dan al Director General de la Dian es violatoria de la ley de facultades concretamente de la ley 2010 del 2019, artículo 122 Pues esta ley de facultades solo permitía su ejercicio por un mes y al Gobierno Nacional.

Veamos las facultades:

Ley 2010 DEL 27 DE DIC DE 2019

Tal como fue publicada en el DIARIO OFICIAL Numero 51.179; del 27 de Diciembre de 2019

Artículo 122. Sistema específico de carrera administrativa. A efectos de fortalecer institucionalmente a la DIAN para que cuente con los medios idóneos para la recaudación, la

fiscalización, la liquidación, la discusión y el cobro de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 50, numeral 10 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República, por el término de un (1) mes contado a partir de la fecha de promulgación de la presente ley de facultades extraordinarias, para expedir decretos con fuerza de ley mediante los cuales se establezca y regule en su integridad 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, regulando la gestión y administración del talento humano de esa entidad, así como desarrollando todo lo concerniente al ingreso, permanencia, situaciones administrativas, movilidad, causales de retiro entre otros el voluntario a fin de garantizar la profesionalización y la excelencia de sus empleados, 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 lo establecido por el artículo 209 de la Constitución Política. (Subraya nuestra)

Las facultades eran sólo por el plazo de 1 mes y mediante estas competencias que se atribuyen ahora al Director de la Dian se prorrogan indefinidamente en el tiempo. La carrera sólo puede regularla el legislador directamente y los actos de aplicación de la ley son de competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo que al mismo tiempo que el director de la dian se le entrega una competencia legislativa, simultáneamente se priva o se despoja de la competencia exclusiva e indivisible que si tiene la Comisión Nacional del servicio civil, para administrar y vigilar la Carrera de la Dian.

Al ver la ley de facultades queda claro que el legislador no faculto para que el director de la dian tuviera estas competencias. Tampoco hubiera podido hacerlo, ya que la regulación del núcleo esencial de la carrera, como en este caso es la evaluación del desempeño; los periodos para evaluar, incluidas las evaluaciones parciales y las extraordinarias son competencia exclusiva del legislador.

9.3.4.-CONCLUSION: VIOLACION DE LOS ARTICULOS 13, 29, 40 NUMERAL 7, 125, 130, 150 NUMERAL 10 Y VARIOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Todas las normas arriba mencionadas violan el artículo 125 de la constitución que establece que la competencia para regular las carreras administrativas, incluida la de la dian, es del legislador y un tema tan fundamental como es la evaluación de desempeño no puede ser atribuida a un funcionario de la rama ejecutiva del poder público de inferior jerarquía como es el director de la dian, pues no puede entregárselo ni siquiera al señor presidente de la república. Es también violatorio del artículo 130 de la constitución, ya que al otorgar esas competencias al director de

la dian automáticamente esta despojando de ellas a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que las tiene por mandato del artículo 130, de manera excluyente y no divisible como lo ha señalado la jurisprudencia de esta honorable corte constitucional.

Simultáneamente se viola el artículo 150 numeral 10 de la constitución en cuanto prórroga las facultades no sólo en el tiempo sino también en una materia de la que el congreso no puede desprenderse porque es reservada a la ley no importa el nombre que se le da a estos actos. Se violan también el artículo 40 de la Constitución y especialmente su numeral 7; ya que el derecho fundamental de permanecer en el desempeño de funciones y cargos públicos que no es más que una manifestación del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político queda en manos del director de la dian.

Se violan los artículos 13 y 29 de la constitución, ya que algunas de esas facultades son fuente de discriminación o privilegio y no se garantiza la independencia e imparcialidad de quienes deben juzgar los meritos de los concursantes. Así mismo se violan varios tratados internacionales que consagran esos derechos, como es la declaración universal de derechos humanos de la ONU y el pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU y la Convención Americana de derechos humanos, instrumentos internacionales todos que forman parte del bloque de constitucionalidad y por lo mismo son parámetro para controlar la constitucionalidad del decreto 071 de 2020 y como este ultimo los viola debe ser declarado inexecutable, en los apartes demandados.

10.-SEGUNDO GRUPO DE NORMAS DEL DECRETO 071 DE 2020 QUE VIOLAN LOS ARTICULOS 125, 130 Y 150 NUMERAL 10 DE LA CONSTITUCION:

Son los artículos 11 numerales 11.1 y 11.2; artículo 12 numeral 12.1; artículo 46 inciso 2; 62 inciso 2 y 62.4; artículo 149. Veamos las normas.

Artículo 11. *Funciones de la Comisión de Personal.* Son funciones de la Comisión de Personal, las siguientes:

11.1. Velar porque los procesos de selección y evaluación del desempeño laboral se realicen conforme con lo establecido en el presente decreto-ley y en las demás disposiciones que lo reglamenten o desarrollen, sin perjuicio de las facultades de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

11.2. Solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, excluir de la lista de elegibles a las personas que hubieren sido incluidas sin reunir los requisitos exigidos en las respectivas convocatorias, o con violación a las leyes, este decreto-ley o los reglamentos que regulan el Sistema Específico de Carrera Administrativa.

11.3. Verificar que los empleos se provean en el orden de prioridad establecido en el presente decreto-ley.

11.4. Conocer y decidir en primera instancia sobre reclamaciones que formulen los empleados de carrera por la irregularidad en la provisión de empleos públicos mediante encargo, en aplicación de las normas previstas en el presente decreto-ley.

11.5. Conocer y decidir en primera instancia las reclamaciones que formulen los empleados de carrera que hayan optado por el derecho preferencial a ser reincorporados cuando se les supriman sus empleos, por considerar que han sido vulnerados sus derechos.

11.6. Poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos constitutivos de violación de las normas de carrera, para efectos de establecer las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales a que haya lugar.

11.7. Elaborar los informes que se requieran para el cumplimiento de sus funciones.

11.8. Las demás funciones que le sean atribuidas por la ley o el reglamento.

Parágrafo. Los empates que surjan en las decisiones de la Comisión de Personal serán dirimidos por el Jefe de Control Interno o por quien haga sus veces.

Artículo 12. *Funciones de la Escuela de Impuestos y Aduanas.* La Escuela de Impuestos y Aduanas tendrá las siguientes funciones:

12.1. Desarrollar los cursos de formación que correspondan a la Fase II de los procesos de selección para la provisión definitiva de los empleos de carrera, de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto-ley y en el reglamento.

12.2. Realizar la inducción previa al nombramiento en período de prueba, de los aspirantes que hayan superado el concurso de ingreso o de ascenso.

12.3. Coordinar y ejecutar el Plan Institucional de Capacitación, directamente o a través de terceros.

12.4.Las demás que le asigne el reglamento.

Artículo 46.*Categorías de la evaluación de desempeño.* La evaluación del desempeño de los empleados pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN tendrá como resultado alguna de las siguientes categorías: (i) excelente, (ii) sobresaliente, (iii) satisfactorio o (iv) no satisfactorio.

Los puntajes a ser obtenidos en cada una de las categorías, el plan de incentivos y demás aspectos relacionados con la evaluación de desempeño no previstos en el presente Decreto-ley, serán determinados en el decreto reglamentario correspondiente, el cual deberá ser expedido en un plazo máximo de doce (12) meses contados a partir de la expedición del presente decreto-ley.

Artículo 62.*Procedimientos de identificación, definición, aplicación, evaluación y acreditación de competencias.* Los procedimientos de identificación, definición, aplicación, evaluación y acreditación de competencias deberán adelantarse conjuntamente por la Subdirección de Talento Humano o la dependencia que haga sus veces y la Escuela de Impuestos y Aduanas.

Le corresponde al reglamento del presente decreto-ley determinar los criterios a tener en cuenta para la implementación de los citados procedimientos. En todo caso, se deberán atender las siguientes reglas:

62.1.Los procedimientos de identificación, evaluación y acreditación de competencias deben recaer sobre todos los servidores de la DIAN.

62.2.Los procedimientos de identificación, definición, aplicación, evaluación y acreditación de competencias, deben tener en cuenta los empleos de cada categoría. La información respecto a los procedimientos debe encontrarse en el Registro Único de Personal (RUP) administrado por la Subdirección de Talento Humano o la dependencia que haga sus veces.

62.3.Los procedimientos de identificación, definición, aplicación, evaluación y acreditación de competencias se deben realizar con una periodicidad de dos (2) años. De igual modo, puede hacerse por fuera de este período cuando responda a las necesidades de movilidad horizontal o vertical.

62.4.El Gobierno nacional fijará los parámetros técnicos que debe reunir la Escuela de Impuestos y Aduanas con el propósito de acreditar y certificar competencias laborales.

62.5.Los parámetros de acreditación de competencias laborales deberán estar acordes con aquellos reconocidos internacionalmente, con el fin de hacer posible el cumplimiento de compromisos que el Estado colombiano ha adquirido en materia tributaria, aduanera y/o cambiaria.

Artículo 149.*Régimen de transición.* Los asuntos que requieran reglamentación o desarrollo administrativo, por expresa disposición del presente decreto-ley, serán aplicables una vez se expida el correspondiente decreto reglamentario o las resoluciones, según corresponda. Entre tanto, dichos asuntos se regularán por las normas vigentes al momento de la entrada en vigencia del presente decreto-ley.

La remisión al reglamento dispuesta en esta materia por el legislador extraordinario vulnera la reserva de ley constitucional de regulación de la carrera administrativa (art 125 C.N) y constituye una extralimitación por parte del Ejecutivo en el uso de las facultades extraordinarias. Por ello, la remisión al reglamento de las disposiciones bajo estudio se sustrae a lo ordenado por la Constitución (art. 130), en tanto viola la reserva de ley y adicionalmente porque quien puede desarrollar el decreto 071 de 2020 es la Comisión Nacional del Servicio Civil (art 130 C.N), y no el Ejecutivo y mucho menos el Director General de la Dian. Quien tiene las facultades constitucionales para administrar y vigilar la carrera de la Dian es la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Todas las normas arriba mencionadas contienen una extralimitación consistente en que la facultad de administrar y vigilar asuntos referidos a la carrera administrativa de la Dian, no está en cabeza del Presidente de la República, ni de la rama ejecutiva del poder público, ni del Director General de la Dian; sino en la de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que es quien debe administrar y vigilar el ingreso, la permanencia, la movilidad basada en el mérito, el desempeño, la acreditación de competencias, las situaciones administrativas y el retiro de los funcionarios de la DIAN; por ello, la remisión al reglamento, a resoluciones o a “instrumentos” bajo estudio viola lo ordenado por la Constitución (art. 130), en cuanto quien debe administrar cuestiones relativas a las carreras de los servidores públicos – dentro de las cuales se encuentran asuntos referidos a la implementación de los concursos – es la Comisión Nacional del Servicio Civil (art 130 C.N), y no el Ejecutivo. El Presidente carece de competencia para reglamentar asuntos relativos a la mencionada administración de la carrera, por lo que se configura una extralimitación en la remisión que las normas arriba señaladas hacen a los reglamentos, o a resoluciones del director de la Dian. Tampoco importa, que la remisión

inconstitucional se encubra bajo el nombre de “Instrumentos o aprobaciones”, pues todos son actos jurídicos que no pueden dictar ni el gobierno ni el Director General de la Dian, a la luz de los artículos 125 y 130 de la Constitución.

Con las normas del decreto 71 de 2020, arriba señaladas se viola el mandato constitucional que vincula a la Comisión Nacional del Servicio Civil como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos (art. 130 C.N), y de paso se viola también el artículo 125 C.N., que establece que esos temas de regulación de la carrera tienen reserva de ley. Igualmente se viola el artículo 150 numeral 10, pues ya las facultades del gobierno se agotaron. Así mismo se viola de otro modo el artículo 150 numeral 10, ya que las facultades, como lo exige esta norma debían ser precisas y las otorgaron para expedir decretos con fuerza de ley, no para expedir decretos reglamentarios, resoluciones o instrumentos que expida el Director General de la Dian.

11.-FASES 1 Y 2 DE LA APLICACIÓN DE PRUEBAS DE SELECCIÓN, ARTICULOS 12, 28, 29 Y 30 DEL DECRETO 071 DE 2020 Y SU VIOLACION DE LOS ARTICULOS 1, 13, 25, 29; 40 NUMERAL 7, 83; 125, 209, DE LA CONSTITUCION

Artículo 12. *Funciones de la Escuela de Impuestos y Aduanas.* La Escuela de Impuestos y Aduanas tendrá las siguientes funciones:

12.1.-**Desarrollar los cursos de formación que correspondan a la Fase II de los procesos de selección para la provisión definitiva de los empleos de carrera,** de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto-ley y en el reglamento.

Artículo 28. *Etapas del proceso de selección para ingreso y ascenso.* El proceso de selección para el ingreso o ascenso de los empleos públicos de la DIAN comprende: (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 período de prueba. El contenido y objeto de estas etapas se define a continuación:

28.1.*Convocatoria.* Es el acto administrativo expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, que previa coordinación y planeación con la DIAN, determina de manera precisa las reglas a que ha de sujetarse el proceso de selección para el ingreso o ascenso en el Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN.

La convocatoria es la ley del concurso y sólo podrá variarse mediante acto administrativo debidamente motivado y con plena divulgación a todos los participantes, por fuerza mayor o caso fortuito o cuando concurra alguna de las causales de corrección o modificación del acto previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con la debida antelación, para no alterar las condiciones de igualdad en que debe realizarse el concurso.

Será requisito para la expedición del acto administrativo de convocatoria contar previamente con el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal para atender el costo del concurso, así como para amparar los nombramientos que se deriven del mismo.

28.2.Reclutamiento. En esta etapa del concurso, se realiza la inscripción del mayor número de aspirantes posible que reúnan los requisitos debidamente comprobados, para el desempeño del empleo o empleos objeto del concurso, conforme a las reglas específicas establecidas en la convocatoria.

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.

28.4. Lista de elegibles. Para el caso de los procesos de selección para empleos del nivel profesional de los procesos misionales, la lista de elegibles se conformará en estricto orden de mérito de acuerdo con la sumatoria de los puntajes ponderados obtenidos por el aspirante en la Fase I y en la Fase II de que trata el presente decreto-ley, siendo en todo caso la del curso (Fase II) la de mayor peso.

Para el caso de los procesos de selección para empleos diferentes a los del nivel profesional de los procesos misionales, la lista de elegibles se conformará en estricto orden de mérito, de conformidad con la sumatoria de los puntajes ponderados de las pruebas de selección definidas en la convocatoria.

28.5. Período de prueba. Este período de prueba será hasta de seis (6) meses contados a partir de la terminación de la etapa de inducción para el ejercicio del empleo. El período de inducción tendrá la duración que en cada caso se establezca en la convocatoria.

28.6. Período de prueba de ascenso. Es aquel que se efectúa en los términos previstos en el presente decreto-ley para la provisión de cargos de carrera de mayor jerarquía de cualquier nivel, previa realización de concurso de ascenso para personas que al momento del nombramiento se encuentran escalafonadas en el Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN. La duración de este período no podrá exceder de seis (6) meses.

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:

29.3 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.

29.4 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:

- c) **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
- d) **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 la infraestructura y la capacidad logística para el desarrollo del curso.

En ambos escenarios, el curso de formación tendrá un número mínimo de ciento veinte (120) horas, que será definido en el acto de convocatoria, sobre conocimientos específicos en asuntos tributarios, aduaneros y/o cambiarios, según corresponda, en relación con las funciones del área funcional y la categoría del empleo, para cuya provisión se hubiere convocado el concurso.

En virtud del principio de especialidad y sin perjuicio de la planta global y flexible de la Entidad, los programas específicos del curso de formación solamente pueden circunscribirse al asunto tributario, aduanero y/o cambiario, según el proceso misional al cual pertenece el empleo a proveer.

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.

12.-VIOLACION DEL NUCLEO FUNDAMENTAL DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA. INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DE LOS ARTICULOS 28, 29, 30 Y 12 DEL DECRETO 71 DE 2020, POR VIOLACION DE

LOS ARTICULOS: 1, 13, 25, 29; 40 NUMERAL 7, 83; 125, 209, DE LA CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA.

12.1.-EN EL PROCESO DE SELECCIÓN PARA ASCENSO O INGRESO, TODAS LAS PRUEBAS DE SELECCIÓN CUENTAN Y TODAS DEBEN SER EVALUADAS, PUES NO HAY PRUEBAS NI ETAPAS ELIMINATORIAS, SINO QUE TODAS CUENTAN Y TODAS DEBEN EVALUARSE Y SUMARSE PARA EL RESULTADO FINAL. POR ESO LOS ARTICULOS 28, 29, 30 Y 12 DEL DECRETO 71 DE 2020, SON INCONSTITUCIONALES EN LOS APARTES RESALTADOS.

Existe un grupo de artículos dentro de todo el decreto 71 de 2020 que ocasionan graves violaciones de la constitución y a los Derechos Humanos por ella garantizados, como son los relativos al proceso de selección para ascenso e ingreso y específicamente a la aplicación y evaluación de las pruebas de selección. Violaciones que tienen que ver con los artículos 28; 29; 30 y 12 del decreto 71 del 2020, en la parte pertinente que arriba subrayamos.

Sobre la necesidad de que EN EL PROCESO DE SELECCIÓN PARA ASCENSO O INGRESO, TODAS LAS PRUEBAS DE SELECCIÓN CUENTAN Y TODAS DEBEN SER EVALUADAS, PUES NO HAY PRUEBAS NI ETAPAS ELIMINATORIAS, SINO QUE TODAS CUENTAN Y TODAS DEBEN EVALUARSE Y SUMARSE PARA EL RESULTADO FINAL. TODAS LAS PRUEBAS SON CLASIFICATORIAS Y NINGUNA ES ELIMINATORIA, existe una jurisprudencia consolidada de la Corte constitucional desde hace varios años. Veamos algunas de sus sentencias

12.2.- La Sentencia C-372 de 1999.

Donde la Corte Constitucional estudió el tema de la realización de la entrevista como instrumento para establecer el mérito en un proceso de selección de personal para ingresar a cargos públicos. En esa oportunidad, afirmo que la prueba de la entrevista no puede tener carácter eliminatorio. Que las demás pruebas o instrumentos de selección, no pueden ser desconocidos a costa de los resultados de la entrevista, porque eso implicaría desconocer los resultados de las demás pruebas a aplicar.

Que previamente a la entrevista, se deben establecer mecanismos idóneos de verificación y control del papel de los entrevistadores, de modo que estos no desarrollen de manera arbitraria o subjetiva su rol. Que los entrevistadores pueden ser recusados y deben dejar constancia por escrito motivada de las razones por las cuales descalifican o aprueban a un aspirante; y que no

son admisibles preguntas sobre el ámbito personal del aspirante, porque atentan contra derechos como el de la intimidad.

12.3) La Sentencia SU-613 de 2002.⁶⁴

En esta providencia, la Corte Constitucional contra la Corte Suprema de Justicia porque no designó a un Magistrado “*no obstante encabezar la lista correspondiente por haber obtenido el puntaje más alto, no sólo para dicha plaza sino en todo el país*”, valiéndose de una entrevista escogió a quien ocupó el tercer lugar. Señaló la Corte que se «*considera necesario precisar algunos aspectos relacionados con la entrevista de manera tal que su realización, cuando fuere necesaria, no desvirtúe el proceso de evaluación ni altere los propósitos para los cuales fue creada*».

12.4) LA SENTENCIA C-1122 de 2005.

En esta providencia, muy importante para esta demanda, la Corte Constitucional dijo que cuando se hacen cursos dentro del concurso, como es el caso de la Dian, este no puede ser un elemento que excluya a los demás de la evaluación y que este elemento NO puede ser eliminatorio de los demás, ya que todos deben ser evaluados, tenidos en cuenta, calificados y sumados. Veámoslo

“Por lo anterior la Corte rechaza la postura de algunas de las superintendencias intervinientes, para las cuales los únicos conocimientos y habilidades que son importantes a la hora de elaborar la lista de elegibles son los que ellas mismas pueden impartir durante el curso-concurso, puesto que supuestamente las competencias necesarias para desarrollar funciones en esas entidades no son susceptibles de ser adquiridas en ningún programa académico o en ninguna otra experiencia que pueda verse reflejada en los resultados de la prueba de conocimientos generales o específicos.⁶⁵ Para esta Corporación, los candidatos llegan al proceso de selección con un bagaje de conocimientos y habilidades que deben ser valorados por cuanto forman parte del mérito de cada concursante, no solamente para efectos de eliminar a algunos, sino también para clasificar de mayor a menor el resultado de aquellos aspirantes que superen el mínimo puntaje requerido para pasar a la fase siguiente del proceso. Dichos saberes, a pesar de no ser los propiamente específicos del cargo, contribuyen a su buen desempeño. Por ejemplo, el solo manejo correcto del idioma, la adecuada comprensión de lectura, la educación cívica o las habilidades matemáticas, son saberes o habilidades previos que indudablemente forman parte del mérito que debe ser medido a la hora de clasificar a los concursantes mediante el examen de conocimientos.

⁶⁴ Con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett.

⁶⁵ En este sentido, por ejemplo, la Superintendencia de Sociedades en su intervención afirma que los conocimientos que se adquieren en el curso-concurso, “no se obtienen en los programas académicos tradicionales...”

Ahora bien, el reconocer a la prueba de conocimientos un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, de manera que los resultados del mismo no inciden en la conformación de la lista de elegibles, no sólo desconoce el mérito como fundamento constitucional del ingreso y ascenso dentro de la carrera judicial, y con el ello el artículo 125 superior, sino también el derecho a la igualdad. Por este camino acaba dándose un trato jurídico igual a personas que están en diferente situación de hecho, precisamente en una relación jurídica en la cual las diferencias de mérito conllevan diferente reconocimiento de derechos. Y si la justicia, como lo postularon los clásicos, consiste en dar a cada cual lo que se merece, evidentemente, el desconocer así sea parcialmente los mayores conocimientos o habilidades del aspirante a ocupar un cargo no realiza el objeto de este valor, afectando también el derecho de acceder al ejercicio de los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad.

Es decir, la Corte comparte el concepto del señor procurador, para quien en la convocatoria se deben señalar “los porcentajes que a cada etapa se le asignará cuya sumatoria permitirá elaborar la lista de elegibles”

Por todo lo anterior la Corte estima que debe rechazar por contraria a la Constitución la interpretación de la norma acusada según la cual la elaboración de la lista de elegibles, cuando en el proceso de selección se han utilizado las pruebas llamadas de conocimientos y de curso-concurso, se puede llevar a cabo únicamente con los resultados de esta última prueba. Por lo anterior, declarará la exequibilidad de la expresión “*En esta se determinará el peso que tendrán los instrumentos de selección utilizados y la evaluación final del curso con cuyo resultado se elaborará la lista de elegibles*”, contenida en el numeral segundo del artículo 23 del Decreto 775 de 2005, condicionada a que se entienda que si se ha llevado a cabo prueba de conocimientos generales o específicos, los resultados de ésta no pueden tener un carácter simplemente eliminatorio, debiéndose reconocerles también un carácter clasificatorio, de manera tal que, a la hora de elaborar la lista de elegibles, tales resultados sean computados con los del curso-concurso, conforme a algún porcentaje preestablecido en la convocatoria, que determine su valor.”

12.5) La Sentencia T-384 de 2005.⁶⁶

La Corte Constitucional revisó una tutela de Rogelio Sánchez contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, CSJ,⁶⁷ por «*no admitirlo al Curso de Formación Judicial, dentro del XII Concurso de Méritos para la Provisión de Cargos de Carrera de la Rama Judicial, en el que participó para los cargos de Juez Penal del Circuito y Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.* En esa providencia reiteró el criterio expresado en las sentencias

⁶⁶ Con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁷ En adelante CSJ.

C-372 de 1999 y SU-613 de 2002, según la cuales, las entrevista no pueden pesar más que los del resto de las pruebas.

12.6) C-478 de 2005.⁶⁸

Aquí la Corte Constitucional estudió una demanda de constitucionalidad presentada, entre otros, contra el artículo 204 del Decreto Ley 262 de 2000, que regulaba la carrera de la Procuraduría General de la Nación. La corte declaró constitucional la norma acusada, argumentando que en el caso del sistema especial de carrera de la PGN, el hecho de que el artículo 204 del Decreto Ley 262 de 2000⁶⁹ establezca que la prueba de entrevista no tendrá carácter eliminatorio es garantía de objetividad.

12.7) C-105 de 2013.⁷⁰

En esta ocasión la Corte Constitucional se refirió a la prueba de la entrevista como instrumento de selección de personal. Aquí la Corte reitera su jurisprudencia sobre la exigencia de realizar los concursos públicos bajo estándares generales que aseguren el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, el respeto al debido proceso, la objetividad, la transparencia, la independencia y el mérito, y los demás, principios, valores y derechos fundamentales. Reiteró también el criterio de considerar que la entrevista, por su carácter subjetivo, no puede tener mayor peso que las pruebas objetivas como la de conocimientos, y que por lo tanto es admisible en la medida que sólo sea considerada como un «*factor secundario y accesorio*».

13.-CONCLUSION

Podemos concluir del recorrido jurisprudencia 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 pueden 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.

⁶⁸ Con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra.

⁶⁹ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

⁷⁰ Con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez.

El primer lugar debemos recordar que el dentro de la etapa de cualquier proceso de selección de ascenso o de ingreso de cualquier entidad, incluida la Dian, la aplicación y la evaluación de las pruebas de selección es el núcleo esencial del proceso ya que son las que determinan, en última instancia, si las personas van a ser parte de la lista de elegibles y; si se van a vincular a la carrera administrativa o ascender dentro de la misma. Este núcleo esencial tiene que ser muy respetuoso de los principios constitucionales, de los valores y especialmente de los derechos fundamentales que están en juego; deben adicionalmente respetar La jurisprudencia consolidada de la honorable corte constitucional.

El artículo 28.3 del decreto 71 de 2020 es inconstitucional por cuánto consagra la existencia de pruebas o etapas eliminatorias; viola varios artículos de la constitución y la jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional, que prohíbe que existan pruebas o etapas eliminatorias. Como se trata de un proceso, todas las pruebas del proceso cuentan. Sólo al final de haber practicado todas las pruebas el que se puede conocer el resultado final.

Se violan con las normas, en esta parte acusadas, del decreto 071 de 2020 los artículos 125, 13 y 40 numeral 7, de la constitución Colombiana; pues al darle a una prueba un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, de manera que los resultados del mismo no inciden en la conformación de la lista de elegibles, no sólo desconoce el mérito como fundamento constitucional del ingreso y ascenso dentro de la carrera judicial, y con el ello el artículo 125 superior, sino también el derecho a la igualdad del artículo 13, puesto que por este camino acaba dándose un trato jurídico igual a personas que están en diferente situación de hecho, precisamente en una relación jurídica en la cual las diferencias de mérito conllevan diferente reconocimiento de derechos. Y al desconocer, las otras pruebas o etapas así sea parcialmente, se desconoce el derecho de los aspirantes a ascender o ingresar que han sido eliminados y se afecta también el derecho de acceder al ejercicio de los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad, establecido en el artículo 40 numeral 7 de la constitución.

En consecuencia el artículo 28.3 viola la constitución que prohíbe que existan pruebas eliminatorias, ya que ninguna prueba puede ser eliminatoria, no importa el nombre que se le ponga, así la llamen prueba de integridad o prueba de polígrafo; jamás pueden ser pruebas eliminatorias.

El artículo 29 inciso 1° del decreto 71 de 2020 también es inconstitucional, en la medida en qué con distintas palabras, pero con un mismo contenido material, consagra la posibilidad de que haya una primera etapa o fase eliminatoria y luego otra segunda fase; que además califica de completamente independientes.

Para que puedan ser independientes es porque una puede eliminar a la otra. La primera fase se aísla completamente de la otra, con lo que destruye la unidad del proceso; ya que desconecta una etapa de otra y en este caso particular, escinde una fase de pruebas para ascender o ingresar a la carrera de otra fase, también de pruebas, de ingreso o ascenso. Esta dicotomía, esta separación,

esta ruptura del proceso de las pruebas no hace más que violar la prohibición de pruebas eliminatorias que como ya hemos dicho viola varios artículos de la constitución y la prohibición de que haya pruebas eliminatorias. Cada prueba es una prueba dentro de un proceso que se debe tener en cuenta, pero que no impide continuar con el proceso de aplicación de pruebas, hasta el final del mismo.

El artículo 29.1 Viola también la constitución en varios artículos al establecer que la fase 1 del proceso de aplicación de pruebas es una fase de carácter eliminatorio; pues parte o divide en dos, el proceso unitario de aplicación y evaluación de pruebas que ordena el art 125 de la constitución; de manera abrupta, impidiendo que muchos de los participantes puedan participar en la fase número 2; lo que viola el derecho a la igualdad consagrado en el art. 13 de la constitución, al mismo tiempo les impide acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, manifestación del derecho fundamental a participar en la conformación, control y ejercicio del poder político, consagrado en el artículo 40 de la constitución.

Existen además razones de orden lógico y jurídico, para declarar la inexecutable de estas normas: la primera es del orden de los principios: Si el fin que persiguen todas las carreras administrativas es vincular a la administración a los que tengan más meritos, hay que darle las mismas oportunidades a todos de demostrar sus meritos. No es posible que unos tengan más oportunidades que otros de demostrar sus capacidades y competencias, solo dando igualdad de oportunidades se sabrá de verdad quien es el más competente y de más meritos y esto solo puede conocerse al final de todo el proceso.

Desde el punto de vista Lógico-Jurídico, todo resultado final, como su nombre lo dice, es la suma de los resultados parciales. Es lógicamente posible y también frecuente, que una persona en una primera etapa no tenga los mejores resultados; pero que en la segunda etapa o fase tenga un excelente resultado y; ponderando y sumando los resultados parciales de la primera etapa, con los excelentes de la segunda etapa; es posible y frecuente, que esa persona ocupe el primer lugar en la lista de elegibles. Sólo hasta al final del camino sabemos de verdad quién es el mejor; no al comienzo o en la mitad del camino. Como frecuentemente ocurre en el deporte: el equipo de futbol que comienza ganando el partido no siempre termina ganándolo, pero además muchas veces se gana en el último minuto; nadie ha ganado hasta que no finaliza el partido. O como sucede en el atletismo que no siempre el que arranca más rápido gana la carrera, pues muchas veces lo sobrepasan en la mitad del camino; mientras otros corredores que al comienzo no corren tan rápido, al final llegan de primero. Lo mismo sucede con estos procesos de selección, que no siempre se conoce al comienzo quien es el mejor, ya que puede suceder que quien comienza el proceso sin tener inicialmente los mejores resultados, al final puede obtener el mejor resultado global definitivo. La competencia en una carrera no se termina sino en la meta y sólo al final del proceso se conoce el mejor, pues es posible también que quienes tengan un buen resultado el comienzo, al final tengan un resultado pobre y viceversa.

Pero además por otra razón científica y es que hoy la psicología tiene claramente establecida la existencia de inteligencias múltiples, lo que significa que en unos aspectos y contextos unas personas puede ser mejores que otras, pero en otros aspectos y contextos otras personas son mejores; como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-1122-05 arriba mencionada: “Para esta Corporación, los candidatos llegan al proceso de selección con un bagaje de conocimientos y habilidades que deben ser valorados por cuanto forman parte del mérito de cada concursante, no solamente para efectos de eliminar a algunos, sino también para clasificar de mayor a menor el resultado de aquellos aspirantes que superen el mínimo puntaje requerido para pasar a la fase siguiente del proceso. Dichos saberes, a pesar de no ser los propiamente específicos del cargo, contribuyen a su buen desempeño. Por ejemplo, el solo manejo correcto del idioma, la adecuada comprensión de lectura, la educación cívica o las habilidades matemáticas, son saberes o habilidades previos que indudablemente forman parte del mérito que debe ser medido a la hora de clasificar a los concursantes mediante el examen de conocimientos.

En síntesis existen distintas clases de saberes y de inteligencias (lógica y emocional, etc.) y todos deben tener el derecho igual a demostrar su merito en todas las pruebas del concurso, de no permitírseles se les está discriminando a quienes no participan en la totalidad de oportunidades de pruebas y al mismo tiempo privilegiando a quienes participan en ambas fases.

En síntesis se violan los artículos 125, 13, 40 numeral 7, de la constitución y la lógica jurídica, que ordena dar iguales oportunidades de participación en las pruebas, para saber de verdad quien es el mejor porque demostró mas meritos.

POLIGRAFO

En relación con otro tema delicado que aparece en el artículo 29.1 qué es el tema del polígrafo, lo dejaremos para más adelante por qué a nuestro juicio también viola, principios, valores derechos fundamentales, comenzando por el derecho al debido proceso.

14.-FASE II (2)

El artículo 29.2 correspondientes a la fase 2 también es inconstitucional, porque lo que hace con corroborar todo lo que ya vivimos en relación con que el hecho de que hay etapas y pruebas eliminatorias; de manera que la norma consagra con palabras eufemísticas la prohibición para los concursantes que han sido eliminados en la fase 1, de participar de la fase 2; ya que reitera que la fase 2, no es para todos los concursantes, sino para una categoría especial de concursantes: los que han pasado le fase 1 con lo que viola el principio de igualdad del art. 13 de la constitución y la prohibición de pruebas o etapas eliminatorias.

Por otro aspecto también se viola el derecho fundamental a la igualdad y se hace necesario llamar la atención de la Corte sobre el hecho que al consagrar dos fases completamente independientes en realidad se está sometiendo a quienes aspiran a ascender dentro de la dian, no

a uno sino a dos concursos de ascenso lo que genera un trato desigual en relación con varias categorías de trabajadores: la primera desigualdad en relación con los trabajadores que tienen el régimen general u ordinario de carrera, los que se rigen por la ley 909 de 2004; artículo 31. Veamos la norma en la parte pertinente.

Artículo 31. Etapas del proceso de selección o concurso. El Proceso de Selección comprende:

1. Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.

2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.

3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación.

4. Numeral modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019. El nuevo texto es el siguiente. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.

(Este es el texto después de las sentencias C-211-07; C-290-07 y C-183-2019 de la Corte Constitucional)

Como se puede observar en el régimen general de carrera administrativa, ley 9009 de 2004, con sus reformas y fallos de la Corte Constitucional, en la parte de las pruebas no consagra etapas o pruebas eliminatorias.

No es válido decir qué en este caso el régimen especial es distinto al General, por la sencilla razón que en la constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional los principios constitucionales, que rigen a todas las carreras tienen que ser los mismos; no se puede decir, por ejemplo; qué en la carrera administrativa general no se puede violar el derecho a la dignidad humana y en cambio si se puede hacerlo en el régimen especial de la Dian; no se puede afirmar que en el régimen general de carrera administrativa se debe respetar el derecho fundamental a participar, controlar y ejercer el poder político y especialmente a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, pero no se tiene el mismo derecho en los regímenes especiales. No se puede declarar qué a los trabajadores del régimen general de carrera administrativa se les debe respetar el derecho a la igualdad, pero no a los trabajadores del régimen especial de la Dian. Con razón, la corte ha dicho que en relación con los derechos fundamentales, con los principios y valores constitucionales, no puede haber diferencia entre la carrera general y las carreras especiales. Existe otra razón potísima, es que la Carrera Administrativa no es más que una sola en cuanto a los principios y valores que les sirven de fundamento y las carreras especiales, no son más que especificaciones de la carrera general, aplicaciones concretas con los mismos principios, valores y derechos fundamentales.

Si además, comparamos la carrera especial de la Dian, con otra especial como es la de las superintendencias, que además se parecen en que ambas prevén la posibilidad de los Cursos-Concursos, es claro que en la de las superintendencias después de los fallos de la Corte Constitucional y especialmente del C-1122-2005, que arriba transcribimos en la parte pertinente y al cual ahora nos remitimos, tampoco existen pruebas eliminatorias ni fases separadas.

ARTÍCULO 23. PRUEBAS O INSTRUMENTOS DE SELECCIÓN. Artículo CONDICIONALMENTE exequible. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad evaluar la capacidad, adecuación, competencia, idoneidad y potencialidad del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad y eficiencia las funciones y responsabilidades de un cargo. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad con parámetros previamente determinados.

Los medios de valoración serán determinados por cada Superintendencia de acuerdo con la naturaleza y el perfil de los empleos a ser provistos. A cada prueba se le asignará un peso teniendo en cuenta la naturaleza y el perfil de los empleos a ser provistos.

Dentro de las pruebas que se podrán utilizar están:

23.1 Prueba de conocimientos específicos o generales de acuerdo con la naturaleza del cargo a proveer.

23.2 Numeral **CONDICIONALMENTE** exequible. El concurso-curso, entendido como la realización de un curso al cual ingresan los aspirantes que hayan superado las pruebas o instrumentos de selección definidos en la convocatoria. Ingresarán al curso un número máximo de aspirantes hasta el doble de cargos a proveer que se hayan señalado en la convocatoria. En esta se determinará el peso que tendrán los instrumentos de selección utilizados y la evaluación final del curso con cuyo resultado se elaborará la lista de elegibles.

23.3 El curso-concurso, consiste en la utilización, como criterio de selección, de los resultados obtenidos por los aspirantes en un curso relacionado con las funciones de los empleos a proveer. La lista de elegibles se conformará con quienes superen el curso en los términos de la convocatoria.

23.4 Entrevista. Cuando en un concurso se programe entrevista, esta será grabada, tendrá un número plural de evaluadores y no podrá tener un valor superior al quince por ciento (15%) dentro de la calificación total del concurso. Los objetivos y estructura de la entrevista, así como los aspectos relevantes de las respuestas dadas por el entrevistado, quedarán consignados en formularios previamente adoptados por cada Superintendencia.

23.5 Análisis de antecedentes.

Ver la sentencia C-471-13 para la primera parte del artículo; como dijo la Corte Constitucional: “Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 23 del Decreto Ley 775 de 2005, bajo el entendido que se deberá respetar y reconocer la función constitucional de administración del Sistema específico de carrera de las Superintendencias, en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil.”

Ver Especialmente la sentencia C-1122-05, para el artículo 23.2 sobre el Curso-Concurso: “Declarar **EXEQUIBLE** en numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 775 de 2005, siempre y cuando respecto de la expresión “*En esta se determinará el peso que tendrán los instrumentos de selección utilizados y la evaluación final del curso con cuyo resultado se elaborará la lista de elegibles*”, se entienda que si dentro de los concursos o procesos de selección para proveer cargos de carrera administrativa en las superintendencias de la Administración Pública Nacional se ha llevado a cabo prueba de conocimientos generales o específicos, los resultados de ésta no pueden tener un carácter simplemente eliminatorio, debiéndose reconocerles también un efecto clasificatorio, de manera tal que, a la hora de elaborar la lista de elegibles, tales resultados sean computados con los del curso-concurso, conforme a algún porcentaje preestablecido en la convocatoria, que determine su valor.”

14.1.-CONCLUSION:

Como se puede observar ni en el régimen de carrera General ni en otro especial como es el de las superintendencias, existen pruebas eliminatorias sino clasificatorias, y al establecerlas para la

Dian se están violando varios derechos fundamentales comenzando por el de igualdad. No existe tampoco el polígono y en todos ellos se salvaguardan las competencias de administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que no pueden ser usurpadas por el ejecutivo. Al hacerlo el decreto 071 de 2020, para la Dian Viola los artículos 13, 125, 130 y 40 numeral 7 de la constitución.

15.- LOS ARTICULOS 97; 123 Y 144 DEL DECRETO LEY 71 DE 2020, VIOLAN EL PREAMBULO, LOS ARTICULOS 1, 2; 25; 40 NUMERAL 7; 39; 53; 93, EL PACTO DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES DE LA ONU; EL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR DE LA OEA Y LOS CONVENIOS 87 Y 98 DE LA OIT, NORMAS INTERNACIONALES APROBADAS POR LEYES COLOMBIANAS .

Veamos los artículos 97,123 y 144:

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:**

144.8 Cuando no supere el período de prueba.

144.9 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.

144.10 Cuando no supere el proceso de evaluación, en los términos establecidos en el presente decreto-ley.

144.11 Cuando exista destitución por sanción disciplinaria ejecutoriada.

144.12 Por inhabilidad sobreviniente.

144.13 Por edad de retiro forzoso.

144.14 Por haber obtenido la pensión de jubilación, vejez o invalidez.

15.1-EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El concepto de estado social de derecho es creación de la teoría ius publicista alemana, que con la Constitución de Weimar de 1919 junto a la Constitución de México sancionada dos años antes, dieron origen al constitucionalismo social, que estableció el Estado de bienestar y reconoció los derechos de los trabajadores.

El estado social de derecho es caracterizado por Manuel García Pelayo así:

"Desde el punto de vista axiológico, se orienta hacia una síntesis de los valores de la personalidad individual, típicos del liberalismo y de los valores sociales en el sentido histórico concreto que el vocablo adquiere desde el segundo tercio del siglo XIX. Y desde el punto de vista ontológico se sustenta en el criterio de que no es posible pensar la existencia humana abstraída de sus condicionamientos sociales. Es un tipo de Estado inspirado en la justicia social y en una más justa distribución de los bienes económicos y culturales lo cual está en una correspondencia histórica con el sistema neocapitalista que necesita del aumento del poder adquisitivo de las masas y de cuadros y trabajadores con las clasificaciones exigidas por el desarrollo tecnológico. Desde el punto de vista político, algunos lo consideran como la forma de consolidación del sistema capitalista; otros piensan que con reformas parciales acumuladas

puede desembocar en el socialismo".⁷¹

El estado social de derecho o estado de bienestar, equivale a Estado liberal intervencionista. Es un estado que respetando la propiedad privada, le otorga una función social a la misma. El estado social de derecho es una forma de estado que además de las libertades y derechos liberales consagra los derechos económicos y sociales de la clase obrera, como los de huelga, al trabajo, a la seguridad social, a la educación, al descanso, seguros contra el desempleo, etc.

El estado de bienestar es un estado liberal que cada día interviene más en el proceso económico. Interviene a favor de los más débiles y busca la igualdad real de las personas y poner al alcance de la mayoría de las personas no solo una gran cantidad de bienes materiales, sino también espirituales o culturales, como la salud, la educación, la vivienda, la recreación, el arte y la cultura para todos, etc.

La intervención del estado en el terreno económico y social se ha proyectado fundamentalmente en los siguientes aspectos:

- a) Redistribución de la riqueza buscando garantizar a todas las personas un ingreso mínimo.
- b) Expansión constante de los servicios públicos de salud, educación, seguridad social, asistencia pública.
- c) Realización del derecho a la vivienda y especialmente la construcción de vivienda para las amplias masas populares.
- d) Una organización del trabajo dirigida a tutelar los derechos de los trabajadores y mitigar su estado de inferioridad ante los patronos.
- e) Introducción de un sistema fiscal fundado en el principio del impuesto directo y progresivo
- f) Protección de los trabajadores ancianos, mediante pensiones de jubilación para darles una seguridad después de la terminación de su vida laboral y para los trabajadores jóvenes seguros para el desempleo cuando cesan en su trabajo y mientras consiguen otra ocupación.
- g) La gestión económica tiene como fin el pleno empleo para garantizar a todas las personas un trabajo y en consecuencia una fuente de ingresos.

Existe una relación indisoluble entre el concepto del derecho al trabajo en todas sus manifestaciones y el concepto de estado social de derecho. Toda persona tiene derecho al trabajo. El derecho al trabajo es la base para la realización de otros derechos humanos y para una vida en

⁷¹ García Pelayo, Manuel: "En un Estado Social la Constitución es sólo parte del sistema político".
Revista AIKE (DIKE) Año 22, No. 2. Argentina.

dignidad. Incluye la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.

En el caso de la Constitución colombiana el derecho al trabajo o sus manifestaciones se encuentran consagradas en el preámbulo, en el artículo 1 que es un principio fundamental y define a Colombia como estado social de derecho; en el artículo 25 como derecho fundamental, en el artículo 39 que establece el derecho que tienen los trabajadores a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del estado, al fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. El artículo 40 numeral 7; que permite trabajar en cargos públicos; el artículo 53 que prevé un estatuto del trabajo y el inciso 4 del mismo artículo que establece que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia hacen parte de la legislación interna; los artículos 54; 55; 56; 57 de la Constitución. También existe una protección a este derecho en una serie de tratados, convenios o declaraciones internacionales suscritas y ratificadas por Colombia que dan protección al derecho al trabajo y a las organizaciones sindicales, comenzando por los convenios 87 y 98 de la organización Internacional del trabajo OIT, la declaración universal de Derechos Humanos, el pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales de 1996 de la ONU, organización de Naciones Unidas, el protocolo de San Salvador de la organización de Estados Americanos, OEA referente a los derechos económicos sociales y culturales en el marco latinoamericano. Todas estas normas son violadas por los tres artículos, 97; 123 Y 144 DEL DECRETO LEY 71 DE 2020 y vulneran el derecho al trabajo de los trabajadores que pertenecen al sindicato de la dian.

Desde el primer momento de su existencia la corte constitucional estableció el vínculo inescindible que hiciste entre el derecho al trabajo y el estado social de derecho como lo consagra el artículo primero de la constitución. El trabajo es en Colombia por mandato del Constituyente un principio fundamental; un derecho fundamental y también base y estructura del concepto de estado social de derecho. Así en la sentencia T-457-92 la corte constitucional estableció esa conexión entre el derecho al trabajo y estado social de derecho pues no puede existir estado social de derecho si a su vez no se protege el derecho al trabajo y los derechos de los trabajadores. En esa sentencia inicial dejó claro que no solamente el artículo 25 sino también el artículo 53 que consagra el estatuto del trabajo tienen el estatus de derechos fundamentales.

T-457-92

“Sólo la aplicación de estos principios permite que el derecho al trabajo pueda desarrollarse y garantizarse efectivamente. En consecuencia, no se puede afirmar que se garantiza con el acceso a determinada labor. Estos principios hacen parte de la relevancia que dentro del Estado social de derecho se le ha dado al trabajo.

"Es incuestionable la trascendencia del hecho de que por primera vez se hayan incorporado en la Constitución Nacional un conjunto de principios propios del derecho al trabajo, lo cual confiere un especial realce a esta materia y refleja la gran importancia que el nuevo Estado Social otorga al asunto laboral"⁵

III. CONCLUSION

En materia de trabajo no basta simplemente con permitir al trabajador el desempeño de una actividad determinada, si de otra parte, es realizada en condiciones de injusticia o que afecten la dignidad humana. Por lo tanto no le es lícito en ningún caso al patrono, ya sea un particular o la misma administración, el desconocimiento de los principios mínimos fundamentales establecidos por el artículo 53 de la Constitución Nacional, por ser éstos complemento indispensable del artículo 25 de la Carta.”

Debemos recordar que el convenio 98 de la organización Internacional del trabajo (OIT) y el convenio 87 (OIT), que la propia OIT los considera como fundamentales, hacen parte del bloque de constitucionalidad y como tal sirven de parámetro para controlar la constitucionalidad de las leyes, incluidos los decretos leyes como es el decreto 71 del 2020. No puede entonces este decreto extraordinario vulnerar la constitución ni tampoco los convenios 87 y 98 de la OIT y en caso de hacerlo debe ser declarado inconstitucional.

Por mandato del artículo 93 de la constitución también hacen parte del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales referidos a Derechos Humanos incluido el de los derechos económicos sociales y culturales de la ONU y el protocolo de San Salvador de la Organización de Estados Americanos (OEA), ambos hacen parte del bloque de constitucionalidad y son también parámetro para declarar la inconstitucionalidad de normas de inferior jerarquía como es el decreto 71 de 2020. Igualmente la declaración universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, en el artículo 23 da protección al derecho al trabajo y si bien es cierto no es un tratado, convenio o convención de todas maneras hace parte del bloque de constitucionalidad por vía de la costumbre. En el derecho internacional la principal fuente del derecho es la costumbre; por la vía de la costumbre, entonces, la declaración universal de Derechos Humanos de 1948 de la ONU, como la declaración de la Organización de Estados Americanos tienen el mismo valor de los tratados o convenios internacionales de derechos humanos y en consecuencia son parámetro para el control de constitucionalidad de normas de inferior jerarquía como el decreto 71 de 2020 y por lo mismo debe ser declarado inexecutable si viola estas normas internacionales.

⁵ Escobar Hernández, Francisco **Los principios del derecho laboral en la nueva constitución.** Revista Actualidad Laboral No 48 Legis, pág. 12

Con fundamento en el bloque de constitucionalidad los trabajadores tienen derecho a asociarse entre sí y a negociar de manera colectiva para mejorar las condiciones de trabajo y los niveles de vida. Tienen el derecho a formar y afiliarse a un sindicato de su elección, y los sindicatos tienen derecho a formar agrupaciones nacionales o internacionales. Los trabajadores tienen el derecho de huelga.

15.2.-NORMAS INTERNACIONALES VIOLADAS

Declaración Universal de derechos humanos de la ONU de 1948

Artículo 23

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Convenio 87 de la OIT, aprobado por la ley 26 de 1976, en las normas pertinentes

Artículo 1

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a poner en práctica las disposiciones siguientes.

Artículo 2

Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Artículo 3

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.
2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

Artículo 4

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.

Artículo 7

La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio

Artículo 8

2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio.

Artículo 10

En el presente Convenio, el término *organización* significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores.

Artículo 11

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.

(Subrayas nuestras)

Convenio 98 de OIT aprobado por la ley 27 de 1976, en las normas pertinentes

Convenio 98 OIT

Artículo 1.-

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

Artículo 2.-

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.

2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

Artículo 3.-

Deberán crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación definido en los artículos precedentes.

Artículo 4.-

Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

Los 2 convenios anteriores son calificados de fundamentales por la propia OIT

PROTOCOLO DE SAN SALVADOR aprobado por la ley 319 de 1996, en las normas pertinentes

Artículo 7

Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;
- b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;
- c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;
- d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;
- e. la seguridad e higiene en el trabajo;
- f. la prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida;
- g. la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos;
- h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales.

Artículo 8

Derechos Sindicales

1. Los Estados partes garantizarán:

- a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su

elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;

b. el derecho a la huelga.

2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas orden por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.

3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (DESC) de la ONU, aprobado por la ley 74 de 1968

Artículo 7

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

b) La seguridad y la higiene en el trabajo;

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Artículo 8

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad

- democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
- b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;
 - c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
 - d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.
2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.
 3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA)

Artículo 45

Los estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

- c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva;

(...)

- g) el reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones, tales como los sindicatos, las cooperativas y asociaciones culturales, profesionales, de negocios, vecinales y comunales, a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo;

Carta Democrática Americana Preámbulo

Reconociendo que el derecho de los trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses es fundamental para la plena realización de los ideales democráticos;

Tanto la Carta de la OEA, como la Carta Democrática Americana resaltan la conexión fundamental entre la existencia de los sindicatos, la democracia, la realización de los ideales democráticos y el estado social y democrático de derecho. Sin sindicatos No hay verdadera democracia y mucho menos Estado Social y democrático de derecho.

15.3.-FORMAS DE VIOLACION DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Los artículos 97, 123 y 144 del decreto 71 de 2020 violan varios artículos de la constitución y del bloque de constitucionalidad ya que estas normas afectan de manera grave los derechos de los trabajadores y especialmente de los trabajadores sindicalizados en aspectos fundamentales de la actividad sindical; sin los cuales el estado social y democrático de derecho no existe o se desnaturaliza completamente para convertirse en un estado policivo, en un estado autoritario o peor aún, en un estado totalitario .

El artículo 97 del decreto 071 de 2020 es una negación fehaciente y flagrante del Estado Social de Derecho por qué deja al arbitrio, al capricho, de un funcionario, del Director General de la Dian las comisiones sindicales. Las deja a su libre voluntad en varios aspectos: Primero porque la comisión sindical depende exclusivamente de la voluntad del director de la dian, pues la norma la deja a su juicio; de modo que de su voluntad depende acabarlas en la práctica y no conceder ninguna. Segundo; a su arbitrio concede o no las comisiones sindicales, sino que además el legislador establece otra limitación al señalar que no pueden exceder de 5 miembros principales, con lo que excluye a los suplente y además las hace incompatibles con los permisos sindicales. Si se observa bien la norma, fija un límite superior (no más de 5) pero no hay límite inferior, de manera que pueden ser 5 pero pueden ser dos, puede ser uno o puede ser ninguno; todo con la voluntad absoluta y el poder de decisión absoluto del Director General de la Dian. Por esta vía se vulnera el artículo 1 de la constitución que establece un principio fundamental de la constitución, que por lo mismo tiene más peso o valor jurídico inclusive que un derecho fundamental; que Colombia es un Estado Social de Derecho, que como hemos visto por su propia naturaleza en un estado que protege al trabajador. Esta facultad es la negación de ese modelo de Estado es la antinomia o la antípoda de la protección de las organizaciones sindicales. Similares consideraciones se pueden hacer en relación con el artículo 123 del decreto 071 de 2020; referido a los permisos sindicales ya que fija límites incompatibles con el estado de derecho, artículo 1 de la constitución y se viola también el artículo 39 de la constitución que no solo consagra la libertad de los trabajadores de constituir sindicatos, sino también para determinar la estructura interna y el funcionamiento y lo que es más importante; que reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su

gestión. No existe la menor duda de que uno de los instrumentos más importantes para cumplir con su gestión son los permisos sindicales; sin estos permisos sindicales la gestión de los representantes sindicales es imposible de realizar.

Esta norma a falta de un condicionamiento tiene 2; el primero en cuanto el número de personas a quién puede conceder y el segundo mucho más arbitrarios en cuanto permite que bajo el pretexto de que se puede perjudicar el servicio público, se puede no conceder los permisos sindicales. Esta facultad de valorar si se perjudica o no el servicio público se deja también al libre arbitrio del Director General de la Dian, por lo que se deja en sus manos los permisos sindicales aún en el mismo el número exiguo que consagra la norma de 5 miembros.

Esta regla limitativa de los permisos sindicales desconoce que en una institución pueden existir varias asociaciones sindicales y que todas ellas tienen el poder de defender sus derechos. Pero además por otra razón porque como hemos visto de las normas arriba señaladas referidas a las organizaciones sindicales está claro que son los trabajadores libremente los que determinan su conformación y sus directivas. Esta norma está interfiriendo esa libertad que les conceden la propia constitución en las normas arriba señaladas y los tratados o convenios internacionales a los trabajadores sindicalizados, tanto en el sistema universal de la ONU, especialmente en el pacto de derechos económicos sociales y culturales y en el sistema regional Americano en el protocolo de San Salvador de la organización de la Estados Americanos, OEA, sistema regional que también contempla la libertad de la organizaciones sindicales para su conformación como para la escogencia de sus directivos. Con estos artículos 97 y 123 del decreto 071 de 2020, por esta vía de las limitaciones se hace nugatoria e inocua, por no decir que inica esa libertad.

Además en ejercicio de esa libertad, son las propias organizaciones sindicales las que determinan sus números de principales y de suplentes o si sólo tiene miembros principales. Esa libertad de configuración no es respetada por la ley al establecer que única y exclusivamente es el número señalado en esta norma se está interfiriendo por parte del Estado y se están desconociendo esas normas internacionales que les prohíben al estado torpedear, limitar y desconocer el derecho de asociación sindical especialmente los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) números 87 y 98, ambos vigentes en Colombia y aprobados por las leyes Colombianas.

También constituye una violación de las leyes y tratados internacionales y de los convenios 87 y 98 de la OIT, el artículo 144 del decreto 71 del 2020, cuando permite el retiro de los servidores amparados por fuero sindical sin autorización judicial. En el estado de derecho los garantes de los derechos humanos son los jueces; son ellos quienes deben decidir si se permite el retiro o no de los servidores amparados por fuero sindical.

Al permitir que el director de la dian retire los aforados sin la intervención del juez, se están desconociendo los tratados y los convenios como el 98 y el 97 de la OIT, que buscan evitar que los sindicatos queden en manos de la rama ejecutiva del poder público. En este caso se les deja indirectamente manos de la rama ejecutiva del poder público, porque si bien no se ataca al sindicato directamente para destruirlo como organización, se destruye a sus miembros y por ese camino termina destruyéndose al sindicato. Se vulneran en materia grave los sindicatos al excluir

al juez del control del retiro de los trabajadores que tienen fuero sindical. Se excluye al más importante garante de los Derechos Humanos en el estado de derecho, qué es el juez.

Al atacar directamente a los servidores amparado por fuero sindical, termina destruyéndose también el sindicato Sin intervención del Juez y mediante ese rodeo o ese subterfugio se va cancelando la organización sindical por vía administrativa cuando lo que quieren los tratados y la propia Constitución especialmente en su artículo 39, es qué existe la intervención del juez como garantía de los trabajadores sindicalizados.

DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU

Se viola el artículo 23 de la declaración universal de derechos humanos de la ONU porque se desconoce el derecho de las personas a fundar sindicatos y de los sindicalistas a defender sus intereses y no hay duda la forma como están previstos en el decreto 071 de 2020 los permisos sindicales, las comisiones sindicales y el retiro de los sindicalistas amparados por fuero sindical, se está vulnerando el artículo 23 de la declaración universal de la ONU, y de paso, por esa vía la defensa del derecho al trabajo y del Estado Social y Democrático de Derecho que no puede existir sin defensa del derecho al trabajo.

CONVENIOS 87 Y 98 DE LA OIT QUE HACEN PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

Se viola el Convenio 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicalización, en varios de sus artículos: en el artículo segundo que le permite a los trabajadores sindicalizarse, el artículo tercero numeral primero que establece que los trabajadores pueden elegir libremente sus representantes principales o suplentes en el número o cantidad de principales y suplentes, que ellos consideren necesarios; así como la potestad que tienen de organizar la administración de sus sindicatos y sus actividades y el de formular sus programas de acción libremente. Estas tres normas 97, 123 y 144 del decreto 071 de 2020 impiden que se cumpla ese artículo del convenio 87 y constituye un palo entre las ruedas para estas organizaciones de trabajadores. Cuando convenio de la OIT dice que está prohibido a las autoridades públicas así se refiere al estado signatario, a su poder legislativo y a su poder ejecutivo de tal manera que la intervención del congreso o del gobierno o de uno de los miembros del ejecutivo como lo es el Director General de la Dian para limitar el derecho de asociación sindical y entorpecer su ejercicio legal viola el convenio 87 en su artículo tercero numerales 1 y 2 viola también el artículo que expresamente prohíbe a los Estados menoscabar los derechos previstos en el convenio 87 y no lo puede hacer el estado por medio del congreso, por medio de ley ni mucho menos el Director General de la Dian. No se puede dejar a sus caprichos, o antojos estos derechos por eso constituye una violación de este convenio 87, del bloque de constitucionalidad y en consecuencia la norma debe ser declarada inconstitucional. Se

viola también el artículo 11 el mismo convenio 87 ya que todo convenio impone para el Estado signatario dos obligaciones: La primera es que el propio estado signatario no puede violar el convenio, como si lo hace en este caso al dictar el decreto-ley y; la segunda, es adoptar normas internas para hacer efectivo el derecho consagrado en esos tratados o convenios de derechos humanos. Aquí la violación es doble de ambas obligaciones del Estado, la primera porque el estado directamente está violando los derechos de las organizaciones sindicales y de los sindicalistas y la segunda porque en vez de dictar las normas tendientes a facilitar el desarrollo del convenio y la aplicación del convenio, favorables a su aplicación,; hace todo lo contrario, está emitiendo normas para entorpecerlos y para violar los derechos de las organizaciones sindicales; está haciendo lo opuesto de lo que ordena el tratado.

También los artículos 97, 123 y 144 del decreto 071 de 2020 violan el convenio 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, en varios artículos del convenio. En el artículo primero numeral segundo literal d, que prohíbe despedir o perjudicar a un trabajador en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales. se desconoce también el artículo segundo del convenio en cuanto no se respeta la prohibición de los actos de injerencia por parte del Estado o de los gobiernos en las organizaciones sindicales y con estas 3 normas del decreto 071 de 2020, por esta vía se están realizando actos de injerencia con el objeto de colocar a los sindicatos de la Dian bajo el control del Director General de la misma pues este libremente decide si otorga las comisiones sindicales o los permisos sindicales y finalmente se le permite retirar a los trabajadores con fuero sindical sin autorización judicial; todos estos son actos de injerencia que violan el artículo segundo del convenio 98 de la OIT y colocan las organizaciones sindicales de la Dian bajo el control del empleador y del gobierno por conducto del Director General de la Dian.

Asimismo se viola el artículo tercero del convenio 98 de la OIT, que hace parte como el 87 del bloque de constitucionalidad, porque no se garantiza el respeto al derecho de sindicación no sobra recordar que estos 2 convenios internacionales son considerados por la propia OIT y por los tribunales internacionales de fundamentales.

EL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"

EL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR fue aprobado por la ley 319 de 1996, es violado por los artículos 97, 123 y 144 del decreto 071 de 2020, en las normas pertinentes y especialmente el artículo octavo que consagra los derechos sindicales y que establecen el derecho de los trabajadores a sindicalizarse para la protección y promoción de sus intereses así como el derecho que tienen a funcionar libremente. Al prohibir a los sindicatos de la Dian estos derechos y por otro lado dejar los permisos y comisiones sindicales en manos del ejecutivo, por conducto del

Director General de la Dian y permitirle retirar a pesar del fuero sindical a los aforados sin la intervención del Juez, se configuran una serie de restricciones que no son propias de una sociedad democrática y mucho menos de un estado social y democrático de derecho como es el de Colombia por mandato del artículo primero de la constitución. Todas estas conductas son todas a una sociedad democrática.

PACTO DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES DE LA ONU

Te viola también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (DESC) de la ONU, aprobado por la ley 74 de 1968

Y especialmente el artículo octavo que consagra en su numeral 1 literal C el derecho de los sindicatos de funcionar sin obstáculos; Con estas normas se le ponen todos los obstáculos posibles para desbaratar las organizaciones sindicales, ya que se les puede privar a sus miembros de comisiones y permisos sindicales a juicio del Director General de la Dian y finalmente se les puede retirar a quienes tienen el fuero sindical sin autorización judicial, todas estas barreras u obstáculos sirven para destruir las organizaciones sindicales; lo que es absolutamente incompatible con una sociedad democrática y menos con un estado social y democrático de derecho como es el colombiano. De otro lado se desconoce el numeral 3° del mismo artículo 8 que además de consagrar los derechos económicos sociales y culturales prohíbe menoscabar los derechos de asociación sindical de la OIT y especialmente los acuerdos 98 y 87 de la OIT; no hay la menor duda que los artículos 97, 123 y 144 del decreto 071 de 2020, son un menoscabo de dichas garantías.

Sobre los derechos económicos sociales y culturales es importante aclarar y precisar que si bien muchos DESC requieren inversiones —tanto financieras como humanas— para garantizar su pleno disfrute, hay múltiples dimensiones de estos derechos que sólo exigen que el Estado se abstenga de interferir; como es la que aquí nos ocupa de **respetar la libre conformación de sindicatos** y el otorgamiento de comisiones y permisos sindicales, la libre elección del trabajo, no contaminar el ambiente, no sobreexplotar los acuíferos, etc. De otro lado los derechos civiles y políticos, aunque abarcan libertades individuales que el Estado debe abstenerse de limitar o vulnerar, también requieren inversiones financieras y humanas para lograr su plena efectividad. Por ejemplo, exigen cierta infraestructura, como un sistema de justicia que funcione, un sistema penitenciario que respete condiciones de vida mínimas para las personas reclusas o un sistema electoral en que se respete el voto y exista equidad entre las y los participantes.

La cuestión central es entender que todos los derechos humanos implican para los Estados las mismas obligaciones, que incluyen tanto el deber de abstenerse de realizar ciertas conductas o acciones, como el deber de tomar medidas positivas en favor de su realización. Diversos organismos y mecanismos de protección de los derechos humanos, incluido el Comité DESC, han venido apuntalando y confirmando la idea de que de todos los derechos se derivan tres tipos

de obligaciones: la obligación de *respetar*, que consiste en abstenerse de impedir u obstaculizar la realización de los derechos de las personas; la obligación de *proteger*, que consiste en adoptar las medidas para evitar que terceras personas puedan restringir o anular los derechos humanos de otras personas y; la obligación de *realizar*, la cual consiste en adoptar las medidas positivas para garantizar que las personas puedan acceder al ejercicio de sus derechos humanos, aún y cuando no puedan hacerlo por sus propios medios y recursos.

Obligaciones de efecto inmediato:

El Comité de la ONU para los Derechos Económicos Sociales y Culturales ha señalado que existen algunos derechos del Pacto Internacional Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) que no están sujetos a los criterios de progresividad y del máximo de los recursos disponibles, es decir, que las obligaciones que derivan de ellos tienen que ser satisfechas de manera inmediata, desde el momento que un Estado ratifica el Pacto. Entre dichas obligaciones destacan las siguientes:

- Asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los DESC (artículo 3).
- Remuneración igual por trabajo de igual valor sin distinciones de ninguna especie (artículo 7 inciso i del apartado a).
- Derecho a fundar sindicatos, a afiliarse a ellos, a formar confederaciones y derecho a la huelga (artículo 8).
- Obligación de proteger a los niños, niñas y adolescentes contra la explotación económica y social (artículo 10, párrafo 3).
- Enseñanza primaria gratuita y obligatoria para todas las personas (artículo 13, párrafo 2, apartado a).
- Obligación de respetar la libertad de los padres y madres de escoger para sus hijos e hijas escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que tales escuelas se atengan a normas mínimas en materia de enseñanza (artículo 13, párrafo 3).
- Obligación de proteger la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza que se ajusten a normas mínimas (artículo 13, párrafo 4).
- Obligación de respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora (artículo 15, párrafo 3).

15.4.-SINTEISIS

Sintetizamos diciendo que los tres artículos mencionados, 97, 123 y 144, del decreto 071 de 2020 destruyen profundamente el estado social de derecho de Colombia y su relación de conexidad con los derechos al trabajo, del artículo 25 y 53 de la constitución; el derecho de los trabajadores a organizarse por medio de sindicatos, fijar su estructura y directivas y tener todas las garantías para el cumplimiento de sus objetivos y gestión, del artículo 39 de la constitución. Colombia

como estado social de derecho que es, debe proteger a uno de sus pilares básicos que es el derecho al trabajo y las organizaciones de los trabajadores. Como estado social y democrático busca la igualdad material, puesto que no se conforma con la igualdad formal y no cabe la menor duda que los sindicatos ayudan a realizar esta igualdad material. Estos derechos de sindicalización son fundamentales para el Estado de derecho y están consagrados y protegidos en normas no solo del derecho interno sino también del derecho internacional a través de los pactos universales de derechos económicos sociales y culturales y de los convenios de la OIT especialmente los convenios 87 y 98 sobre los cuales no existe duda en Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

También están protegidos dentro del ámbito de la Organización de Estados Americanos a través del protocolo de San Salvador que consagra los derechos económicos sociales y culturales para los Estados Americanos esa protección interna e internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad, de protección a estas organizaciones de trabajadores está siendo violada por estos 3 artículos destruyen la esencia del Estado social de derecho y dejan a los trabajadores en mano de órganos del ejecutivo. Esas normas obstaculizan y limitan de manera grave las organizaciones sindicales y a sus directivos ya que los permisos y las comisiones sindicales están diseñados precisamente para que los trabajadores puedan realizar sus actividades sindicales, estar en contacto permanente con los miembros de su organización y que les permite o les posibilita fortalecerla a través del contacto con los no sindicalizados.

También se vulnera el derecho que tienen estas organizaciones de darse libremente su conformación, sus propias directivas y organizarla como a bien tengan tanto en la calidad de ellas, al determinar quiénes son principales y quiénes son suplentes; si hay más principales que suplentes o si todos son principales sin suplentes.

Debemos precisar que en materia de representación no es raro, y mucho menos un exabrupto, que existan solo los principales. Basta como prueba de nuestro aserto el caso Colombiano, donde nuestro sistema electoral también está organizado de esa manera: los congresistas no tienen suplentes; los diputados no tienen suplentes; los concejales no tienen suplentes, entonces, no es nada extraordinario ni del otro mundo que algunas organizaciones sindicales no tengan suplentes sino que todos sus directivos sean principales.

Estas normas sobre comisiones y permisos sindicales traen también problemas de violación del derecho a la libertad del artículo 13 de la constitución ya que las organizaciones sindicales podrían tener más de cinco principales, pues son libres de establecer el número de directivos. Pues bien por esta vía se interfiere esa libertad sindical en cuanto a la calidad de los miembros de los sindicatos y el número de ellos y se crea también un problema de desigualdad, que es otra violación del artículo 13 de la constitución, ya que sí un sindicato tienen menos miembros directivos principales podría encontrarse proporcionalmente en situación de desigualdad en relación con otros que tengan más directivos. Y finalmente permitir que se retire de la carrera administrativa a los sindicalizados amparados por fuero sindical por un funcionario administrativo, como lo es el Director General de la Dian sin autorización judicial, es golpear

directamente a los dirigentes sindicales, para de esta manera, por esa vía, por ese medio, destruir la organización sindical; se golpea las personas dirigentes para destruir el colectivo sindical.

16.-LA PRUEBA DEL POLIGRAFO DE LOS ARTICULOS 29.1 Y 30 DEL DECRETO 71 DE 2020. SU INCONSTITUCIONALIDAD.

Lo primero que debemos precisar es que en los artículos 29.1 y 30 del decreto 71 de 2020 el polígrafo está concebido como una de las pruebas eliminatorias; desde este punto de vista de prueba eliminatoria, es inconstitucional ya que contraría la jurisprudencia de la Corte Constitucional reiterada en varias oportunidades y a la que arriba hicimos mención y a la que ahora nos remitimos.

Lo segundo que debemos precisar es que el polígrafo no prueba hechos 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 le interroga; esta es la razón por la cual ha sido rechazada por todo los jueces de Colombia comenzando por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Veamos algunas de las sentencias donde ha sido rechazado como prueba.

16.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SENTENCIA 26470 DE 1 DE AGOSTO DE 2008.

“Segundo: el polígrafo

La Sala estima necesario precisar en lo que atañe con la admisibilidad del polígrafo como medio de prueba y a su grado de confiabilidad como ciencia novel lo que en seguida se dirá, con el fin de determinar su incidencia jurídico procesal, para responder a la pretensión de la defensa en el sentido que se asuman sus resultados como prueba de la inocencia del senador procesado.

Antes de todo, resulta oportuno recapitular que el debate se puso a la orden del día por haberse aportado al expediente el resultado de las dos pruebas de poligrafía practicadas al senador **VIVES LACOUTURE** durante el mes de diciembre de 2006, realizadas por iniciativa de éste y de su abogado, y en virtud de las cuales se solicitó la recepción del testimonio de un perito en poligrafía durante la audiencia de juzgamiento.

Si bien en principio en la resolución de acusación la Sala negó como medio de prueba el examen de polígrafo presentado por la defensa, aduciendo que aquél no tenía el carácter de prueba por cuanto solamente reflejaba impulsos corporales como la presión arterial, el ritmo

cardíaco, la tasa respiratoria y la respuesta galvánica de la piel del individuo y que esas manifestaciones podían derivar de factores diversos al de responder con la verdad o con la mentira a las preguntas formuladas en la sesión y a que además son los códigos éticos propios de cada individuo los que están de por medio en esa evaluación, finalmente accedió a escuchar el testimonio de un experto en la materia, al resolver favorablemente el recurso de reposición interpuesto por el defensor dentro de la audiencia preparatoria para que así se hiciera.

Sin embargo, esa decisión de ningún modo significa que la Corte haya resuelto fijar como precedente la admisibilidad del polígrafo como medio de prueba, pues simplemente apuntó a facilitar un espacio procesal donde se pudiera tratar la temática con mayor profundidad a fin de obtener mayor y mejor información para formarse un juicio más objetivo y riguroso acerca de la naturaleza del polígrafo, de los detalles de su práctica, del estado del arte en el derecho comparado y de sus aspectos técnicos, para fijar así una posición frente a él en este asunto.

Es decir, la Sala consideró necesario hacerse a un conocimiento mucho más aproximado sobre los pormenores del polígrafo valiéndose de las destrezas de un experto en el tema, en aras del respeto por la pretensión de la defensa para que se le permitiera desarrollar su planteamiento y del interés jurídico que subyace en esta novedosa práctica.

Pues bien, para afrontar el objeto de la controversia acerca de la conducencia, pertinencia y confiabilidad del polígrafo, se deben examinar dos aspectos esenciales: (i) su admisibilidad como medio de prueba; y (ii) su valoración o peso probatorio. Claro está que la relevancia y significación de este segundo tópico se halla inexorablemente supeditada a la superación del primero, porque de estimarse que no es admisible como medio de prueba la discusión acerca de su grado de confiabilidad pierde trascendencia.

Eso quiere decir que la sola explicación científica acerca del grado de eficacia y de seguridad que ofrece el resultado del polígrafo, colocándose porcentualmente por encima del promedio de acierto de algunos otros aparatos empleados por la ciencia médica, no presupone que inexorablemente pueda o deba tenérselo como un medio de prueba, pues una cosa es establecer su naturaleza como tal y otra muy distinta es determinar el nivel de confiabilidad que pueda tener si se opta por habilitar su uso en el campo forense.

En ese orden de ideas, el primer escaño consiste en definir si es factible, de cara a la legislación colombiana, considerar al polígrafo como un medio de prueba válido.

Para tal efecto, resulta oportuno recordar que el artículo 233 de la Ley 600 de 2000 enuncia como medios de prueba la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, la confesión y el indicio y adiciona la posibilidad de practicar pruebas no previstas en el código siempre y cuando se respeten los derechos fundamentales. Ese dispositivo lo complementa el

principio de libertad probatoria (Art. 237), conforme al cual los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad y la naturaleza y cuantía de los perjuicios pueden acreditarse con cualquier medio probatorio que no ponga en riesgo derechos individuales. Siguiendo esa misma línea, también la Ley 906 de 2004 señala que los hechos y circunstancias de interés para la solución del caso pueden probarse por cualquiera de los medios establecidos en el código o por cualquier otro medio técnico o científico respetuoso de los derechos humanos.

De esa manera se tiene que es el principio de libertad probatoria consagrado en la legislación patria el argumento cardinal a que apelan quienes abogan por la aceptación como medio de prueba del polígrafo, al considerar que se trata de una práctica soportada técnicamente cuyo empleo no quebranta derechos fundamentales. No obstante, cuando se revisan las normas procesales relativas a los medios de prueba, claramente se advierte que el concepto de libertad probatoria que gobierna la materia está inescindiblemente ligado a la aptitud para demostrar hechos, elementos o circunstancias de la conducta punible y sus consecuencias, y no propiamente para establecer si un testigo dice la verdad o no, o si sus afirmaciones son creíbles.

Tanto es así, que en el caso de la Ley 600 de 2000 el artículo 238 sobre apreciación de las pruebas, que es la previsión normativa que genéricamente rige la evaluación probatoria y que desde luego comprende el análisis del testimonio, categóricamente impone como derrotero de esa actividad las reglas de la sana crítica, debiendo el funcionario judicial exponer de forma razonada el mérito asignado a cada prueba, lo cual denota que el examen sobre la credibilidad de los testigos constituye una atribución privativa e insustituible del juez o fiscal según el caso.

Idéntica situación se presenta en la Ley 906 de 2004, habida cuenta que en los artículos 404, 420 y 432, para enumerar solamente algunos, se fijan criterios y parámetros específicos con base en los cuales el juez debe examinar el valor suasorio de cada medio de prueba, destacándose que en el evento de la prueba testimonial se habrán de tomar en cuenta elementos tales como la percepción, la memoria, la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad de los sentidos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Es decir, tanto en una como en otra legislación, la valoración acerca de la credibilidad del testigo y también del sindicado o acusado cuando declara, se halla estrictamente diferida al funcionario judicial (fiscal o juez), a quien la ley le provee de una serie de pautas que contrastadas con las reglas de la sana crítica, reglas de la experiencia y la persuasión racional, le ayudan a determinar mediante un proceso de inferencia debidamente argumentado y explicado, si merece credibilidad o no, o sea, si a juicio del funcionario judicial el deponente está diciendo la verdad o si falta a ella.

Para destacar todavía más que la legislación moderna le sigue apostando con total y absoluta convicción al juez como aquel que tiene a su cargo la delicada tarea de valorar la credibilidad de los testimonios, leyes como el nuevo código de procedimiento penal (Ley 906 de 2004) han previsto varios artículos relacionados con la impugnación y refutación del testimonio[2], incluido el del propio acusado, fenómenos estos cuyo diseño y finalidad se orientan a suministrar importantes insumos para la apreciación del testimonio.

Insiste la Sala en este aspecto, por cuanto si el polígrafo tiene como objetivo primordial determinar a través del registro de variaciones emocionales como la presión arterial, el ritmo cardíaco, el respiratorio y la resistencia eléctrica de la piel o reflejo psico-galvánico causado por el estado de emotividad provocada si la persona presenta reacciones fisiológicas indicativas de engaño, es claro que su diagnóstico se refiere a la credibilidad del interrogado y no a la comprobación de hechos, elementos o circunstancias de la conducta investigada.

Es aquí donde reside la gran diferencia con otros medios técnicos empleados en el campo forense y que representan una ayuda inmejorable para la administración de justicia, pues mientras los experticios de ADN, de balística, de dactiloscopia o documentales para mencionar sólo algunos, se dirigen a comprobar la existencia o no de un hecho, o la compatibilidad entre una y otra muestra, o la legitimidad o autenticidad de una determinada evidencia en pos de acreditar o desacreditar una circunstancia jurídicamente relevante, la prueba de polígrafo se encamina a sustituir al juez en su labor de valoración del testimonio, pues aquél no tiene como finalidad la demostración de un hecho procesal sino la de ofrecer un dictamen acerca de si un sujeto sometido a un interrogatorio dice o no la verdad en las respuestas a las preguntas que se le formulan.

Nótese que de llegar a admitirse el polígrafo como un medio de prueba válido para conocer si una persona miente, su aplicabilidad no podría restringirse al acusado, pues cabría hacerlo con todos los testigos tanto de cargo como de descargo, con lo cual la función de apreciación del testimonio atribuida al funcionario judicial quedaría subordinada a los resultados del polígrafo. Bien podría objetarse a este planteamiento que el funcionario judicial es libre para separarse de ese diagnóstico, pero en ese caso su tarea ya no estaría enfocada en apreciar la prueba testimonial haciendo uso de las reglas que la ley le impone sino en examinar el rigor técnico con que se practicó el polígrafo para deducir si se aviene o no con su conclusión.

En ese caso el juez o el fiscal antes que consultar las reglas de la sana crítica para argumentar sobre la credibilidad de un testigo tendría que dedicarse a determinar otros asuntos, tales como la pericia del examinador, las condiciones en que se realizó y demás aspectos concernientes a sus requerimientos técnicos, para extractar de ahí la inferencia a la que debía arribar por vía del uso de las reglas legales dispuestas para el efecto.

De otro lado, lo que concretamente marca el polígrafo es la reacción del individuo frente a precisas situaciones y preguntas ocurridas en una atmósfera privada, en la cual el experto califica como “DI” (decepción indicada) si advierte reacciones fisiológicas indicativas de engaño, o como “NDI” (no decepción indicada) si no las hay y como “NO” cuando no puede dar una opinión, pero en ningún momento esa diagnosis resulta idónea para transmitirle al funcionario judicial los conocimientos que requiere para adoptar sus decisiones, que es la finalidad de todo medio de prueba.

Desde otro margen, no es cierto, como algunos afirman, que en el derecho comparado y específicamente en los Estados Unidos, lugar donde tuvo su origen el examen de polígrafo, se haya generalizado su aceptación como medio de prueba. La literatura informa de lo excepcional de su admisibilidad, hallándose limitada a los siguientes eventos: (i) cuando hay estipulación entre las partes; y (ii) una vez estipulada, cuando se usa para impugnar o corroborar un testimonio. Consecuentes con esa tradición, los tribunales norteamericanos prosiguen excluyendo la evidencia poligráfica cuando no ha sido estipulada, salvo el caso excepcional de Nuevo Méjico donde se ha admitido sin necesidad de acuerdo previo entre las partes.

Ahora bien, en Colombia habría dificultades para admitirlo aún si fuera objeto de estipulación en los asuntos tramitados por medio de la Ley 906 de 2004, por cuanto el parágrafo del ordinal 4º del artículo 356 limita su procedencia a *hechos* o *circunstancias* y como se ha visto el polígrafo no es apto para demostrar *hechos* o *circunstancias* de la conducta punible sino para ofrecer un dictamen acerca de si una persona, en un ambiente determinado, respondió con la verdad o con la mentira las preguntas estructuradas que se le hicieron.

Para finalizar, la Corte encuentra peligros enormes frente a la libertad y a la dignidad del sujeto si se admite la utilización del polígrafo como medio de prueba, pues ese dispositivo antes que matizar la tensión entre la finalidad del proceso penal como método de aproximación a la verdad y la de proteger la integridad de los derechos fundamentales comprometidos, contribuye a afianzar más el fin que los medios, debido al dramático proceso de instrumentalización a que se somete a la persona, de quien se extraen mediciones tomadas del monitoreo de las reacciones del sistema nervioso autónomo, para convertir al propio individuo en instrumento de corroboración de una verdad a la que debe llegar la administración de justicia con absoluto respeto por la dignidad humana.”(Subraya nuestra)

16.2.-CONSEJO DE ESTADO SENTENCIA 00563-2008

Por otra parte, el Consejo de Estado a través de la sentencia 00563-2008 del 20 de agosto de 2009, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, se ha pronunciado así:

“Para él a quo, el polígrafo sólo registra los cambios neurofisiológicas del individuo ante una mentira; que el hecho de entender dicha práctica como prueba, desconoce principios fundamentales máxime si dicho medio probatorio no está autorizado por el ordenamiento jurídico del país. Concluye argumentando que la prueba del polígrafo fue la causa indirecta para la desvinculación de la demandante mediante la declaratoria de insubsistencia”.

Podemos entonces afirmar, del recuento jurisprudencia de los más altos organismos de la rama judicial que la prueba del polígrafo en realidad no prueba nada sobre los hechos sólo es una prueba subjetiva del estado del ánimo del entrevistado sobre sus emociones o sobre la frialdad de su carácter por esta razón es que cualquier delincuente frío o cualquier psicópata que no refleje sus emociones puede pasar la prueba del polígrafo, en cambio un hombre inocente que no es capaz de mantener la frialdad de su carácter, puede fallar la prueba.

Un delincuente carente de empatía como son los criminales en serie, que no refleja ninguna emoción es capaz de pasar la prueba del polígrafo, el cambio un ciudadano que no ha cometido ningún delito pero que es injustamente acusado del mismo puede alterarse frente al polígrafo, por una razón psicológica: lo normal es que en una situación anormal la gente se comporte anormalmente; lo absurdo, lo extraño, es que en una situación anormal la gente se comporte normalmente. El inocente injustamente acusado se altera y no pasa el polígrafo; en cambio, el criminal avezado y sin empatía la pasa.

16.3.-EL POLIGRAFO VIOLA EL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA DEL ARTICULO 1 DE LA CONSTITUCION Y LA BUENA FE DEL ARTICULO 83.

El derecho a la dignidad humana ha sido definido como el derecho de los derechos, ya que es el sustrato y fundamento de todos los demás Derechos Humanos sin él no existen ni subsisten todos los derechos de libertad e igualdad, ni ningún otro derecho de las personas.

No hay duda que el polígrafo atenta contra la dignidad humana, derecho fundamental que no es más que el reflejo jurídico del principio ético de aquella concepción kantiana que considera al hombre como un ser libre y autónomo, fin en sí mismo y por lo mismo no puede ser considerado ni tratado como un medio. Pues bien con la prueba del polígrafo no hay duda que se instrumentaliza al hombre, a los trabajadores de la Dian, se les trata como una cosa; se les cosifica, en aras de la verdad. Verdad que ya sabemos no es posible alcanzar con el polígrafo sobre los hechos. De esa manera se desnaturaliza la condición humana de los trabajadores de la Dian; cuando el principio y derecho fundamental de la Dignidad humana impide cambiar al hombre por cualquier cosa; el hombre como tal no puede ser intercambiado ni por la verdad ni por la seguridad; no puede ni siquiera ser intercambiado por otros hombres.

Por esta razón es que KANT, en su obra la metafísica de las costumbres, fundamental para la filosofía jurídica y moral ante la pregunta de ¿Si un hombre puede ser sacrificado para salvar a otro hombre? su respuesta categórica es negativa, dice que no y cuando se hace la pregunta que si un hombre puede ser sacrificado injustamente para salvar a muchos hombres; también su respuesta es negativa ya que el hombre es el único ser de la naturaleza, el único ser del cosmos que no puede ser intercambiado por nada, ni por cosas, ni por otra u otras personas, ya que es un fin en sí mismo. No puede ser convertido en un instrumento para alcanzar la “verdad” o la “seguridad” ni ninguna otra cosa. La prueba del polígrafo convierte a los trabajadores de la Dian en un instrumento para alcanzar la “verdad” que sabemos que esta prueba nunca puede obtener; se cosifica a estos funcionarios y se les hace perder su libertad y autonomía, con lo que se viola su principio y derecho fundamental a la Dignidad Humana; el derecho de los derechos. Todos los hombres independientemente de su condición, económica, social, en la escala burocrática, si se es el portero de la Dian o el Director General de la misma; si se está enfermos o sanos, pobres o ricos, blancos o negros, cristianos o ateos, liberales o conservadores; etc., tienen la misma Dignidad Humana; precisamente por que se tiene la misma dignidad, es que se tiene la misma Igualdad y la misma Libertad; por esto es el derecho de todos los derechos, ya que es el supuesto básico de todos los derechos.

El otro lado no sobra recordar qué no siendo la prueba del polígrafo aceptable en el terreno judicial, tampoco puede ser obligatoria, entonces, la única posibilidad de practicarla es si la persona voluntariamente se somete a ella. Pues bien, también voluntariamente alguien puede negarse a que se la practiquen, siendo esto así, no es posible entonces deducir consecuencias jurídicas por no practicársela; de modo que en el proceso de un concurso, la persona que no acceda a la práctica de esta prueba no podría ser mal calificada si no accede a ella, ni siquiera tenerla como un indicio en su contra ni ser excluido del proceso del concurso, con mayor razón porque como hemos visto más arriba, es apenas una de las etapas del proceso y no puede ser nunca una etapa eliminatoria.

Esta situación plantea además un problema en relación con el derecho a la igualdad del artículo 13 de la constitución, ya que si a algunas personas se le practica la prueba del polígrafo y no la pasa quedaría automáticamente excluido del proceso de selección, ya que es a la luz del decreto 071 de 2020, es eliminatoria; en cambio, si otra persona no se practica la prueba del polígrafo; su negativa a practicársela no podría tener ninguna consecuencia jurídica y tampoco podrían ser calificados ni positiva ni negativamente. Unos participantes tendrían más elementos de calificación que otros unos concursantes son calificados con fundamento en unas pruebas y elementos distintos que otros.

Además 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 jurisprudencia⁷² señala, que el polígrafo conculca el «derecho de personalidad del afectado», protegido por el artículo 1º párrafo 2, de la Ley Fundamental alemana, así como el de libertad. Igual ocurre en España,⁷³ Brasil,⁷⁴ Francia e Italia.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana se refirió al tema de las pruebas de polígrafo, en el 8 de noviembre de 2013, cuando dijo que: “la Comisión fue informada sobre una posible aplicación de «pruebas de confianza» a los operadores de justicia en Honduras, «las cuales consistirían en la aplicación de pruebas de investigación patrimonial, toxicológicas y la aplicación del polígrafo». Sobre lo que la CIDH destacó «la importancia de que los Estados ofrezcan garantías de seguridad para que las y los operadores de justicia puedan continuar con sus labores en condiciones de independencia e imparcialidad...”.

16.4.-LA DIGNIDAD HUMANA EL DERECHO DE LOS DERECHOS, SE VIOLA CON EL POLIGRAFO.

⁷² El Tribunal Constitucional Alemán ha manifestado que el «detector de mentiras» conculca el derecho a la personalidad del afectado: «Una penetración de tal naturaleza en la persona, en la medida en que se desvaloriza su declaración como expresión originaria y propia y en que el declarante lo convierte en un mero apéndice de un aparato, lesiona de forma inadmisiblemente 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. Aquí hay que examinar si el ataque lesiona el núcleo de la personalidad que es objeto de protección absoluta o sí, como sería posible imaginar, la investigación pudiera justificarse por los intereses prevalentes de la comunidad o del inculpado. En este caso no se dan esos intereses prevalentes...» También ha manifestado respecto que el consentimiento a someterse al polígrafo no faculta a que este sea un medio probatorio aceptado en la administración de justicia: «El hecho de que el afectado consienta y pida someterse a esa investigación no altera la inadmisibilidad de la práctica de una prueba de esa clase. Incluso si se quiere aceptar como posible que el recurrente tenga un poder de disposición sobre los derechos que están en cuestión, no se da aquí un consentimiento eficaz por su parte. Sólo puede prescindir de una protección contra ataques del Estado a sus derechos aquel que puede elegir (cfr. STURM. "Probleme eines Versicht auf sordnung, Fetschrift fur willi Geiger, 1974 pág. 173 ss; pág. 183). Esta libertad no la tiene de hecho el procesado que se siente amenazado por una pena de privación de libertad y para quien la investigación mediante un detector de mentiras representa una oportunidad a la que no puede renunciar». Tribunal Constitucional Alemán. Directrices jurisprudenciales. Boletín de jurisprudencia constitucional. Madrid. N. 15, julio 1982. Págs. 603-604.

⁷³ De acuerdo con las sentencias STS 22 Mayo 1982, STS 4 Abril 1995, SAP Madrid 28 Junio 1999, SAP Cádiz 20 Abril 2005 y SAP Burgos 3 de Octubre 2006, en España la prueba del polígrafo es nula, inexistente e inválida, ya que su uso no se ajusta al sistema de valores, garantías y principios constitucionales que recogen el sistema jurídico de dicho país.

⁷⁴ Recientemente el Tribunal Regional de Trabajo de la Décima Región - Brasilia (TRT-10) condenó a una aerolínea al pago de una indemnización de un millón de reales por causar «daños morales colectivos» al utilizar el polígrafo para hacer pruebas con sus empleados. En opinión de los miembros del Tribunal, el polígrafo viola la intimidad y la dignidad de los empleados o candidatos a un puesto de trabajo. Sobre el particular consultar: «<http://trt-10.jusbrasil.com.br/noticias/120469944/american-airlines-e-condenada-por-submeter-trabalhadores-a-detector-de-mentiras>»

El derecho fundamental a la dignidad humana; encuentra consagración normativa en la constitución en el artículo 1 (*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria,...fundada en el respeto de la dignidad humana...*), en los artículos 25 (*Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas*), 42 (*la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables*) y 51 (*Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna*).

En la carta de las Naciones Unidas

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana... (Subraya nuestra)

En la Declaración Americana

Se encuentran tres alusiones explícitas al concepto de “dignidad humana”. La primera aparece en el primer considerando de la declaración según el cual “los pueblos americanos han dignificado la persona humana”. La segunda alusión se encuentra en el Preámbulo de la Declaración en el que señala que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

La tercera referencia explícita se encuentra en el artículo 23 de la Declaración que consagra el derecho a la propiedad privada. Según este artículo, “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

En la Declaración universal de la ONU de 1948,

Se encuentran cinco referencias explícitas a la idea de dignidad humana; dos de ellas en el preámbulo y las tres restantes en el articulado, arts. 1, 22 y 23.

En la Convención Americana

Se encuentran tres referencias explícitas a la idea de dignidad humana, todas ellas, en artículos de la Convención:

Artículo 5. Derecho a la Integridad personal

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Artículo 6. Prohibición de la esclavitud y Servidumbre

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena

impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

Artículo 11. Protección de la honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

16.5.-CONCEPTO JURIDICO-FILOSOFICO DE DIGNIDAD

La *dignidad*, o cualidad de digno, deriva del adjetivo latino ‘digno y se refiere a valioso. Decir que algo es valioso, no es más que otra manera de decir que tiene valor, según el diccionario de la Real Academia se define valor como el grado de utilidad o actitud de las cosas, para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite y desde el punto de vista filosófico es la cualidad que poseen algunas realidades, llamadas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores.

La dignidad humana no es solo un derecho, sino también el fundamento constitucional de todos los derechos estrechamente relacionados con el desarrollo de la personalidad humana. Se trata de uno –es más, del primero– de los principios supremos de un ordenamiento democrático. La dignidad está en la persona y no deriva de la posición social que la misma ocupa en la jerarquía social; por tanto, no puede, en ningún caso, ser desconocida en la vida social de las demás personas o en sus relaciones políticas.

El reconocimiento de la igual dignidad de las personas constituye la otra cara de la moneda de la necesidad de evitar discriminaciones. No es suficiente que las personas sean tratadas con dignidad, sino que es necesario que todas sean tratadas con igual dignidad y respeto; porque la dignidad humana posee tanto un perfil individual, como uno relacional.

Como “principio de la dignidad humana” se entiende la exigencia enunciada por Kant, en la metafísica de las costumbres, como segunda fórmula del imperativo categórico: “obra de manera de tratar a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de otro, siempre como un fin y nunca sólo como un medio”. Este imperativo establece, en efecto, que todo hombre, y más bien todo ser racional, como fin en sí mismo, posee un valor no relativo (como es, por ejemplo, un precio) y sí intrínseco, esto es, la dignidad. “Lo que tiene un precio puede ser sustituido por cualquier cosa *equivalente*; lo que es superior a todo precio y, que por tanto, no permite equivalencia alguna, tiene una *Dignidad*”. Sustancialmente, la Dignidad de un ser racional consiste en el hecho de que él “no obedece a ninguna ley que no sea instituida también por él mismo”. La moralidad, como condición de esta autonomía legislativa es, por lo tanto, la condición de la Dignidad del hombre, y moralidad y humanidad son las únicas cosas que no tienen precio.

En la época moderna, el concepto de dignidad fue reformulado: la dignidad del hombre deriva de su naturaleza humana pero dicha naturaleza se desvincula progresivamente de cualquier origen divino.

A esta reformulación parcial del concepto se ha añadido una más profunda: el hombre es un fin en sí mismo y debe ser tratado como tal y no meramente como un medio. Esta nueva formulación de la dignidad se plasmará en el ámbito jurídico con la aparición de los derechos humanos. Desde ahora, la dignidad humana no sólo tiene un alcance vertical, sino también un alcance horizontal (la igualdad de los seres humanos entre ellos sea cual sea el rango que cada uno pueda desempeñar en la sociedad). Su dignidad estriba en poder afirmar su libertad y autonomía, el valor del ser humano deriva de sus capacidades aunque éstas se manifiestan de distintas formas en cada individuo e incluso, no se manifiestan en ciertos individuos. Tal afirmación recuerda la base de la definición moderna de la dignidad que aparece en KANT: “la humanidad misma es dignidad: porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad) en virtud de la cual se eleva sobre todas las cosas (...)”. La dignidad humana, en su acepción moderna y Kantiana, se proyecta en varias dimensiones: la primera es que el valor del ser humano, de la persona humana, tiene una cualidad que no tienen los otros valores; esta cualidad consiste en que el valor del ser humano no es intercambiable por otros valores; ni siquiera por el valor de otros hombres; esto es lo que explica por qué Kant rechaza la tesis, de que es posible sacrificar a un hombre para salvar a otro hombre; o a muchos hombres. Todos los demás objetos de la naturaleza, o bienes de la naturaleza, que poseen valor, pueden ser intercambiables entre sí, menos el valor de un hombre por otro hombre y mucho menos por una cosa.

Esa cualidad que impide que un hombre pueda ser intercambiado por otro hombre, en lo que se denomina dignidad humana; esa misma cualidad es la que hace que un hombre sea un fin en sí mismo, y que por lo mismo jamás pueda ser considerado como un medio; ya que si se le considera como medio se le estaría cosificando, dejaría de ser persona para convertirse en cosa y podría ser intercambiable; por ejemplo se podría intercambiar un hombre por dinero y con esto habríamos regresado el régimen de la esclavitud; o se podría comprar, utilizar y degradar el cuerpo de una mujer.

La dignidad humana, hace referencia al valor inherente al ser humano en cuanto ser racional, dotado de libertad y poder creador, para modelar y mejorar sus vidas mediante la toma de decisiones y el ejercicio de su libertad.

El concepto de hombre como ser autónomo ve la dignidad del hombre en su libertad de elección, lo que lo diferencia de los otros animales que están determinados por sus instintos. El hombre es libre para poder organizar por sí mismo, su vida, en todos los aspectos, tanto en la dimensión privada, como social, como política y desde el punto de vista político, no hay duda que el régimen político que permite realizar mejor la dignidad del hombre, es el régimen democrático, en sus manifestaciones de democracia directa, donde el hombre, sin intermediario realiza directamente las funciones de legislar, ejecutar la ley o dirimir conflictos; o en la democracia participativa, contemplada en el preámbulo y en el artículo primero de la constitución Colombiana; o en su artículo segundo, que establece como fin esencial del Estado, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida política, económica administrativa y cultural de la nación; o el derecho

fundamental que tiene todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, plasmado en el artículo 40 de la constitución. Sólo cuando el hombre puede participar autónoma, libre y en condiciones de igualdad en los procesos políticos de su estado, para cambiar fundamentalmente su vida es un ser digno. Una vida de dignidad humana no es posible en situaciones en las que la libertad de elección de una persona se restringe o se anula, o no se le trata igual. Cuando la Dignidad Humana entra en conflicto con otros valores, hay que dar siempre prioridad a la Dignidad humana, esto es lo que hace por ejemplo el tribunal constitucional alemán.

Debemos recordar, es que el hombre es el único ser de la naturaleza que puede realizar acciones morales, que somos seres morales con voluntad libre y que la obligación moral deriva de la razón. Que en cada acto del hombre (en cada coyuntura: política, económica, social, etcétera), debemos preguntarnos: ¿qué debo hacer? ¿Cómo debo obrar?, Como debemos obrar siempre, no importa de qué acción concreta se trate. Si esa acción concreta, la realizamos por deber, entonces la acción es un fin en sí misma y éticamente correcta; por el contrario, cuando la acción que realizamos, en un medio para conseguir un fin; es por lo mismo moralmente incorrecta o en términos políticos maquiavélica.

16.6.- LA DIGNIDAD HUMANA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONA.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, al estudiar el concepto de “dignidad humana”, se puede sintetizar en que ha identificado tres lineamientos claros y diferenciados: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera); (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien); y, (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la corte ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del estado, y en este sentido la dignidad como valor; (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional, y, (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

El referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida).

La dignidad humana sintetiza y recoge en un solo concepto tres elementos fundamentales de la filosofía jurídica: el de principio constitucional; el de valor constitucional y el de derecho fundamental, con todas las consecuencias que cada uno de ellos implica y no existe duda que al someter al polígrafo a los trabajadores de la Dian que quieren ascender o a quienes quieren ingresar vulnera a la Dignidad Humana, al derecho de los derechos en sus tres dimensiones, de principio constitucional, de valor constitucional, de derecho fundamental y por lo mismo deben ser declarados inconstitucionales el artículo 29.1 y el 30 del decreto 071 de 2020.

Esta misma línea jurisprudencia la encontramos reiterada en

16.6.1.- LA SENTENCIA T-940 DE 2012

“Como ya ha hecho carrera en la jurisprudencia de esta corporación, la dignidad humana, como entidad normativa, puede comprender tres objetos concretos de protección: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiera); (ii) la presencia de ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien) y (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

Desde la perspectiva de la funcionalidad del concepto, la dignidad humana se ha entendido con una triple naturaleza de derecho fundamental, principio y valor. A grandes rasgos, la dignidad humana como derecho fundamental implica la correlatividad entre la facultad de exigir su realización en los ámbitos a los que atañe y el deber de propiciarlos; como principio puede entenderse como una de los fundamentos que dieron origen a la aparición del Estado colombiano de hoy, así como un mandato de optimización, cuya realización se debe propender en la mayor medida posible; finalmente, como valor, la dignidad representa un ideal de corrección al que tiende el Estado y que le corresponde preservar.

Así las cosas, la importancia y la realización de la dignidad humana en el Estado colombiano deben ser superlativas, en tanto constituye una de las bases y de los presupuestos ontológicos para su existencia, siendo piedra angular para el desarrollo del contenido de otros derechos fundamentales y deberes estatales y particulares dispuestos en la carta.”

16.6.2.- VIOLACION DEL PRINCIPIO DE BUENA FE Y CONFIANZA LEGÍTIMA.

A los trabajadores de la Dian, que quieren ascender, al someterlos a la prueba del polígrafo, no hay duda que se les violan los principios de buena fe y de confianza legítima. Es importante

señalar que el principio de buena fe está expresamente establecido en la Constitución colombiana, en el artículo 83 que dice:

ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

El de confianza legítima si bien es cierto no es un principio expresó en la constitución, la Corte Constitucional lo ha considerado un principio implícito en nuestro orden jurídico y aplicable sin duda a las relaciones que debe tener la Dian con sus funcionarios.

Veamos que dice la Corte Constitucional sobre estos principios que se les están violando a los funcionarios de la Dian o a quienes quieren ingresar a esa entidad.

16.6.3.- LA SENTENCIA T-366-2019

“El principio de buena fe en su dimensión de confianza legítima^[113]

El artículo 83 de la Constitución consagra que las actuaciones tanto de autoridades públicas como de particulares deben sujetarse a los postulados de la buena fe. En desarrollo de este precepto, esta Corte ha subrayado que se trata de un valor ético con un definitivo alcance social y jurídico:

“De acuerdo con la doctrina el principio de la buena fe constituye pieza fundamental de todo ordenamiento jurídico, habida consideración del valor ético que entraña en la conciencia social, y por lo mismo, de la importancia que representa en el tráfico jurídico de la sociedad. Contenido ético que a su vez incorpora el valor de la confianza dentro de la base de las relaciones sociales, no como creación del derecho, que sí como presupuesto, con existencia propia e independiente de su reconocimiento normativo. La buena fe se refiere exclusivamente a las relaciones de la vida social con trascendencia jurídica, sirviendo al efecto para valorar el comportamiento de los sujetos de derecho, al propio tiempo que funge como criterio de reciprocidad en tanto se toma como una regla de conducta que deben observar los sujetos en sus relaciones jurídicas, esto es, tanto en el ámbito de los derechos como en la esfera de los deberes y obligaciones.”^[114]

Conforme a esa línea, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la buena fe es entendida “como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas”^[115], lo cual supone que las conductas de unas y otros se guían por un ánimo serio, transparente y probo.

En tal sentido, el principio constitucional de buena fe está claramente orientado a “*erradicar las actuaciones arbitrarias de parte de las autoridades públicas y de los particulares, ya que el fin perseguido es que los hechos de éstos se aparten de subjetividades e impulsos que generen arbitrariedad, y en consecuencia, se ciñan a niveles aceptables de certeza y previsibilidad.*”^[116]

Una concreción del postulado superior de buena fe es el principio de confianza legítima, que se constituye, por un lado, en una garantía para que el individuo tenga la posibilidad de desarrollarse en un entorno estable y previsible, y por otro, en un límite a las entidades públicas y a los demás sujetos con que aquel interactúa, conforme al cual estos no pueden alterar ni contravenir súbitamente la línea conductual sobre la cual se han basado sus relaciones con el individuo^[117].

De vieja data, la jurisprudencia constitucional ha caracterizado el principio de confianza legítima y ha resaltado la importancia que este reviste en el marco de la interacción entre los órganos del Estado y los particulares:

“Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación.”^[118]

Ahora bien: esta Corporación ha reconocido que el artículo 83 superior trasciende el ámbito de las relaciones con el Estado, en tanto el principio de buena fe “*es el fundamento de la confianza legítima en que se basan las relaciones no sólo de los particulares y las autoridades, sino las de éstos entre sí.*”^[119] Al ser la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo unos de los fines esenciales del Estado^[120], la observancia del principio de confianza legítima en el tracto de las relaciones entre particulares es primordial para la consecución de esos propósitos del pacto político, ya que, como lo ha resaltado este Tribunal –citando al doctrinante Karl Larenz–, “[*e]l ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque ‘...poder confiar, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres, y por tanto, de paz jurídica.’”*^[121]

Así pues, el principio de confianza legítima implica que tanto las autoridades públicas como los particulares están llamados a respetar, en el decurso de sus relaciones, las expectativas que válidamente se han generado a raíz de sus actuaciones precedentes. En otras palabras, se trata de la exigencia jurídica de *“preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, de modo tal que “el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados”*^[122].

El principio de confianza legítima se vincula, en consecuencia, con un mínimo de estabilidad, predictibilidad y coherencia en los efectos que usualmente se desprenden de la interacción entre los ciudadanos y los entes públicos y privados, de manera que no se introduzcan sorpresivamente modificaciones en la forma de proceder de dichos sujetos ni en las dinámicas normales a partir de las cuales estos han erigido sus relaciones.

En ese orden de ideas, por mandato constitucional, la confianza que tienen las personas frente a la estabilidad y la coherencia que se espera de los entes estatales y de los particulares, debe ser respetada y salvaguardada por el juez constitucional.”

16.7.-GRAN CONCLUSION SOBRE LA VIOLACION DE LA DIGNIDAD HUMANA Y DE LA BUNA FE

En relación con el derecho a la dignidad humana es claro, como lo demostramos arriba, 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 de la Dian que quieren ascender y a quienes quieren ingresar, esta prueba los convierte en un 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 su autonomía. Destroza también su igualdad moral, y los humilla.

Viola también de manera flagrante el principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de nuestra constitución y en vez de presumirla en el trato que se les da a los trabajadores de la Dian hace todo lo contrario, presume La Mala Fe y los trata como delincuente y de paso pulveriza la confianza legítima que los trabajadores de la Dian, pueden tener en relación con sus empleadores. Por todas estas razones y otra más que vivimos arriba es que la prueba del polígrafo debe ser declarada inconstitucional.

17.- PETICION SUBSIDIARIA: INEXEQUIBILIDAD TOTAL DEL DECRETO 071 DE 2020; YA QUE LA CARRERA DE LA DIAN, DEBIO TRAMITARSE COMO LEY ESTATUTARIA Y NO COMO DECRETO EXTRAORDINARIO.

Subsidiariamente, pedimos se decrete la inconstitucionalidad total del decreto 71 de 2020, pues la carrera administrativa de la Dian debió tramitarse en su núcleo fundamental como ley estatutaria y no como decreto extraordinario.

Lo primero que debemos precisar es que en este caso hablamos también de reserva de ley, pero de una reserva especial, de la denominada reserva de ley estatutaria que es la que se exige por la constitución cuando se regula un derecho fundamental o un principio fundamental en su núcleo esencial en su núcleo esencial.

17.1.- PREMISAS FUNDAMENTALES

17.1.1.- CONSECUENCIAS JURIDICAS DE DEFINIR UN DERECHO COMO FUNDAMENTAL

La constitución Colombiana dedica el capítulo 1 del título II a los derechos fundamentales. La existencia de ese título da la impresión que nuestro constituyente hubiera determinado expresamente cuales son, en nuestro sistema jurídico, los derechos fundamentales. Nuestra constitución, deja abiertos una gran cantidad de interrogantes:

- a) ¿Nuestros derechos fundamentales son todos los que están en el capítulo 1 del título II de nuestra constitución?
- b) ¿hay en la constitución, otros derechos fundamentales por fuera de ese capítulo?

El problema se complica aún más cuando observamos que nuestra constitución, adoptando un esquema ius naturalista (como el Alemán), establece que existen derechos fundamentales por fuera de los señalados en la constitución, pues el *Artículo 94*. Dispone que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Norma que se debe aplicar en armonía con el artículo 5 de la misma constitución política que establece dentro de los principios fundamentales, que como tal prevalecen en caso de conflicto, aun sobre los derechos fundamentales, que “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona...”

Sintetizando, podemos afirmar que nuestro constituyente no estableció de manera expresa cuales son nuestros derechos fundamentales, que pueden existir en nuestra constitución derechos fundamentales en otros artículos que no pertenezcan al capítulo 1 del título II y lo que

es más importante que existan otros derechos fundamentales por fuera del texto constitucional (los que son inherentes a la persona humana).

Como se puede observar esta indeterminación de los derechos fundamentales, hace más difícil la protección de los derechos fundamentales. A esto debemos agregar que el tribunal constitucional ha debido proteger por vía de la tutela (o amparo constitucional) aun los derechos que no estando considerados, en principio, como fundamentales, se encuentran en conexidad o íntima relación, con los derechos fundamentales. La existencia del artículo 94 de nuestra constitución en armonía con el artículo 5 que establece el principio fundamental que El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona...” plantea el problema, en nuestra constitución, de la fundamentación ontológica de los derechos, íntimamente ligado a la disputa entre las concepciones iusnaturalista o positivista del derecho. ¿Los derechos valen “per se”? o ¿solo valen cuando están traducidos a normas jurídicas? ¿Los derechos que no están positivizados son derechos en el papel y solo son verdaderos derechos o derechos en serio los que están contenidos en normas jurídicas, como dijera Riccardo Guastini?. Dejando de lado esta polémica, convenimos por ahora, con Norberto Bobbio que lo importante de los derechos no es de donde vienen sino como los protegemos. Esta posición nos traslada inmediatamente al problema de la protección de los derechos fundamentales.

La protección de ellos puede hacerse por medio de mecanismos judiciales o no judiciales; Dentro de los últimos se encuentra, por ejemplo, el principio de separación de los poderes públicos, que busca que el poder controle al poder y que de esa manera se garanticen las libertades de los ciudadanos. Colombia acoge el principio de separación del poder político (artículo 113: Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial); y por esa vía, da protección a los derechos. Los mecanismos judiciales plantean otro problema típico del derecho, que es la correlación entre derecho (o derechos) y obligación (u obligaciones); o dicho de otra manera cual es el derecho y quien lo tiene; cual es el sujeto obligado y cuál es el contenido de la prestación. Para la mejor protección de un derecho fundamental, es importante que el derecho tenga un contenido preciso o lo que es lo mismo que la conducta se determine de manera precisa; y más importante aún, que pueda ser ejercido o reivindicado por un sujeto claramente determinado, frente a otro sujeto también determinado de una manera diáfana.

Además del estado, están obligados los particulares a respetar los derechos fundamentales en sus relaciones mutuas, lo que implica una relación horizontal; por ejemplo en sus contratos. La misión de que los particulares respeten los derechos fundamentales en sus relaciones con otros particulares se encomienda de manera especial al legislador al momento de regular los actos jurídicos y a los jueces al momento de resolver los litigios que se presentan entre los particulares. La constitución y los derechos fundamentales rigen no solo las relaciones de los particulares con el estado sino también las de los particulares entre sí. Esto explica que exista la tutela o amparo contra particulares.

La obligación o prestación puede consistir en una prestación de No hacer, que es la típica de los denominados derechos de libertad o en una prestación de hacer que es lo característico de los derechos económicos o sociales.

Se plantea en relación con los derechos fundamentales el interrogante de si solo pueden ser titulares de ellos, las personas naturales o también pueden serlo las jurídicas y aceptando que son titulares las jurídicas de derecho privado, en lo que sean compatibles; se discute si pueden serlo las de derecho público y aun que parte de la doctrina y la jurisprudencia trata de negarles la titularidad a estas últimas, se ha debido reconocerles ciertos derechos fundamentales como el de acceso a la justicia, de defensa, a ser oído; en síntesis a derechos de tipo procedimental. En Colombia la jurisprudencia ha reconocido la titularidad de derechos a las personas jurídicas públicas.

Determinar un derecho como fundamental trae consecuencias jurídicas muy importantes como son:

1.- Vincula a todos los poderes públicos.

Con esta propiedad se afirma que están obligados a respetarlos, protegerlos y promoverlos, las tres ramas del poder público (legislativo, ejecutivo y judicial) y todas las demás autoridades (órganos de control, órganos autónomos, etc.).

2.- Se aplican directamente.

Con esta característica se trata de señalar como su aplicación no está condicionada a la existencia de una ley previa que los desarrolle y que se pueden aplicar aun cuando todavía no exista ley que los desenvuelva. Esto quiere decir que su eficacia y aplicación no depende de la voluntad del legislador. Si existen en la constitución se aplican y producen efectos, sin ley o con ley.

3.- Existe reserva de ley.

Con este atributo queremos señalar que el derecho fundamental solo puede ser regulado por el legislador y no por el órgano ejecutivo. También queremos significar que el legislador no puede facultar (por medio de la ley), o deferir o remitir al órgano ejecutivo la regulación del derecho fundamental.

En el caso de Colombia el derecho fundamental no solo tiene reserva de ley sino que además, su NUCLEO ESENCIAL debe contenerse en una ley especial, como es la denominada ley estatutaria, por mandato del artículo 152, literal a de la Constitución política de Colombia. Reserva de ley y no de cualquier ley, sino de una ley especial, la ley estatutaria para el núcleo esencial del derecho fundamental; de modo que la regulación del núcleo esencial por medio de ley ordinaria o por medio de decreto-ley de facultades extraordinarias es inconstitucional.

4.- Existen límites a sus límites. EL Núcleo Esencial del Derecho Fundamental.

Con esta propiedad queremos señalar, que el único que puede regularlos, que es el legislador, no puede regularlos como quiera, pues tiene límites en su regulación, ya que no puede restringir su contenido esencial, pues el contenido esencial del derecho, o el núcleo del derecho, es un límite para el legislador.

En términos sencillos se entiende por núcleo o contenido esencial aquello que hace que un derecho sea ese derecho y no otro derecho, o deje de ser un derecho fundamental. Por ejemplo, si el legislador dijera en una norma, que solo se permiten las reuniones de una sola persona, esta norma sería inconstitucional, ya que toda reunión presupone la existencia de una pluralidad de sujetos; por lo menos de dos personas, ya que es imposible que me reúna solo yo con yo. Esta Norma desnaturaliza completamente el derecho de reunión; ataca su núcleo esencial, que es la pluralidad de sujetos reunidos, de modo que al prohibir la reunión de más de una persona en realidad lo que está es acabando el derecho de reunión, destruyendo su núcleo esencial. Las restricciones a los derechos fundamentales solo se permiten cuando se realizan buscando el bien común; pero no cualquier bien común, ya que este tiene que ser objetivo y RAZONABLE (y proporcional en sentido amplio), la limitación tiene que servir de medio idóneo, eficaz y adecuado para obtener el objetivo o fin (bien común), pero además de adecuado o idóneo, el medio tiene que ser necesario, es decir que no exista otro medio igualmente eficaz que no afecte el derecho fundamental o que lo haga en menor medida.

5.-Tienen una protección judicial reforzada.

Tienen una protección judicial especial y reforzada; que en el derecho Colombiano es la acción de tutela.

No es como se piensa equivocadamente que en los procesos ordinarios, civiles, penales, comerciales, familiares, no se deben proteger los derechos fundamentales; a veces lo que está en juego en el proceso laboral, es el derecho fundamental al trabajo del trabajador o el derecho fundamental del niño en la jurisdicción de familia. Es importante señalar que a los derechos fundamentales, además de la protección “ordinaria” que se les debe dar en cada uno de los procesos judiciales tienen una protección adicional, un Plus de protección que es precisamente lo que en Colombia se denominación de tutela y que en el derecho Comparado se denomina comúnmente derecho de amparo. En síntesis los derechos fundamentales además de tener la protección que deben tener todos los derechos en los procesos civiles, penales, administrativos, etc.; tienen una acción o protección adicional que es el recurso de amparo o de tutela, un Plus de protección, por lo que tienen más protección que los derechos no fundamentales.

6.-Se protegen ante sujetos públicos y ante particulares.

Esta característica es lo que explica que exista amparo o tutela frente a funcionarios y frente a particulares. Las razones de esta protección total, se hace mediante el procedimiento judicial de amparo o tutela.

7).- Existe una técnica especial de interpretación de los derechos fundamentales.

Al momento de interpretar los derechos fundamentales, hay que tener en cuenta:

- a) Que los derechos fundamentales tienen un lugar o posición preferente dentro del ordenamiento jurídico; b) que no basta la interpretación conforme de los derechos fundamentales, sino que además, debe hacerse la interpretación más favorable a los derechos fundamentales; c) el principio pro homine criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual, se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, y, a contrario sensu; a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos. Se encuentra positivamente consagrado, por ejemplo, en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos humanos en la que especifica: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: permitir a alguno de los estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados; excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Consagrado también en el art 5 del pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos. el **principio pro homine** tiene varias formas de aplicación, en los casos en los cuales está en juego la aplicación de varias normas relativas a derechos humanos, debe aplicarse aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para los derechos de las personas; d) principio pro libertatis, entendido como que entre libertad y no libertad hay que interpretar a favor de la libertad, pues se parte del supuesto de que el individuo es un ser libre; e) principio de expansión; entendido como que los derechos deben interpretarse de manera extensiva y no restrictiva, ya que los derechos deben disfrutarse plenamente, hay que buscar la optimización de su disfrute o ejercicio; f) principio de interacción, en caso de conflicto entre una norma de derecho internacional y una nacional debe prevalecer la que más favorezca el derecho; g) principio de promoción, que obliga a los aplicadores de normas jurídicas, especialmente a los jueces a favorecer el goce de los derechos humanos; h) principio de universalidad; pues siendo inherentes a los seres humanos, debe aplicarse a todos, en cualquier parte en que se encuentren; i) principio de indivisibilidad, ya que deben ser considerados de manera integral, como una unidad; como el hombre forma una unidad, así también son sus derechos, todos son igualmente importantes y necesarios: Los civiles, los políticos, los económico, sociales y culturales, la paz y el medio ambiente sano; etc.

Así como existe el principio de interpretación constitucional; de interpretación de las normas de inferior jerarquía a ella (leyes, decretos, etc.) de manera conforme a la constitución; como los derechos fundamentales hacen parte vital de ella, ha surgido un principio que especifica el anterior, que establece que la interpretación del orden o sistema jurídico en su totalidad debe realizarse a la luz de los derechos fundamentales.

La propia constitución Colombiana trae otro principio de interpretación jurídica de los derechos, incluidos los fundamentales, cuando en el “*Artículo 93*, dice: (...) Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Como a su vez existen intérpretes autorizados de esos tratados; por ejemplo, en el sistema interamericano, la Corte Interamericana de derechos humanos, la interpretación que este órgano haga, debe ser tenida en cuenta por las autoridades Colombianas, incluidas las judiciales, al momento de dirimir conflictos sobre derechos; es el denominado “control de convencionalidad”, que nace en el año 2006, cuando la Corte IDH falló el caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*. En dicha oportunidad, la Corte IDH señaló que los jueces, al resolver los asuntos bajo su consideración, deben ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas de los estados y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y los jueces deben tener en cuenta no solo la convención sino también la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana. Después la Corte IDH dijo que no solo los jueces, sino todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles están en la obligación de realizar de oficio el control de convencionalidad en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, (2010). Posteriormente la Corte IDH extendió la obligación, al indicar que el deber de aplicar la convención americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana está no solo en cabeza de los jueces y demás autoridades del Poder Judicial, sino en cualquier autoridad pública del Estado, en el caso *Gelman vs Uruguay*, (2011). El control de convencionalidad debe hacerse, con dos parámetros: de un lado, el texto de la Convención Americana y, por el otro, la jurisprudencia de la Corte IDH.

17.1.2.-POSICION JURIDICA DE LA AUTORIDAD Y DEL INDIVIDUO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El estado de derecho tiene un concepto material, con un contenido específico, con ciertas y determinadas instituciones jurídicas, como son: Las elecciones periódicas y libres, la legislación democrática, la sujeción de los actos de la rama ejecutiva a la constitución y a la ley; la garantía y protección de los derechos humanos, comenzando por los derechos de libertad e igualdad de

las personas; el pluralismo ideológico, religioso, ético e institucional, la independencia judicial, etc.

Como características del Estado de derecho, en sentido material o técnico podemos señalar: *a)* La propiedad privada de instrumentos y medios de producción; *b)* La separación del poder político; *c)* La libertad e igualdad (derechos) burgueses; *d)* Legalidad (voluntad general, generalidad de la Ley, igualdad ante la Ley); *e)* Acción de la administración bajo la ley; *f)* Independencia del Juez.

En el Estado Social de Derecho, como lo es el Colombiano, por mandato del Art. 1 de nuestra constitución, la posición jurídica de toda autoridad o funcionario es absolutamente clara: solo pueden realizar los actos jurídicos para los que se les haya atribuido competencia expresa, en la constitución y en la ley.

En el estado de derecho lo que pueden hacer las autoridades se denominan competencias, no importa el nivel de la autoridad (nacional, departamental o municipal); o rama del poder público, llámese legislativo; ejecutivo o judicial; órgano de control autónomo; etc. No importa tampoco si la autoridad fue elegida popularmente o no, pues todas sólo pueden realizar aquellos actos jurídicos para los que tengan una competencia expresa. Razón tiene Kelsen cuando señala que en las constituciones no es necesario establecer prohibiciones a las autoridades, ya que bastaría con que no se diera la competencia a la autoridad para que esta no pudiera realizar el acto jurídico. La autoridad actúa siempre con fundamento en competencias expresas, que son además *competencias limitadas*

En cambio la posición jurídica de los individuos, de los ciudadanos es diametralmente opuesta; es el estado social de derecho los individuos, son seres libres que gozan en principio de una libertad *ilimitada*. Como consecuencia de ello el individuo puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido por la ley, en cambio la autoridad sólo puede hacer aquello para lo que tenga competencia expresa.

Precisamente porque se parte del supuesto de que el hombre es un ser libre, es que tiene toda las demás libertades públicas, que no son más que especificaciones de su libertad general; en razón de que soy un ser libre, también tengo la libertad de pensamiento; por ser libre es que tengo la libertad de palabra; como soy un ser libre, tengo la libertad de reunión, de locomoción; etcétera; las libertades públicas no son más que una consecuencia de considerar al hombre como un ser libre y no son más que especificaciones de esa libertad general. Por eso en el Estado de derecho el primer tipo de norma es la norma de libertad.

El primer pensador, que estableció esta conexión, entre el aspecto filosófico y el político social fue Guillermo Federico Hegel cuando afirmó que “el libre albedrío es la libertad en general, y todas las otras libertades sólo son formas de éste”; en esas libertades incluye, entre otras, la libertad de palabra, la libertad política y, la libertad religiosa, considerando que son modificaciones, manifestaciones especiales del concepto universal del libre albedrío.

La libertad del individuo, en el Estado Social de Derecho, es en principio *ilimitada* la única manera de limitar la en el estado social de derecho es mediante la ley. Sólo el legislador puede limitar la libertad de los individuos. No se trata además, de cualquier ley, pues se necesita que sea una ley cómo se entiende en el estado de derecho, esto es, que tenga las características de Norma general, abstracta e impersonal y que sea expresión de la voluntad general Como dijera Rousseau; que se haga con el consentimiento del gobernado, bien expresado directamente o por medio de sus representantes libremente elegidos. Por esta misma razón es que cuando a un particular se le dice que no puede hacer algo, al particular le basta con preguntar cuál es la ley que le prohíbe el acto o la conducta, de tal manera que si no existe la prohibición expresa en la ley, el particular puede realizar el acto o el contrato. Para un particular todo lo que no le esté expresamente prohibido, le esta implícitamente permitido.

Lo que no sucede con el funcionario público que no le basta decir que el acto o conducta no le está prohibida, pues mientras no exista la norma de rango constitucional o legal que lo autorice la conducta le está implícitamente prohibida. Mientras al particular le basta con decir, lo que no me está prohibido, me está permitido, el funcionario público no puede defenderse de la misma manera pues basta con que no tenga competencia expresa para que la conducta le esté prohibida. La falta de competencia es para la autoridad pública una prohibición de realización del acto o del contrato jurídico. Competencias expresas y limitadas de la autoridad frente a libertad ilimitada del individuo. Como consecuencia de ello, el individuo puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido por la ley; en cambio, el gobernante, la autoridad, solo aquello que le este expresamente atribuido en la constitución o la ley, actuando siempre con competencias, que en principio son limitadas.

La razón por la cual el estado de derecho tiene este esquema, es que es el único instrumento o diseño institucional que garantiza los derechos de los ciudadanos, el único que les da certeza en sus derechos, pues saben que sus derechos no pueden ser interferidos sino en los casos en que las autoridades tengan competencia y a contrario sensu, que nunca podrán ser interferidos si no tienen esas competencias para interferirlos.

Si las autoridades pudieran actuar por fuera de sus competencias, los ciudadanos no solo serian sorprendidos y privados de sus derechos por ellas, sino que también estarían a merced de las autoridades. Si una autoridad pudiera arrogarse competencias que no tiene, podría acabar con todas las libertades y derechos de todos los ciudadanos. Si las autoridades pudieran abusar de sus competencias o establecer competencias por analogías podrían ir invadiendo los derechos de los ciudadanos y estos estarían sometidos a los caprichos de las autoridades: Habríamos pasado del reino de la libertad al reino de la arbitrariedad y este último es lo típico de las dictaduras totalitarias, que son por definición la antinomia del estado social y democrático de derecho.

Todos los ordenamientos jurídicos que se denominan Estado Social de Derecho incluyen o presuponen necesariamente un principio o norma de clausura; que es el principio de libertad o norma general exclusiva y que reza así: Todo aquello que no está expresamente prohibido está

tácitamente permitido. Esta norma tiene el efecto de cerrar todo el ordenamiento jurídico: pues toda posible conducta resulta juicadamente calificada ya que, bien recae en el dominio de una norma particular expresa que lo prohíbe, o en ausencia de tal norma, cae bajo el dominio de la norma general (eventualmente implícita) que la permite. Por ejemplo, el artículo 5 de la declaración francesa del 26 agosto de 1789 (vigente en Francia) establece: Todo aquello que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer aquello que no está ordenado por ley.

Esto es lo mismo que Hans Kelsen en la teoría pura del derecho denomina EL MINIMO DE LIBERTAD:

“El mínimo de libertad. Como sistema social que estatuye sanciones, el derecho regula el comportamiento humano no sólo en un sentido positivo, en cuanto obliga a cierto comportamiento al ligar un acto coactivo a la conducta contraria, prohibiendo esta segunda conducta, sino también de una manera negativa, en cuanto no liga ningún acto coactivo a una determinada conducta y, por ende, ni prohíbe esa conducta, ni prohíbe la conducta opuesta. La conducta que no está jurídicamente prohibida, se encuentra, en ese sentido negativo, permitida. Puesto que una determinada conducta humana o bien está prohibida, o bien no está prohibida, y dado que, cuando no es prohibida, debe vérsela como permitida por el orden jurídico, puede considerarse que toda conducta de los hombres sujetos a un orden jurídico estaría regulada. En un sentido positivo o negativo, por ese orden jurídico. En la medida en que la conducta de un hombre está permitida, en el sentido negativo, por el orden jurídico, en cuanto la misma no está prohibida por el orden jurídico, es el hombre jurídicamente libre.”

17.1.3.-EL PRINCIPIO DE LIBERTAD ESTA ESTABLECIDO EXPRESAMENTE EN NUESTRA CONSTITUCION

También se encuentra consagrado de manera expresa en nuestra constitución en varias de sus normas con palabras distintas a la declaración de derechos de la Revolución Francesa pero en aplicación del mismo postulado iusfilosofico; en aplicación del mismo principio de libertad, que tienen que ver tanto con las competencias de los funcionarios públicos, como con el tema de la responsabilidad de los mismos que es distinta a la de los particulares. Veamos las normas correspondientes, que son los artículos 121 y 6 de la constitución.

ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

ARTICULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Estas dos normas constitucionales, son la consagración expresa del principio de libertad que rige en Colombia y es vital tenerlas en cuenta para efectos de esta demanda contra el decreto 071 del 2020 pues van a ser fundamentales para su declaratoria de inexecutable.

18.- INCONSTITUCIONALIDAD DE TODO EL DECRETO 071 DE 2020 POR VIOLACION DEL ART 152 DE LA CONSTITUCION, Y OTRAS NORMAS; PUES LA CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA DIAN SOLO PODIA SER EXPEDIDA MEDIANTE LEY ESTATUTARIA, POR SER TODAS LAS CARRERAS ADMINISTRATIVAS UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, CIMIENTO PRINCIPAL DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO E INSTRUMENTO O MEDIO EFICAZ PARA LA REALIZACION O PROTECCION DE OTROS PRINCIPIOS, VALORES O DERECHOS FUNDAMENTALES.

La honorable corte constitucional, en diversas oportunidades ha reiterado que la carrera administrativa es un principio constitucional, cimiento de la estructura del estado; instrumento o medio eficaz para la realización o protección de otros principios o derechos constitucionales fundamentales; esté postulado constituye ya una jurisprudencia consolidada de la honorable corte constitucional y es tan importante que ha sido el fundamento para declarar inexecutable no sólo a leyes que violan estos principios o valores constitucionales; sino también para declarar inconstitucionales varias reformas constitucionales; cómo son entre otras, la que declaró inexecutable el acto legislativo 4 de 2011, mediante la sentencia C- 249-12; y la que declaró inexecutable el acto legislativo 1 de 2008 mediante la sentencia C-588-09.

No sobra recordar que en ambos casos, estos actos legislativos consagraban normas transitorias, no permanentes, que se adicionaban al artículo 125 de la constitución y; a pesar de que eran normas transitorias, la corte constitucional consideró que sustituían a la constitución, que eran una violación del principio constitucional de la carrera administrativa, que la carrera es además un cimiento principal de la estructura del estado e instrumento o medio eficaz para la realización o protección de otros principios, derechos y valores constitucionales fundamentales.

Veamos parte de la jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional, sobre estos principios valores y derechos fundamentales:

18.1.-La sentencia C-588-09 dijo:

“6.1.1.1.4. La carrera administrativa como principio constitucional

Así pues, trátase del régimen general o de los regímenes especiales o específicos, la carrera administrativa busca asegurar finalidades superiores, dentro de las que se cuentan el

reclutamiento de “un personal óptimo y capacitado para desarrollar la función pública⁷⁵, la realización de los principios de eficiencia y eficacia, así como del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública, la dotación de una planta de personal que preste sus servicios de acuerdo con los requerimientos del interés general y la estabilidad laboral de los servidores, siempre que obtengan resultados positivos en la ejecución de esos fines⁷⁶.

Es tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional,⁷⁷ bajo el entendimiento de que los principios “suponen una delimitación política y axiológica”, por cuya virtud se restringe “el espacio de interpretación”, son “de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional” y tienen un alcance normativo que no consiste “en la enunciación de ideales”, puesto que “su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser”⁷⁸.

Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que “en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional” y, más adelante, precisó que

“...siguiendo los presupuestos que definió la jurisprudencia como esenciales para la configuración de un principio de rango constitucional, al analizar el contenido y alcance de lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta, el intérprete puede, sin lugar a equívoco, reivindicar la carrera administrativa como un principio del ordenamiento superior, que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, a tiempo que se erige en instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría, como los de igualdad e imparcialidad, y de derechos fundamentales tales como el consagrado en el numeral 7º del artículo 40 de la Constitución, que le garantiza a todos los ciudadanos, salvo las excepciones que establece la misma norma superior, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos”⁷⁹.

⁷⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-954 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁷⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

⁷⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz.

⁷⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

⁷⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz. Estos criterios han sido reiterados en las Sentencias C-1230 de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil y C-532 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

Así las cosas, como lo estimó la Corporación, en otra oportunidad, “el Constituyente, al redactar el artículo 125 de la Carta, y consagrar en su texto como regla general de la administración pública, la aplicación del sistema de carrera administrativa a los servidores del Estado, lo que hizo fue hacer compatibles los componentes básicos de la estructura misma del aparato que lo soporta, con los principios y fundamentos del Estado Social de Derecho”⁸⁰.

6.1.1.2. El artículo 125 de la Constitución, los regímenes especiales de carrera y sus relaciones con otros contenidos constitucionales

La enunciación de las finalidades de la carrera administrativa y su carácter de principio constitucional ponen de presente que, tanto el artículo 125 de la Constitución, como aquellas otras disposiciones superiores que establecen regímenes especiales de carrera tienen evidentes relaciones con otras disposiciones superiores y que, por lo tanto, es imposible pretender que el alcance constitucional de la carrera administrativa se capte en su integridad a partir de una interpretación aislada de los artículos de la Carta que en forma directa se refieren a la carrera, porque ello, inicialmente, se muestra contrario al principio de unidad que impone leer la Constitución como un todo y armonizar sus distintos contenidos.

De esas relaciones ha sido plenamente consciente la Corte, pues ha considerado que la carrera administrativa constituye “un presupuesto esencial” para la realización de propósitos constitucionales que ha clasificado en tres categorías, a saber: (i) la garantía del cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa, (ii) la preservación y vigencia de algunos derechos fundamentales de las personas y (iii) “la vigencia del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública”⁸¹.

Más adelante en la misma sentencia la Corte dice:

“De acuerdo con la Corte, existe, entonces, una estrecha relación entre el cumplimiento de los fines del Estado y la prioridad que el constituyente otorga a la carrera administrativa, “que se explica en la naturaleza del sistema y en los principios que lo fundan”⁸², dado que “la operatividad material de los sistemas de carrera administrativa impide la reproducción de prácticas clientelistas y otras formas de favorecimiento a través de la concesión irregular de empleos estatales, comportamientos estos que alejan a la función pública de la satisfacción del interés general y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado”⁸³.

⁸⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-126 de 1996. M. P. Fabio Morón Díaz.

⁸¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1177 de 2001. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

⁸² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-954 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁸³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

En este orden de ideas, la Corte ha puntualizado que existe “una relación intrínseca” entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, al punto que, según la Corporación, el fundamento constitucional de la carrera administrativa se encuentra en los artículos 125 y 209 superiores”, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, “la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”⁸⁴.

En otro aparte la sentencia C-588-09 dijo sobre la validez de estos principios para todas las carreras

“Se trata, entonces, de erradicar “el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo”⁸⁵, propósito que guía no sólo al régimen general de carrera administrativa, sino también a los especiales que son de índole constitucional y a los específicos que son “de estipulación legal”⁸⁶. En efecto, según la jurisprudencia constitucional, todos los empleos de carrera administrativa se encuentran sometidos al principio del mérito y en este sentido, aún los específicos de creación legal carecen de identidad propia, es decir, no son autónomos e independientes, puesto que, en realidad, constituyen “una derivación del régimen general de carrera, en cuanto que, debiendo seguir sus principios y postulados básicos, sólo se apartan de éste en aquellos aspectos que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades, justificándose, en estos casos, la expedición de una regulación complementaria más flexible”, pero “manteniendo en todo caso los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general que regula la materia”⁸⁷.

Más adelante en la misma sentencia C-588-09 la Corte dice:

“En cuanto hace a las relaciones de la carrera administrativa con la preservación y vigencia de algunos derechos de las personas, es importante señalar que, reiteradamente, la Corporación ha puesto de manifiesto que mediante la carrera se permite “el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos que consagra el artículo 40, numeral 7º, de la Constitución”⁸⁸, ya que el ciudadano puede tener acceso a ese desempeño “acogiéndose a las reglas del concurso público y con sujeción a los méritos y calidades propios”, como se deriva de la Declaración Universal de Derechos Humanos que prevé el acceso de las personas “a todas las dignidades, todos los puestos o empleos, según su capacidad y sin otra distinción que aquella de sus virtudes y talentos”⁸⁹.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha precisado que la carrera administrativa contribuye a asegurar la protección de los derechos de los trabajadores establecidos en la Constitución, pues

⁸⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

⁸⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

⁸⁶ Sobre los distintos tipos de carrera véase la Sentencia C-308 de 2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1230 de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1263 de 2005. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁸⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

“las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado”⁹⁰, en la medida en que ejercitan su derecho al trabajo “con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo”⁹¹ y con la posibilidad de obtener capacitación profesional, así como “los demás beneficios derivados de la condición de escalafonados”, tal como se desprende de los artículos 2º, 40, 13, 25, 53 y 54 de la Carta⁹².

Por último, tratándose de la relación de la carrera administrativa con el derecho a la igualdad, la Corporación ha indicado que “el acceso a la carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes es una manifestación concreta del derecho a la igualdad” que se opone al establecimiento de “requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes”, pues, en tal evento, se erigirían “barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales”⁹³.

El vínculo entre el derecho establecido en el artículo 13 de la Carta y la carrera administrativa se manifiesta como igualdad de trato y de oportunidades, ya que, en primer término, el ingreso a los empleos de carrera se debe ofrecer sin discriminación de ninguna índole⁹⁴ y, en segundo lugar, todas las personas han de tener la ocasión de “de compartir la misma posibilidad de conseguir un empleo, así luego, por motivos justos, no se obtengan las mismas posiciones o no se logre la aspiración deseada”⁹⁵.

En virtud de lo expuesto, “la posibilidad de acceso a los empleos estatales, bajo el régimen de carrera, permite que las expectativas que tienen (las personas) se concreten en el reconocimiento de iguales oportunidades, sin que les sea dado a las autoridades otorgar tratos preferentes” o carentes de “justificación objetiva”⁹⁶ e implica, por lo tanto, “que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca”⁹⁷. (Todas las subrayas son nuestras)

Veamos ahora los apartes pertinentes de la sentencia C-249 de 2012, que declaro inconstitucional el acto legislativo 4 de 2011, en este caso, la honorable corte constitucional, reitera que la

⁹⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-517 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1177 de 2001. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

⁹² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

⁹⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-954 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁹⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1381 de 2000. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

carrera administrativa es un principio constitucional, cimiento de la estructura del estado instrumento o medio eficaz para la realización o protección de otros principios o derechos constitucionales fundamentales;

18.2.-La sentencia C-249 de 2012 dijo:

“6.1. Los principios de carrera administrativa, de concurso público, de mérito y de igualdad como principios consustanciales a la Constitución y el test de sustitución aplicado al caso concreto

...6.1.2. En dicha ocasión dijo la Corte que, *“dentro de la estructura institucional del Estado colombiano, la carrera administrativa es un principio constitucional, y como tal una norma jurídica superior cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución, cuando se la desconoce en conjunto con otras garantías constitucionales”*.

6.1.3. En otras palabras dispuso la Corte en aquella ocasión que, la carrera administrativa, con sus componentes de concurso público, de mérito y de igualdad de oportunidades para acceder, permanecer y ascender a los cargos públicos, *“no constituye un referente aislado, pues sus relaciones con distintos preceptos y postulados constitucionales se despliegan en tres órdenes, relativos al cumplimiento de los fines del Estado, a la vigencia de algunos derechos fundamentales y al respeto del principio de igualdad, de manera que la carrera administrativa constituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución y su ausencia trastoca relevantes contenidos de la Carta adoptada en 1991”*⁹⁸.

6.1.4. De otra parte se estableció que en el caso concreto *“La mención de una inscripción ‘extraordinaria’, prevista en el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2008, llama la atención sobre la existencia de un régimen ordinario que deja de aplicarse y que es el régimen de carrera establecido en el artículo 125 de la Constitución que tiene carácter de principio constitucional y de regla general que sólo admite las salvedades contempladas en su propio texto e impone*

⁹⁸ En la Sentencia C- 514 de 1994 se estableció por ejemplo que, *“El sistema de carrera administrativa tiene como finalidad la realización de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, así como procurar la estabilidad en los cargos públicos, con base en estos principios y en la honestidad en el desempeño de los mismos se busca que la administración esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado. El elemento objetivo de la eficiencia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es su principio de razón suficiente. No se trata de una permanencia en el cargo por razones ajenas a la efectividad de los buenos resultados, ni el ingreso al empleo sin una vinculación fundada en motivos diferentes a la capacidad. Igualmente, el retiro se hará por hechos determinados legalmente inspirados en la realidad de la eficiencia laboral. En definitiva, lo que se protege es el interés general”*.

interpretarlas restrictivamente, introduciéndose así una excepción al régimen general de carrera administrativa, distinta de la que claramente surge del contenido del artículo 125 superior, excepción que afecta algunos otros elementos del régimen de carrera, al igual que suspende efectos de algunas disposiciones superiores, sin que dicha suspensión se encuentre prevista en una regulación legal-constitucional, lo cual es susceptible de configurar una nueva forma de sustitución de la carta, además de propiciar modificaciones tácitas con menoscabo del status constitucionalmente reconocido y asegurado a todos los asociados, sin distinción”.

6.1.6. Teniendo en cuenta lo anterior pasa la Corte a realizar el juicio de sustitución en el caso concreto para determinar si el Acto Legislativo No 4 de 2011 sustituyó, derogó o eliminó temporal y parcialmente la Constitución de 1991 en sus principios estructurales de carrera administrativa, mérito, carrera e igualdad.

6.1.7. Como se ha venido analizando los demandantes establecen como **Premisa Mayor** en la determinación del principio constitucional sustituido que la carrera administrativa y sus componentes de concurso público, de mérito e igualdad de oportunidades constituye un principio constitucional esencial que no puede ser sustituido parcial y temporalmente por el poder de revisión. Explican que la Constitución de 1991 establece como principio general en materia de ingreso a los cargos de carrera y el ascenso de los mismos la carrera administrativa y el concurso, para de esta manera determinar los méritos y calidades de los aspirantes⁹⁹.

6.1.8. Como quedó dicho en la Sentencia C- 588 de 2009 se especificó que así se trate del régimen general o de los regímenes especiales o específicos, la carrera administrativa busca asegurar finalidades superiores, “...dentro de las que se cuentan el reclutamiento de ‘un personal óptimo y capacitado para desarrollar la función pública¹⁰⁰, la realización de los principios de eficiencia y eficacia, así como el principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiren a acceder al ejercicio de un cargo o función pública, la dotación de una planta de personal que preste sus servicios de acuerdo con los requerimientos del interés general y la estabilidad laboral de los servidores, siempre que obtengan resultados positivos en la ejecución de esos fines”¹⁰¹.

6.1.9. Del mismo modo se dijo en dicha sentencia que la Constitución de 1991 ha reconocido el principio constitucional de carrera administrativa y que dicho principio se encuentra contenido

⁹⁹ Sin embargo, la misma Constitución establece que no equivale a negar la existencia de otras formas de vinculación como ocurre en los empleos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y de aquellos que determine la ley.

¹⁰⁰ Sentencia C-954 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁰¹ Sentencia C- 901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo. Expuesto en el numeral 6.1.1.1.4. de dicha providencia.

en artículos constitucionales como el 125¹⁰², el 209¹⁰³, el 130¹⁰⁴ y el numeral 10° del artículo 268¹⁰⁵. En el mismo sentido se dijo que dicho principio se constituye en un elemento transversal que estructura y caracteriza a la Constitución de 1991 como un elemento axial y definitorio. Por otra parte hay que tener en cuenta que en la jurisprudencia constitucional se ha puntualizado que existe “una relación intrínseca” entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, “la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales, ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”¹⁰⁶.

6.1.10. Por otra parte, como se dijo en la misma Sentencia, existe una relación intrínseca entre la carrera administrativa y la preservación y vigencia de algunos derechos de las personas como el consagrado en el numeral 7° del artículo 40 de la C.P. que permite el desempeño de funciones y cargos públicos acogiéndose el ciudadano a las reglas del concurso público con sujeción a los méritos y calidades propios¹⁰⁷.

¹⁰² “Art. 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.

¹⁰³ “Art. 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

¹⁰⁴ “Art. 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servicios públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”.

¹⁰⁵ “Art. 268.10. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: 10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Ésta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho”.

¹⁰⁶ Sentencia C-901 de 2008 (M.P. Mauricio González Cuervo). En la Sentencia C- 588 de 2009 se estableció que, “A título de ejemplo, conviene recordar que, en tempranas providencias, la Corte dejó sentado que la eficiencia y eficacia del servicio público ‘dependería de la idoneidad de quienes deben prestarlo’ (C-356 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz), que los conceptos de eficiencia ‘comprometen la existencia misma del Estado’, que ‘el elemento objetivo de la eficiencia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es su principio de razón suficiente’ (C- 195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y también que el sistema de nombramiento por concurso se inspira ‘en los principios de eficacia e imparcialidad’, porque la actividad de la administración ha de traducirse ‘en resultados concretos’ y la índole instrumental que tiene la administración ‘respecto de los cometidos gubernamentales y estatales’ la debe llevar a ‘obrar con imparcialidad y absoluta neutralidad de políticas”.

¹⁰⁷ Dicho numeral consagra que “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará lo casos en los cuales ha de aplicarse”. En este sentido la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé el acceso a las personas “a todas las dignidades, todos los puestos o

6.1.11. Igualmente se ha tenido en cuenta dicho principio estructural para indicar que la carrera administrativa contribuye a asegurar la protección de los derechos de los trabajadores pues, “las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos ‘derechos subjetivos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado’¹⁰⁸, en la medida en que ejercitan su derecho al trabajo, con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo’¹⁰⁹ y con la posibilidad de obtener capacitación profesional, así como ‘los demás beneficios derivados de la condición de escalafonados’¹¹⁰.

6.1.12. De otra parte el principio de carrera administrativa tiene una relación directa con el principio de igualdad ya que cuando se trata del ingreso, permanencia o ascenso en los cargos públicos se deben establecer fórmulas de evaluación que propicien el establecimiento de requisitos que apliquen para todos los aspirantes en paridad de condiciones. Como se estableció en la Sentencia C-1256 de 2005¹¹¹, *“de nada serviría permitir que todas las personas que cumplen con los requisitos del cargo participen en el concurso para su provisión, si a todos no se les evalúa igual”*.

6.1.13. Del mismo modo y con relación a la vinculación entre estos dos principios se dijo en la Sentencia C- 588 de 2009 que el acceso a la carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes es una manifestación concreta del derecho a la igualdad, *“...que se opone al establecimiento de ‘requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y la capacidad de los aspirantes’, pues en tal evento, se erigirían ‘barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales’”*.

6.1.15. En **conclusión**, se puede decir que la premisa mayor del test o metodología de la inconstitucionalidad por sustitución se cumple en el caso concreto, ya que como establecen los demandantes la carrera administrativa y sus componentes de mérito e igualdad son principios estructurales de la Constitución de 1991 que no pueden ser sustituidos, derogados o suprimidos por el poder de revisión. Como quedó visto el principio de carrera administrativa se relaciona con el mérito, el concurso público y la igualdad de condiciones para el acceso, permanencia y ascenso a los cargos públicos. Este principio estructural o axial que identifica la Constitución de 1991 tiene como finalidad garantizar la selección del personal fundado en la evaluación que determine la capacidad e idoneidad del aspirante y de esta manera evitar que se provean los cargos públicos por elementos subjetivos e irrazonables. Por ende, la carrera administrativa, el mérito, el concurso público y la igualdad conforman un eje definitorio de la identidad de la

empleos, según la capacidad y sin otra distinción que aquella de sus virtudes y talentos” (Citado en la Sentencia C-517 de 2002, M.P. Mauricio González Cuervo).

¹⁰⁸ Sentencia C-517 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

¹⁰⁹ Sentencia C-1177 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

¹¹⁰ C- 349 de 2004 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹¹¹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Constitución y su ausencia o eliminación trastocaría y afectaría contenidos relevantes de la Carta de 1991.” (Subrayas nuestras)

18.3.-GRAN CONCLUSION PARCIAL

Queda demostrado entonces que la carrera administrativa (Art. 125 de la constitución política Colombiana) es un principio constitucional, cimiento de la estructura del estado e instrumento o medio eficaz para la realización o protección de otros principios, valores o derechos constitucionales fundamentales; como los de igualdad (art. 13); al trabajo (art. 25); al debido proceso (Art. 29); a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y para hacer efectivo ese derecho puede: Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (art 40). Así mismo es instrumento o medio eficaz para la realización o protección de otros principios o valores constitucionales definitorios de nuestra organización jurídico política como el Estado Social de derecho (art.1, incluida la Dignidad Humana); los fines esenciales del Estado (Art. 2); o de las funciones del mismo comenzando por la función administrativa y los principios que la rigen (Art. 209). Y lo que es más importante, que entre todas estas normas existe una relación de influencia reciproca, de incidencias mutuas, que se retroalimentan y auto complementan, en un vinculo donde una sostiene a la otra, en una ligazón de protección mutua; en una ilación de medios a fines; en una cadena que garantiza que Colombia es un estado social de derecho y no una dictadura; pues como dice la propia Corte: “... por lo tanto, es imposible pretender que el alcance constitucional de la carrera administrativa se capte en su integridad a partir de una interpretación aislada de los artículos de la Carta que en forma directa se refieren a la carrera, porque ello, inicialmente, se muestra contrario al principio de unidad que impone leer la Constitución como un todo y armonizar sus distintos contenidos.”.

- 1) ESA UNIDAD DE PRINCIPIOS, VALORES Y DERECHOS; DE MEDIO O INSTRUMENTO DE PROTECCION MUTUA ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y CARRERA ADMINISTRATIVA TAMBIEN HA SIDO RECONOCIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL AL HACER EL CONTROL SOBRE LA INEXEQUIBILIDAD DE LAS LEYES.

En muchas ocasiones, la corte constitucional ha establecido esta unidad de principios valores y derechos de medio o instrumento de protección mutua, de vínculo entre la carrera administrativa como medio de protección de los derechos fundamentales. Veamos algunas sentencias en sus partes pertinentes.

18.4.- LA SENTENCIA C-105-13

“Distintos argumentos apoyan esta conclusión. En primer lugar, el Artículo 125 de la Carta Política establece que los funcionarios del Estado deben ser nombrados por concurso público, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y que el ingreso y el ascenso en la misma debe efectuarse mediante dicho procedimiento. Como puede advertirse, la obligatoriedad de este sistema en los cargos de carrera no excluye su utilización en aquellos que no tienen este carácter. Por el contrario, como según el texto constitucional el concurso es la regla general, las excepciones que se establezcan en el derecho positivo deben estar respaldadas y justificadas en los principios y fines del propio ordenamiento constitucional.

En segundo lugar, la Carta Política no solo avala este tipo de procedimiento para la elección de funcionarios de libre nombramiento y remoción y de los que se encuentran sometidos a un período fijo (como los personeros), sino que además, sus finalidades justifican su aplicación en las hipótesis que cuestiona el demandante. Por un lado, este mecanismo de vinculación facilita y promueve la consecución de los fines estatales, en la medida en que su objeto es justamente la identificación de las personas que reúnen las condiciones para ejercer óptimamente el respectivo cargo, y que por tanto, pueden contribuir eficazmente a lograr los objetivos y metas de las entidades públicas. Por otro lado, por tratarse de procedimientos abiertos, reglados y formalizados, en los que las decisiones están determinadas por criterios y pautas objetivas, garantizan los derechos fundamentales de acceso a la función pública, el debido proceso en sede administrativa, y al trabajo. Finalmente, por excluir las determinaciones meramente discrecionales y ampararse en criterios imparciales relacionados exclusivamente con la idoneidad para ejercer los cargos en las entidades estatales, aseguran la transparencia en la actuación del Estado y el principio de igualdad¹¹².

18.5.- LA SENTENCIA C-285-15

“4.- El régimen de carrera administrativa en la Constitución de 1991

4.3.- Siguiendo esa tradición constitucional, la Carta Política de 1991 reafirmó la importancia de la carrera administrativa como regla general en los empleos de los órganos y entidades del Estado, así como del mérito como forma de proveerlos bajo la observancia del principio de igualdad de oportunidades.

¹¹² Sobre las finalidades del concurso público de méritos *cfr* la Sentencia C-181 de 2010, M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

En la misma dirección, el artículo 130 superior reafirma la existencia de la carrera administrativa y asigna su administración y vigilancia a la Comisión Nacional del Servicio Civil, con excepción de las que tengan carácter especial¹¹³, asunto del que se ocupará la Sala más adelante.

Con todo, el sistema de carrera no está circunscrito a las normas referidas. Hace parte de todo el entramado constitucional e irradia la concepción de Estado Social y Democrático de Derecho, al punto que la jurisprudencia no ha dudado en calificarlo como un principio fundamental, pilar esencial y eje definitorio de la estructura básica de la Carta Política de 1991. A esa conclusión ha llegado este Tribunal con fundamento en tres (3) criterios¹¹⁴:

(i) Criterio histórico. Según este, *“durante la historia del constitucionalismo colombiano se han planteado distintas reformas constitucionales y legales dirigidas a otorgar preeminencia al sistema de carrera administrativa como la vía por excelencia para el ingreso al servicio público, con el fin de eliminar las prácticas clientelistas, de ‘amiguismo’ o nepotismo, acendradas en la función pública y contrarias al acceso a los cargos del Estado de modo equitativo, transparente y basado en la valoración del mérito de los aspirantes”*¹¹⁵.

(ii) Criterio conceptual. Desde esta perspectiva, la carrera administrativa es un principio de naturaleza constitucional que cumple el doble propósito de *“servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público”*, así como *“conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes”*¹¹⁶.

(iii) Criterio teleológico. Sobre el particular la Corte ha señalado que el régimen de carrera apunta a la realización de varios fines constitucionalmente valiosos: *“cumplir con los fines de transparencia, eficiencia y eficacia de la función administrativa y, de manera más amplia, del servicio público”*, a través del concurso público de méritos que permite la escogencia de los aspirantes más idóneos; protege el derecho político de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (arts. 13 y 40-7 CP), con la exigencia de un concurso público abierto y democrático en el que solo se deben evaluar las aptitudes y capacidades de los aspirantes; y por último, hace

¹¹³ Artículo 130.- Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”.

¹¹⁴ Cfr., Sentencia C-588 de 2009. La Corte declaró inexecutable el Acto Legislativo 1º de 2008, que había adicionado el artículo 125 de la Constitución con una regla que permitía, bajo ciertas condiciones, el ingreso automático a la carrera administrativa de servidores públicos vinculados en provisionalidad. Este tribunal concluyó que una norma de este carácter excedía el poder de reforma constitucional del Congreso, en la medida en que suspendía –al menos transitoriamente– la carrera administrativa como eje definitorio de la Constitución Política de 1991.

¹¹⁵ Corte Constitucional, Sentencias C-533 de 2010 y C-288 de 2014.

¹¹⁶ Ídem.

efectivos los derechos subjetivos de los empleados públicos, en especial en cuanto a su estabilidad laboral (art. 53 CP)¹¹⁷.

4.4.- En la Sentencia SU-917 de 2010 la Corte recordó que la Constitución introdujo profundos cambios en la concepción de los derechos fundamentales y en la estructura del Estado, “*los cuales han conducido a repensar los sistemas de carrera para la provisión de empleos públicos en Colombia*”, para tratar de superar no solo la compleja problemática en torno al llamado “*botín burocrático*” en un régimen presidencial tan fuerte como el colombiano, sino también con miras a cumplir los fines del Estado en el marco de una economía global. En aquella oportunidad sostuvo:

“A decir verdad, el desarrollo económico de un país depende, entre otras variables, de la calidad del talento humano de la burocracia, es decir, de la capacidad de contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades que les han sido confiadas.

De la misma forma, es necesario reconocer que la implementación de un sistema de burocracia basado en el mérito y la igualdad de oportunidades contribuye a la consolidación de la democracia en el marco de un Estado social de derecho, como lo demuestran experiencias comparadas relativamente recientes¹¹⁸”.

A pesar de lo anterior, en esa misma decisión este Tribunal advirtió que, “*la construcción de un régimen de carrera administrativa que conduzca a la integración de un aparato burocrático idóneo, técnico, eficiente y eficaz, comprometido con los fines esenciales del Estado, integrado con funcionarios que gocen de garantías de estabilidad laboral, nombrados mediante concursos de méritos abiertos y transparentes, ajeno a consideraciones de orden partidista, clientelar o nepotista y respetuoso del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública, no ha sido una tarea fácil en el escenario colombiano*”¹¹⁹.

De esta manera, la jurisprudencia ha valorado el sistema de carrera como un “principio constitucional” y a la vez “pilar esencial” con miras a lograr (i) el cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa, (ii) la vigencia del principio de igualdad entre los aspirantes al ejercicio de un empleo público, y (iii) la realización de otros derechos

¹¹⁷ En sentido similar puede consultarse la Sentencia SU-539 de 2012.

¹¹⁸ Cfr., Manuel Villoria Mendieta, “El papel de la burocracia en la transición y consolidación de la democracia española: primera aproximación”. En: Revista Española de Ciencia Política, Vol. 1, núm. 1, p.97-125; Miguel Beltrán, “La productividad de la Administración española: un análisis comparativo”. Madrid, Secretaría de Estado de Economía, 1991.

¹¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010.

fundamentales¹²⁰. Sin embargo, el sistema de carrera no se reduce a proveer cargos a través de concursos de méritos para asegurar el ingreso en condiciones de igualdad. Exige también el diseño de reglas de ascenso, permanencia y retiro que propicien un engranaje institucional adecuado, esto es, un balance entre el régimen jurídico de quienes ya hacen parte de la administración pública y el cumplimiento de los principios del Estado Social y Democrático de Derecho que pregonaba la Carta Política.” (Subrayas nuestras).

18.6.- VIOLACION DE VARIOS ARTICULOS DE LA CONSTITUCION COMENZANDO POR EL 152 Y 40 NUMERAL 7, DE LA CONSTITUCION.

En varias decisiones jurisprudenciales, la corte constitucional ha establecido que La regulación de la carrera administrativa es competencia del legislador, ha dicho expresamente que tiene la denominada reserva de ley.

La pregunta no es entonces si tiene reserva de ley; si no qué clase de reserva de ley es la que exige la constitución para la regulación de todas las carreras administrativas, no importa que se trate de las carreras de Rango constitucional, la general o de las especiales.

En todos los casos como hemos visto por el recuento jurisprudencial y como ha quedado establecido existe esa unidad de principios, valores y derechos, entre carrera administrativa, valores y derechos fundamentales, una relación inescindible de medio a fin, siendo la carrera el medio y los derechos el fin. La carrera administrativa es, como dice la Corte Constitucional, el instrumento de protección de los derechos fundamentales; existiendo un nexo, lazo o cadena entre la carrera administrativa que medio o instrumento de protección de los derechos fundamentales, que es el fin último del Estado Social de Derecho. Es necesario concluir, entonces, qué se trata de la reserva de ley que exigen los derechos fundamentales y a la que arriba hicimos referencia cuando señalamos las consecuencias jurídicas que tiene establecer algo como un principio o derecho fundamental de la constitución. En el sistema jurídico colombiano esa reserva de ley, no es la de cualquier ley, sino de una ley especial, que es la denominada reserva de ley estatutaria, contemplada en el artículo 152 de nuestra constitución política.

Se hace necesario resaltar qué una conducta puede violar varias normas al mismo tiempo y tratándose de Derechos Humanos puede violar varios derechos al mismo tiempo, simultáneamente. También es importante precisar que una misma norma puede ser violada de distintas maneras: Por ejemplo, el derecho fundamental al debido proceso puede ser violado varias veces de distintas maneras; de una forma si al demandado o imputado no se le permite pedir pruebas, de otra manera, se puede violar su derecho si no se le permite controvertir las pruebas de cargo, o de otro modo cuando se le lleva ante un juez que no es Imparcial e independiente, o cuándo se le condena con una prueba obtenida con violación del debido

¹²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2009.

proceso. Este ejemplo, aclara como un derecho fundamental o una norma jurídica puede ser violada varias veces y además de distintas maneras, simultáneamente.

Esto es lo que sucede con el decreto 071 de 2020, que regulo íntegramente la carrera administrativa de la Dian, o como textualmente dice: 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 y que viola varias normas de la constitución, varios derechos fundamentales y varias veces el artículo 152 de la constitución política colombiana.

Veamos la parte pertinente del Art 152 de la constitución Colombiana, en armonía con otras normas de la constitución, que forman una unidad inescindible, una totalidad protectora de derechos fundamentales, como quedo demostrado la carrera administrativa (Art. 125 de la constitución política Colombiana) es un principio constitucional, cimiento de la estructura del estado e instrumento o medio eficaz para la realización o protección de otros principios, valores o derechos constitucionales fundamentales; como los de igualdad (art. 13); al trabajo (art. 25); al debido proceso (Art. 29); a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y para hacer efectivo ese derecho puede: Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (art 40 y especialmente el numeral 7, también contemplado este derecho en varios tratados internacionales). Así mismo es instrumento o medio eficaz para la realización o protección de otros principios o valores constitucionales definitorios de nuestra organización jurídico política como el Estado Social de derecho (art.1, incluida la Dignidad Humana); los fines esenciales del Estado (Art. 2); o de las funciones del mismo comenzando por la función administrativa y los principios que la rigen (Art. 209).

ARTICULO 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

- a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
- d. Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;

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

- 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos... (Subraya y negrilla nuestra)

Es muy importante aclarar que el artículo 40 de nuestra constitución política tiene una amplitud mucho mayor que la que aparece a primera vista, ya que sus ámbitos de aplicación tanto material como personal es mayor que la de los 7 numerales contemplados, pues estos 7 numerales no son taxativos sino meramente ejemplificativos; pues en realidad hacen parte de dos conceptos fundamentales del Estado social de derecho. De un lado es el derecho que tienen

todos los ciudadanos a participar en todos los procesos que desarrolla el poder político y en este caso en particular el artículo señala algunos de esos procesos, como son: 1) la conformación del poder político; 2) el ejercicio del poder político y 3) el control del poder político. Estos tres expresamente señalados, no excluyen cualquier otro proceso relacionado con el poder político.

El otro concepto fundamental del Estado social de derecho es el de democracia, sobre la cual hay múltiples definiciones, pero para lo que aquí nos interesa, podemos quedarnos con la mejor definición; que a nuestro juicio es el concepto más perfecto de democracia, que fue el que elaboró Abraham Lincoln, para quien la democracia era el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos no es más que una de las aplicaciones o manifestaciones del derecho que tienen todos los ciudadanos o personas a participar del poder político; y a ejercerlo democráticamente como el gobierno del pueblo colombiano, por el pueblo colombiano y para el pueblo colombiano.

19.-BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO PARAMETRO PARA EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

Cuando nos referimos a que el bloque de constitucionalidad sirve de parámetro para hacer control de constitucionalidad lo que queremos decidir es que además de las normas de la constitución, existen otras normas que también la integran y pueden servir para declarar inconstitucional leyes o decretos-leyes.

Dentro de estas normas de inferior jerarquía a la constitución que pueden servir para declarar inconstitucional leyes o decretos-leyes, se encuentran los tratados internacionales de Derechos Humanos que no pueden ser suspendidos durante los estados de excepción (Bloque en sentido estricto). Forman adicionalmente parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, las leyes orgánicas y las leyes estatutarias.

De otro lado existen normas de Derechos Humanos que si bien cierto no forman parte de un tratado, sin embargo hoy en día hacen parte del bloque de constitucionalidad es el caso de la declaración universal de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la declaración americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA); como su nombre lo dice son declaraciones pero como el derecho internacional tiene una fuente de derecho muy importante, tal vez más importante que los tratados o convenios, como es la costumbre; la costumbre internacional le ha dado a estas Declaraciones o normas el mismo valor de los tratados, de modo que tanto la declaración universal de derechos humanos de la ONU como la declaración Americana de Derechos Humanos, hoy en día hacen parte del bloque de constitucionalidad por vía de la costumbre internacional.

En conclusión podemos decir que cuando se examina la constitucionalidad de una norma como por ejemplo los decretos de facultades extraordinarias, no sólo hay que mirar la constitución en Colombia sino también los tratados internacionales de Derechos Humanos tanto del sistema universal de la ONU, como del sistema regional Interamericano OEA y sus declaraciones de

Derechos, tanto de la Organización de Naciones Unidas como de la Organización de Estados Americanos.

En síntesis el control de constitucionalidad, sobre decretos con fuerza de ley, como el 071 del 2020, se hace con fundamento en las normas de la constitución, tratados de derechos humanos cuyas normas prohíben su suspensión durante los estados de excepción, algunos convenios de la Organización Internacional del Trabajo OIT, etc.

La propia Corte Constitucional ha dicho:

“En reiterada jurisprudencia, la Corte ha considerado que una norma de carácter legal puede vulnerar la Carta Política no sólo por violar directamente unos de sus artículos sino, también, cuando conculca una serie de normas cuyo texto no forma parte del articulado constitucional, pero al que éste otorga, expresamente, un cierto carácter de “supralegalidad”. Lo anterior ocurre, particularmente, en el caso de los tratados internacionales de derechos humanos a que se refiere el artículo 93 del Estatuto Superior¹, de las leyes orgánicas² (C.P., artículo 151), de las leyes estatutarias³ (C.P., artículo 152) y, como se verá adelante, de los tratados que integran el contenido normativo del artículo 101 de la Carta. Podría afirmarse que el texto de la Constitución, junto con el conjunto de normas antes mencionadas, conforman lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado el bloque de constitucionalidad en sentido lato, es decir aquellas disposiciones que pese a no tener, todas ellas, rango constitucional, sirven de parámetro de control de constitucionalidad⁴.”

Con estas precisiones podemos ya mencionar algunas de las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en Colombia y consagran el derecho fundamental a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, por medio de la carrera administrativa, que es una de las manifestaciones del derecho que tienen todos los ciudadanos o personas a participar del poder político; y a ejercerlo democráticamente como el gobierno del pueblo colombiano, por el pueblo colombiano y para el pueblo colombiano.

Declaración universal de derechos humanos de la ONU de 1948. En la parte pertinente

Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de la ONU de 1966, en la parte pertinente

Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre de 1948, en la parte pertinente (OEA).

Artículo 20 - Derecho de sufragio y de participación en el gobierno

Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.

Convención Americana sobre derechos Humanos de 1969, OEA; en su parte pertinente

Artículo 23. Derechos Políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

19.1.- NUEVA SINTESIS PARCIAL

Podemos concluir entonces que el análisis de constitucionalidad del decreto ley 71 de 2020, que regule íntegramente la Carrera administrativa de la UAE DIAN, tiene que ser examinado por la honorable corte constitucional no solamente a la luz de las normas constitucionales sino también a la luz del bloque de constitucionalidad lo que incluye los tratados de Derechos Humanos,

algunos convenios de la OIT y las declaraciones universales y regionales de Derechos Humanos, las leyes estatutarias y orgánicas.

Siendo el al desempeño de funciones y cargos públicos un derecho fundamental, contemplado en la constitución y en tratados internacionales y un mecanismo de participación ciudadana, su regulación solo puede hacerse mediante ley estatutaria. Siendo la carrera administrativa el medio necesario para acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, su regulación solo puede hacerse a través de una ley estatutaria.

Siendo la carrera administrativa el procedimiento que tienen los Colombianos para participar en el ejercicio del poder político y desempeñarlo democráticamente para hacer realidad el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo colombiano, la regulación solo puede realizarse mediante una ley estatutaria.

Es importante tener en cuenta que lo dicho aquí en relación con el artículo 40 de la constitución política colombiana, que consagra el derecho fundamental a participar en la conformación ejercicio y control del poder político y dentro de este postulado el derecho fundamental a Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, es Igualmente válido en relación con otros derechos fundamentales para los cuales la carrera administrativa es un medio o instrumento de protección, o un procedimiento para hacerlos efectivos, cómo son los derechos fundamentales contemplados en el artículo 13 de la constitución, especialmente el derecho fundamental a la igualdad, o el derecho fundamental al trabajo consagrado en el artículo 25 de la constitución; o el derecho fundamental que tienen los trabajadores a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del estado. Muchos de estos derechos fundamentales se encuentran también garantizados en otras normas del bloque de constitucionalidad, cómo son tratados convenios o protocolos internacionales y por lo mismo sirven para hacer control de constitucionalidad del decreto 71 de 2020.

Algunos de estos derechos se encuentran en la declaración universal de derechos humanos de la ONU en los artículos 1, 7, 10, 16, 23 y 25; En el pacto de derechos civiles y políticos de la ONU en los artículos 2.1, 3, 14, 23 y 26, en el pacto de derechos Económicos sociales y culturales de la ONU, en los artículos 6, 7 y 8. En la declaración americana de los derechos y deberes del hombre en el preámbulo y los artículo 2 y 14; y en la convención americana sobre derechos humanos en los artículos, 1, 17 y 24. En el protocolo **ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR"**, en los artículos 6, 7 y 8.

20.-VIOLACION DEL ARTICULO 150 NUMERAL 10 DE LA CONSTITUCION

Un tema íntimamente ligado con el que venimos tratando se relaciona con el artículo 150 numeral décimo de la Constitución colombiana que otorga excepcionalmente al presidente de la

república la posibilidad de convertirse en legislador. No hay duda que esta es una anomalía en el estado de derecho, ya que la labor de legislar corresponde al congreso, la rama ejecutiva del poder público por regla general no tiene el poder de legislar; la etimología es muy dicente al respecto se denomina ejecutiva porque su función es ejecutar la ley que previamente ha hecho el congreso, Cómo se trata de una situación excepcional está debe circunscribirse a todos los requisitos necesarios para esa situación de excepción. Esto es lo que explica que estas facultades son transitorias, esto es, por un tiempo determinado y que el Constituyente fija en un límite de 6 meses máximo, las facultades tienen que ser precisas y esto es muy importante. Ya que si las normas no fueran precisas el gobierno podría legislar sobre todos los asuntos y usurpar y a la competencia del congreso. Son facultades que deben ser solicitadas expresamente por lo que el congreso no puede otorgar las si no se les han pedido y esa aprobación se requiere una mayoría especial.

Lo más importante para efecto de esta demanda es que hay una serie de temas donde no es posible otorgar esas facultades por parte del Congreso al gobierno y una de ellas es la que tiene que ver con las materias que son objeto de leyes estatutarias, como es el caso de la carrera administrativa que como hemos visto es considerada no sólo en principio constitucional, sino también el medio, instrumento o vehículo necesario para hacer efectivo otros principios y derechos fundamentales como los que arriba hemos mencionado de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, A la igualdad, al derecho al trabajo, a constituir sindicatos, etcétera.

Siendo la carrera administrativa la garantía de todos estos derechos fundamentales su regulación, y especialmente su núcleo fundamental debe hacerse únicamente por medio de una ley estatutaria. Como el artículo 150 numeral décimo de la constitución prohíbe otorgar facultades extraordinarias al presidente de la república para las materias que son objeto de ley estatutaria el decreto 71 es inconstitucional por este aspecto.

Veamos el art 150 numeral 10

ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.

21.-LA CORTE YA HA DECLARADO INCONSTITUCIONALES VARIAS LEYES POR FALTA DE LEY ESTATUTARIA.

Veamos algunas de estas sentencias en su parte pertinente

21.1.- LA SENTENCIA C-993 DE 2004 DIAN NO REPORTA A CENTRALES DE RIESGO

La sentencia **C-993 de 2004**¹²¹ declaró inexecutable un artículo de la Ley 863 de 2003 “*por la cual se establecen normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas tributario*”. La disposición cuestionada establecía para la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN la posibilidad de reportar a centrales de riesgos información sobre cumplimiento y/o mora de obligaciones de carácter tributario. Sobre el alcance de la reserva estatutaria sostuvo:

“La regulación de aspectos inherentes al ejercicio mismo de los derechos y primordialmente la que signifique consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones, en cuya virtud se afecte el núcleo esencial de los mismos, únicamente procede, en términos constitucionales, mediante el trámite de ley estatutaria.”.

21.2.- LA SENTENCIA C-580-01 SO SOBRE MECANISMOS DE PARTICIPACION

“

“3.1.3. Regulación estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana

Conforme a lo establecido en la jurisprudencia de esta Corte, el desarrollo legislativo de los mecanismos de participación ciudadana - de los cuales son expresión las asociaciones comunales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 103 Constitucional -, debe realizarse por conducto de leyes estatutarias, **siempre y cuando se trate de regular en forma integral el núcleo esencial de la participación en las instancias de concertación, control y vigilancia de la actividad social.**

¹²¹ M. P. Jaime Araujo Rentería

Esta es la posición acogida por la Corporación al declarar la inconstitucionalidad de la Ley 563 de 2000, que reglamentaba las veedurías ciudadanas. En aquella ocasión se sostuvo que no era posible regular mediante ley ordinaria un mecanismo constitucional de participación ciudadana, que por virtud de los artículos 152 literal d) y 270 Superiores, tiene reserva de ley estatutaria, amén de que la preceptiva acusada también pretendía desarrollar con carácter integral la materia, afectando el núcleo esencial del derecho a la participación.

Sentó entonces la Corte la siguiente doctrina que ahora se reitera:

“2. La reserva de ley estatutaria para la reglamentación de las instituciones y mecanismos de participación ciudadana y entre ellos las veedurías ciudadanas.

“3. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 152 de la Constitución Política, el Congreso de la República regulará mediante ley estatutaria lo concerniente a las instituciones y mecanismos de participación ciudadana. Las veedurías ciudadanas, como se ha señalado, son formas, y muy importantes, de esta clase de participación.

“No obstante que la vigilancia de la gestión pública que se lleva a cabo a través de las veedurías ciudadanas, recae especialmente sobre la gestión administrativa de las autoridades, más que sobre su quehacer político, la Corte ha desechado la idea de que este hecho excluya la realidad de ser aquellas verdaderos mecanismos e instituciones de participación ciudadana, que deben ser reglamentados como tales únicamente mediante la expedición de leyes estatutarias. En efecto, al llevar a cabo el control previo de

constitucionalidad respecto del proyecto correspondiente a la Ley 134 de 1994, estatutaria sobre instituciones y mecanismos de participación ciudadana, frente al argumento según el cual el Constituyente había reservado al campo de la ley estatutaria la regulación de los mecanismos de participación política, mientras que los relacionados con la

participación en los ámbitos económico, administrativo y cultural, los habría librado a la ley ordinaria, esta Corporación indicó que no era posible “aceptar la diferenciación caprichosa entre los mecanismos de participación política y los

llamados a operar en esferas diferentes de la electoral, pero igualmente decisivas en la definición de los asuntos colectivos, como son las que corresponden a las órdenes social, económico, cultural y administrativo”, para establecer que sobre estos últimos no opera la reserva de ley estatutaria.

“Así pues, la reglamentación de los mecanismos constitucionales de participación ciudadana, y entre ellos las veedurías, tiene reserva de ley estatutaria. Esta circunstancia llevó a la Corte a declarar inexecutable algunos apartes normativos del proyecto que devino en Ley 134 de 1994, estatutaria de la participación ciudadana, apartes que señalaban que mediante ley ordinaria se reglamentaría el artículo 270 de la Constitución y que delegaban en el Ejecutivo, por la vía de las facultades extraordinarias, este mismo cometido.¹²²”

21.3.- LA SENTENCIA C-567-97 HABEAS DATA, SE NECESITA LEY ESTATUTARIA

“7. No es suficiente que la ley autorice, de manera general o especial, la creación de un banco de datos público, cuya información personal esté destinada a circular. Los datos personales que se recogen, el tipo de tratamiento que reciben y las formas y límites de su circulación, son aspectos de una misma decisión que no deja de tener repercusiones sobre la autodeterminación informativa. La reserva de ley es tal vez una de las garantías más importantes de la intangibilidad de los derechos fundamentales. La regulación y desarrollo de los derechos fundamentales, es una materia atribuida a la ley estatutaria.

Corresponde a la ley estatutaria que regule el derecho fundamental a la autodeterminación informativa, ocuparse específicamente de determinar la forma y procedimientos conforme a los cuales la administración puede proceder a la recolección, tratamiento y circulación de datos personales, de modo que se respete la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución (C.P. art. 15). Al margen de la respectiva ley estatutaria - general o especial -, no podría la administración dar vida a un banco de datos personales destinados a la circulación ya sea dentro de la órbita pública o por fuera de ella. Según la Constitución, la recolección de datos, su tratamiento y, particularmente, su circulación, constituyen acciones que pueden afectar de manera profunda la libertad personal y, por consiguiente, están sujetas a reserva de ley estatutaria, por lo menos, en lo que atañe a la fijación de sus contornos esenciales.

¹²² Cf. Sentencia C-180 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

8. La disposición acusada confiere al Departamento Administrativo de la Función Pública, la función de adicionar al formato único de hoja de vida, los demás datos que considere necesario exigir para este propósito. De acuerdo con lo expuesto, varias glosas merece la norma citada.

La competencia administrativa que se instituye se refiere a la recolección de datos personales que conforman un banco de datos destinados a la circulación. No obstante, la facultad no es objeto de regulación - general o especial -, en ninguna ley estatutaria. La fuente del poder que se concede a la administración se deriva de una simple ley ordinaria. La recolección y circulación de datos personales, sin duda alguna afecta la libertad de las personas; de ahí que su regulación, así sea genérica, debe estar consagrada en una ley estatutaria. Dentro del marco de una ley estatutaria existente, la creación y regulación de bancos de datos de origen público, en principio no podría ser materia de censura constitucional, como quiera que aquélla sirve al propósito de resguardar la libertad informática que puede verse afectada con ocasión de la recolección, tratamiento y circulación de datos. Si se hiciera caso omiso de la anterior cautela, todas las operaciones constitucionalmente relevantes atinentes al tratamiento informático de los datos personales - recolección, tratamiento, circulación, conocimiento, actualización y rectificación -, serían reguladas por medio de las leyes ordinarias que ordenaren la creación pública de bancos de datos, y acabaría por perder todo sentido la previsión constitucional que establece que las mismas sean objeto de la respectiva ley estatutaria, por lo menos en sus contornos esenciales, justamente a fin de preservar la libertad.

De otro lado, si se observa que los datos de origen legal que se consignan en el formato único de hoja de vida, son escasos y de carácter muy general, se descubre que la competencia confiada a la administración no es meramente residual, sino que por el contrario a ella se le impone el dilatado encargo de recaudar la información que juzgue menester. La afectación de la libertad informática, que comprende el universo de la información que el aspirante a ingresar a la función pública debe suministrar al Estado, en una medida apreciable se determina por un acto distinto de la ley, lo que de manera manifiesta vulnera la garantía de la libertad.

Por lo demás, la ley que crea la competencia administrativa, en modo alguno la delimita ni establece criterios conforme a los cuales tiene ella que desarrollarse. La mera habilitación legal de una competencia administrativa discrecional, no quebranta precepto alguno de la Constitución. Sí lo hace, en cambio, el abandono legislativo de una materia que se defiere laxamente al ejecutivo, cuando se tornaba imperativa su regulación legal de naturaleza estatutaria, se reitera, por lo menos en lo relativo a sus aspectos medulares. La reserva de ley no puede, sin más, diluirse mediante el expediente de adscribir a la administración competencias reguladoras generales.

Se podría suponer, como lo hacen quienes defienden la exequibilidad de la norma, que el fin de ésta no puede ser desbordado por la administración en cuanto que obviamente se trata de requerir la información que sólo sea necesaria para los efectos del servicio y que, además, cualquier comportamiento desmesurado, desproporcionado o irrazonable de su parte, sería objeto de la

correspondiente acción contencioso administrativa. Considera la Corte que la falta de competencia del ejecutivo para regular una materia inscrita en la esfera de reserva del legislador, particularmente cuando ella tiene que ver con la libertad, tiene el carácter de vicio insubsanable, de suerte que la conducta proporcionada y razonable de la administración - la que en todo caso resulta obligatoria -, no tiene el alcance de redimir aquel defecto de origen. De lo contrario, el grueso de las competencias legislativas podría trasladarse a la administración, con la única condición de que sus regulaciones fuesen proporcionadas y razonables. En fin, no debe perderse de vista que una de las garantías de la libertad, además de la señalada - la reserva de ley aplicable a su regulación -, consiste en que las restricciones y afectaciones que ella establezca, puedan ser examinadas a través de las acciones y procedimientos de control de constitucionalidad, por esta Corte.”

21.4.- SENTENCIA C-818-11 EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICION TIENE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA.

“3.1.1.9 Así pues, el derecho de petición abarca la actividad que la autoridad está llamada a desempeñar antes de la respuesta, a efectos de producirla, y con posterioridad a ella, y todo ello fue regulado por una ley ordinaria, la Ley 1437 de 2011, a pesar de regular elementos inherentes al núcleo esencial del derecho.

Además de lo anterior, observa la Sala que de la simple lectura de los artículos 13 a 33 contenidos en los tres capítulos del Título II del Código de Procedimiento Administrativo, revela que en estas disposiciones se regula el derecho de petición de manera íntegra, estructural y completa. Además, esto se refuerza al observar que no existe otra norma jurídica que regule de esta manera, o de cualquier otra, el derecho de petición, tal y como lo sostiene el Ministerio Público.

En efecto, como lo plantea el demandante, la ley objeto de la presente acción regula aspectos estructurales del derecho de petición como por ejemplo, objeto, finalidad, modalidades, forma de ejercicio, contenido, aspectos procedimentales respecto a la resolución de las peticiones, aspectos referentes a la organización del trámite de las peticiones, excepciones al derecho de petición frente a documentos reservados, el establecimiento de un proceso judicial en caso de disputa sobre el acceso a los documentos, alcance de las respuestas dadas por las autoridades a peticiones de consultas y su carácter no obligatorio y el ejercicio del derecho de petición ante entidades privadas.

3.1.1.10 Debe también precisarse que, a pesar de que la regulación del derecho fundamental de petición hace parte de un cuerpo normativo establecido en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ello no obsta para que las regulaciones integrales y sistemáticas de los elementos estructurales de un derecho fundamental deban ser tramitadas a través del procedimiento consagrado en el artículo 153. Lo anterior por cuanto la simple inclusión de una materia reservada en un Código no cambia su naturaleza, tal y como ha sido claramente establecido por la jurisprudencia constitucional.¹²³

En efecto, de la jurisprudencia de la Corte sobre leyes estatutarias se observa una prelación de los criterios materiales sobre los puramente formales o nominales. En consecuencia, tal y como se dijo en el Sentencia C-646 de 2001 si ello es así, *“el trámite legislativo a seguir será el que corresponda a cada materia, independientemente de su inclusión dentro de una ley cuyo nombre pareciera exigir otro procedimiento. Lo que la Constitución requiere es que los asuntos señalados en el artículo 152, delimitados según criterios materiales claros, sigan el trámite previsto en el artículo 153, pero no ordena que siempre que algún aspecto de tales asuntos sea regulado dentro de una ley ordinaria, el proyecto como un todo deba seguir el trámite estatutario.”*

En igual sentido, ha aclarado la Corporación que ello no implica un desmembramiento de una ley que regule integralmente una materia, ni afecta el carácter sistemático que caracteriza, por ejemplo, a los Códigos. Por el contrario, el legislador puede *“escoger la alternativa que, cumpliendo con las exigencias constitucionales, sea la más aconsejable para la adecuada regulación de la materia correspondiente. Por ejemplo, puede optar por una única ley que reciba el trámite de ley estatutaria en aquellas materias que así lo requieren. También puede tramitar en un cuerpo normativo separado aquellas materias que requieren trámite especial. No obstante, cualquiera que sea la opción escogida por el legislador, se deben tener en cuenta los criterios materiales determinantes y adoptar los procedimientos constitucionales correspondientes.”*¹²⁴

La Corte ya ha aplicado estos parámetros para declarar la inexecutable parcial de las disposiciones que de conformidad con los criterios materiales anteriormente definidos, no siguieron el trámite exigido para los asuntos sometidos a la reserva de ley estatutaria¹²⁵, a pesar de encontrarse inmerso en cuerpos normativos.

¹²³ Cfr. Sentencia C-620 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería y C-646 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda

¹²⁴ C-646 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda

¹²⁵ La Corte Constitucional en la sentencia C-567/97, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz declaró la inexecutable de las normas que regulaban el habeas data y que fueron incluidas en una ley ordinaria, pues según el criterio material requerían el trámite de ley estatutaria. En igual sentido, pero en el ámbito de los mecanismos de participación, la Corte Constitucional, en la sentencia C-580/01, MP: Clara Inés Vargas, declaró la inexecutable

21.5.- LA SENTENCIA C-620-01 HABEAS CORPUS COMO MEDIO O INSTRUMENTO PARA PROTEGER ADEMÁS DE LA LIBERTAD, LA INTEGRIDAD Y LA VIDA TIENE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA.

“El núcleo esencial de un derecho fundamental ha sido entendido como "la naturaleza jurídica de cada derecho, esto es, el modo de concebirlo o configurarlo (...) Desde esta óptica, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, sin las cuales el derecho se desnaturalizaría"¹²⁶. Igualmente, se ha dicho que el núcleo esencial se refiere a "los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho, para hacer referencia a aquella parte del contenido del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De ese modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección"¹²⁷.

No obstante lo anterior, la Corte también ha aceptado la tesis de “que cuando el legislador asume de manera integral, estructural o completa la regulación de un tema de aquellos que menciona el artículo 152 superior, debe hacerlo mediante ley estatutaria, aunque dentro de esta regulación general haya disposiciones particulares que por su contenido material no tengan el significado de comprometer el núcleo esencial de derechos cuya regulación se defiere a este especial proceso de expedición legal. Es decir, conforme con el aforismo latino que indica que quien puede lo más puede lo menos, una ley estatutaria que de manera integral pretende regular un asunto de los que enumera la precitada norma constitucional, puede contener normas cuya expedición no estaba reservada a este trámite, pero en cambio, a la inversa, una ley ordinaria no puede contener normas particulares reservadas por la Constitución a las leyes estatutarias.”¹²⁸

En síntesis:

parcial de las objeciones al proyecto de ley que regulaba las Juntas de Acción Comunal, tramitado como ordinario, porque algunos artículos regulaban mecanismos de participación, como la concertación.

¹²⁶ Sent. C-179/94 M.P. Carlos Gaviria Díaz

¹²⁷ *ibid.*

¹²⁸ Sents. C-251/98 y C-1338/00 MMPP. José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Cristina Pardo Schelsinger

La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que las disposiciones que deben ser objeto de regulación por medio de ley estatutaria, concretamente, en lo que respecta a los derechos fundamentales y los recursos o procedimientos para su protección son aquellas que de alguna manera tocan su núcleo esencial o mediante las cuales se regula en forma “íntegra, estructural o completa” el derecho correspondiente.”

Más adelante la corte dice:

En este orden de ideas, la Corte considera que al proceder el legislador a regular en forma íntegra y completa el derecho fundamental de *habeas corpus* y los mecanismos y procedimientos para su protección por medio de una ley ordinaria, además de tocar aspectos atinentes a su núcleo esencial, infringió abiertamente el artículo 152-a) de la Carta, que exige reserva de ley estatutaria, lo que motiva el retiro del ordenamiento positivo de los artículos 382 a 389 de la ley 600/00, como ya se ha anotado.

En otro aparte la sentencia C-620-01 dice

“Los Tratados Internacionales y, especialmente, la Convención Interamericana de Derechos Humanos establecen claramente que el *habeas corpus* es un derecho que no se suspende en los estados de excepción o anormalidad. Además, el *habeas corpus* es un derecho que no sólo protege la libertad física de las personas sino también es un medio para proteger la integridad física y la vida de las mismas, pues la experiencia histórica ha demostrado que en las dictaduras la privación de la libertad es el primer paso para luego torturar y desaparecer a aquellas personas que no gozan de la simpatía del régimen de turno; este fenómeno fue motivo de análisis por la Corte Interamericana de Derechos humanos en la opinión consultiva OC-08/87 (enero 30), serie A, No. 8, párrafo 35, 37-40 y 42, que textualmente señala:

“El habeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de la libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el habeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta conclusión se fundamenta en la experiencia sufrida por varias poblaciones de nuestro hemisferio en décadas recientes, particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos. Esa

realidad ha demostrado una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el habeas corpus es parcial o totalmente suspendido.”

El *Habeas corpus* se convierte así en el instrumento máximo de garantía de la libertad individual cuando ésta ha sido limitada por cualquier autoridad, en forma arbitraria, ilegal o injusta, como también de otros derechos entre los que se destacan la vida y la integridad física.”

Esta sentencia es muy importante porque queda claro que el hábeas Corpus no solamente es un principio o derecho constitucional (como la carrera administrativa), sino también que como ella es la garantía medio o instrumento de protección de otros derechos el hábeas Corpus protege No solamente la libertad de las personas sino que también esa privación irregular de la Libertad es el comienzo de la violación de otros derechos el derecho a no ser objeto de tratos crueles o pena degradantes inhumanas es también el medio para proteger la integridad física de las personas por ejemplo contra la tortura Pero están bien el dique que protege contra la pérdida del derecho a la vida pues una persona injustamente Privada de la Libertad No solamente se le priva de ella sino que se le tortura se le desaparece y finalmente se le asesina. una función tan importante como la del habeas Corpus es la que cumple el principio de la carrera administrativa porque es el instrumento que garantiza el acceso el derecho fundamental de acceder a la administración pública garantiza también la igualdad de las personas el derecho al trabajo la conformación de organizaciones sindicales etcétera para no hablar de los derechos Como la dignidad humana y otros principios constitucionales Cómo el respeto por el estado social de derecho y los fines del estado social y democrático de derecho Esa es la importancia de esta sentencia que el hábeas Corpus como la carrera son la puerta de entrada a otros Derechos Humanos.

22.-CONCLUSION DE LA VIOLACION DE LA RESERVA DE LEY ESTATUTARIA.

En relación con la petición subsidiaria de que se declara inconstitucional todo el decreto 71 del 2020 ya que debió tramitarse mediante ley estatutaria y no mediante decreto extraordinario, además de haber sido dadas ya las razones de su inconstitucionalidad a lo largo de la parte pertinente de nuestro escrito y a ellas nos remitimos; debemos recordar los siguientes postulados jurídicos y filosóficos: El primero, es que la carrera administrativa es un valor y un principio constitucional superlativo. Y tiene tanto valor que ha servido para que la corte declare inexecutable no sólo leyes sino también a varias reformas constitucionales, las cuales han sido declaradas inconstitucionales precisamente por desconocer la importancia y fortaleza del principio de la carrera administrativa, como fundamento esencial del Estado social y democrático de derecho de Colombia, como uno de sus elementos que lo caracterizan y que por lo mismo no puede ser desnaturalizado. Siendo este principio tan trascendental y determinante de nuestra concepción de Estado de Derecho que puede hacer caer reformas constitucionales, a fortiori, con

mayor razón y con mayor fortaleza puede servir para declarar inconstitucional leyes o decretos leyes como es el decreto 71 del 2020. No es entonces extraño ni un exabrupto jurídico, que estemos pidiendo la declaratoria de inconstitucionalidad de un simple decreto extraordinario del gobierno nacional.

Es claro que toda carrera administrativa tiene un núcleo esencial, fundamental, en el caso del decreto 71 de 2020, es el capítulo quinto del mismo, que va de los artículos 24 hasta el artículo 36 y si dentro de ese núcleo esencial, tuviéramos que escoger un núcleo “esencialismo” o súper esencial, sería el definido o contemplado en el artículo 28 del decreto denominado etapas del proceso de selección para ingreso y ascenso que comprende: (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 período de prueba. Se comprende como hemos visto que de este núcleo esencialísimo forme parte la aplicación y desarrollo de las pruebas para ascender o ingresar a la carrera administrativa de la Dian ya que son las que determinan, en última instancia, si las personas van a ser parte de la lista de elegibles y; si se van a vincular a la carrera administrativa o ascender dentro de la misma. Este núcleo esencial tiene que ser muy respetuoso de los principios constitucionales, de los valores y especialmente de los derechos fundamentales que están en juego; deben adicionalmente respetar La jurisprudencia consolidada de la honorable corte constitucional.

No debemos olvidar que la carrera administrativa de la Dian es uno de los medios que tienen los ciudadanos colombianos para hacer efectivo su derecho fundamental a participar en la conformación, vigilancia y ejercicio del poder político, especialmente en una de sus manifestaciones que es el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, que es un derecho fundamental, cómo lo es también un derecho fundamental el de los trabajadores a constituir sindicatos por mandato del artículo 39 de la constitución. Siendo esto así, el núcleo esencial de estos dos derechos no puede ser regulado sino por medio de ley estatutaria, a contrario sensu, no puede ser regulado por medio de leyes ordinarias o decretos con fuerza de ley, como lo es el decreto 71 del 2020. Al no haber sido regulados el núcleo esencial de la carrera administrativa de la Dian contenido en el capítulo quinto (V) y especialmente las etapas del proceso de selección para ingreso y ascenso así como todo lo referido a la aplicación y evaluación de las pruebas de selección y al regularse temas relacionados con el derecho a sindicalizarse, al fuero sindical y a las garantías de permisos sindicales y comisione sindicales, que hacen parte fundamental de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión de las directivas o representantes sindicales por mandato del derecho fundamental a sindicalizarse contemplado en el artículo 39 de la constitución, se toco el núcleo fundamental de esos 2 derechos sin ley estatutaria y esto hace inconstitucional al decreto 71 de 2020. Se vuelve completamente inconstitucional por violación del artículo 152, a falta de una, dos veces. Lo viola, en el literal a) que exige leyes estatutarias para regular esos derechos fundamentales, así como los procedimientos y medios para su protección. Lo viola también en el literal d, que hace esa misma exigencia de ley estatutaria para regular las Instituciones y mecanismos de

participación ciudadana como lo es el artículo y especialmente su numeral 7; en este caso el medio para protegerlos es la carrera administrativa.

En conclusión todo ese núcleo fundamental era necesario regularlo en la ley estatutaria y al no haberlo sido, la consecuencia jurídica es la inexecutable de todo el decreto 71 del 2020.

IV

COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda con fundamento en el numeral 5 del artículo 241 de la Constitución Política.

V.

PRETENSIONES.

Solicito la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos: Artículo 11 numerales 11.1 y 11.2; artículo 12 numeral 12.1; Artículo 22 párrafo transitorio; artículo 27 párrafo transitorio; artículo 28; artículo 29; artículo 30; artículo 44; artículo 46 inciso 2; artículo 49; artículo 53 inciso primero; artículo 54 inciso primero; artículo 62 inciso 2 y 62.4; artículo 83 párrafo transitorio; artículo 97; artículo 123; artículo 144; artículo 149. etc. del decreto 071 de 2020, en los apartes arriba subrayados; por todos los argumentos y razones jurídicas que expusimos con anterioridad a lo largo de esta demanda.

Como pretensión subsidiaria, solicitamos que se declare inexecutable la totalidad del decreto 071 de 2020, ya que debió tramitarse como ley estatutaria y no como decreto extraordinario.

VI

PRUEBAS

1. Cédulas de ciudadanía de los demandantes.
2. Diario oficial número 51.206 de Enero 24 de 2020 donde se publicó el decreto 071 de 2020.

Solicitamos para esta demanda se de aplicación a los artículos 1 y 6 del decreto ley 806 de 2020, sobre trámite de demandas en la jurisdicción constitucional.

VII.

ANEXOS

Nos permitimos anexar a la presente demanda:

1. Copia de la demanda para el Ministerio Público.
2. Copia de la demanda para el archivo de la Corte.
3. Copia de las cédulas de ciudadanía de los demandantes.
4. Diario oficial numero 51.206 de Enero 24 de 2020 donde se publico el decreto 071 de 2020.

VIII.

NOTIFICACIONES

Los demandantes recibimos notificaciones así:

JAIME ARAUJO RENTERIA en la Carrera 5 #15-11 oficina 405, Bogotá D.C.

Correo electrónico: jaraujorent@gmail.com ; Tel: 316-328-2494

LUIS RAMIRO TORRES LUQUERNA, Hacienda Fontanar del Río, Agrupación Ciprés Casa 56, Chía Cundinamarca. Correo electrónico unionsindical.dian@gmail.com

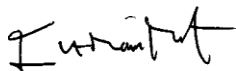
RAFAEL ACEVEDO SUAREZ Direccion Carrera 72a 24 69 Modelia. Correo electronico tsivalenzuela@gmail.com

Atentamente,



LUIS RAMIRO TORRES LUQUERNA,

Cedula de Ciudadanía No: C.C 79.279.309 de Bogotá,



JAIME ARAUJO RENTERIA

C.de Ciudadanía No. 5088025 de La Paz (Cesar)



RAFAEL ACEVEDO SUAREZ

Cedula de Ciudadanía No: C.C. 91.207.242 de Bucaramanga.