

**RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR ACOSO LABORAL CIBERNÉTICO EN LA
PANDEMIA**

DISCIPLINARY LIABILITY FOR CYBER BULLYING IN THE PANDEMIC

Tania Carolina Martínez Blanco

Maestría en Derecho Administrativo

Universidad Santo Tomas

Seccional Tunja

2022

Resumen

Con ocasión del aislamiento preventivo obligatorio derivado de la emergencia sanitaria que fue decretada por el Gobierno Colombiano, la mayoría de los servidores públicos del país tuvo que acogerse a un sistema de prestación del servicio absolutamente diferente al ordinario, uno que no es el de la actividad laboral presencial, pero que tampoco encaja dentro del teletrabajo que se encontraba regulado en la Ley 1221 de 2008.

Esta eventualidad, que tomó a toda la humanidad por sorpresa, trajo consigo un reto nunca antes visto en la función pública en Colombia: garantizar que todo un país siguiera marchando, sin contar con la atención presencial de sus entidades.

Desafortunadamente, este reto además de los aprendizajes y avances que trajo consigo, desencadenó una circunstancia, aunque no mayoritaria si relevante en donde servidores públicos de diversa naturaleza, estuvieron inmersos en eventos asociados al acoso laboral, todo por cuenta de ese entorno laboral novedoso.

En el presente documento, se analizará desde el punto de vista jurídico esta circunstancia, *sui generi*, con la finalidad de determinar los alcances de una eventual responsabilidad disciplinaria, todo por cuenta de una falta de regulación, que solo vino a establecerse con la expedición de la Ley 2088 de 2021.

Palabras Clave: Teletrabajo, trabajo en casa, pandemia, responsabilidad disciplinaria.

Abstract:

On the occasion of the mandatory preventive isolation derived from the sanitary emergency that was decreed by the Colombian Government, most of the public servants of the country had to take advantage of a system of service delivery absolutely different from the ordinary one, one that is not that of the face-to-face work activity, but that does not fit either within the teleworking that was regulated in Law 1221 of 2008.

This eventuality, which took all mankind by surprise, brought with it a challenge never seen before in the civil service in Colombia: to ensure that an entire country would continue to march, without having the face-to-face attention of its entities.

Unfortunately, this challenge, in addition to the learning and progress it brought with it, unleashed a circumstance, although not the majority, it was relevant in which public servants of various kinds were immersed in events associated with workplace harassment, all on account of this new work environment.

This document will analyze from a legal point of view this circumstance, *sui generis*, in order to determine the scope of a possible disciplinary liability, all on account of a lack of regulation, which only came to be established with the issuance of Law 2088 of 2021.

Keywords: Telework, work at home, pandemic, disciplinary liability.

Planteamiento del problema.

En el marco de la configuración constitucional y legal del servicio público y la función administrativa, quien ostenta la calidad de “trabajador del Estado”, que en términos técnicos y amplios se denomina servidor público, ostenta una gran responsabilidad, hasta el punto de ser considerado como un agente del Estado¹.

Entre quienes se denominan servidores públicos, existen dos tipos de relaciones laborales, una de tipo contractual que se puede asimilar a la que tienen los trabajadores privados cuya relación laboral se rigen por el código sustantivo del trabajo; en tanto que existe otra, que está relacionada con el verdadero espíritu de la función pública y es denominada la relación legal y reglamentaria (Consejo de Estado, Sección Segunda, 2016).

Aunque su definición es más amplia y será abordada en la investigación, el hecho de que exista una relación legal y reglamentaria implica que, de un lado, el vínculo laboral, sus características, elementos y remuneraciones se encuentren previamente definidas por la ley y el reglamento. Por tanto la voluntad de negociación es casi nula, en tanto que, en ámbitos de responsabilidad el servidor público se somete a una relación especial de sujeción, que impone deberes y obligaciones más gravosos, que los que comúnmente tiene un trabajador.

Teniendo en cuenta este marco general de referencia, el legislador en ejercicio de su potestad de libertad de configuración legislativa², expidió

¹ Muestra de ello, es lo que ha sido consignado en el artículo 90 de la Constitución Política, norma que desarrolla el fundamento de la responsabilidad del Estado y se le da el tratamiento al servidor público de Agente del Estado.

² Especialmente en materia de función pública, gracias a la cláusula general de competencia legislativa (Corte Constitucional, C-957 de 2007).

en el año 2002 la Ley 734, Código Único Disciplinario, en donde además de establecer el marco sustancial y procesal disciplinario, señaló los derechos y deberes generales aplicables a cualquier servidor público.

En efecto, el legislador del año 2002 tuvo en cuenta los parámetros y eventos que a la fecha se encontraban vigentes respecto de la teoría del empleo público, pero como es lógico, este no tuvo una visión amplia de futuro, especialmente no tuvo en cuenta una visión premonitoria de los eventos asociados a una catástrofe de tipo sanitario como la presentada por el COVID.

Por ello, se puede decir a manera introductoria que en la actualidad el derecho disciplinario no tiene un enfoque definido para este tipo de eventos, por lo que es necesario analizar la forma en la que se puede adecuar una conducta de acoso laboral, en el contexto virtual, como ha sucedido en la pandemia.

De esta manera, el presente documento además de realizar un estudio teórico respecto de lo que es el empleo público, sus elementos y características principales, analizará el régimen sancionatorio disciplinario actual, con la finalidad de poder llegar a esa adecuación típica de la conducta. Este análisis no será puramente descriptivo, también tendrá un enfoque crítico que permita más adelante la formulación de nuevas soluciones disciplinarias, en razón a que ese derecho a la desconexión laboral, reconocido en la Ley 2088 de 2021, puede asociarse a garantías constitucionales fundamentales.

Formulación del problema.

¿Qué alcance disciplinario tienen las conductas de acoso laboral virtual asociadas a la pandemia del COVID-19?

Justificación:

Con el impacto asociado a la pandemia producto del COVID-19, el derecho de la función pública, que incluye por supuesto las disposiciones normativas asociadas a deberes y derechos de los servidores, así como su régimen disciplinario, se vio enfrentado a retos especiales producto de las circunstancias *sui generi* que se presentaron.

Una de ellas, tal vez la más relevante de todas, está asociada a la puesta en práctica del trabajo en casa, una forma de prestación de servicios que no se había presentado antes y que bien podía confundirse con el teletrabajo, regulado en la Ley 1221 de 2008.

Esta forma de prestación de servicio es particular, en la medida que, al no estar regulada, de ella no se pueden derivar parámetros objetivos para que se realice el control de los servidores, así como tampoco se tenía prevista una forma para realizar la supervisión a las horas de trabajo, que como recordamos de la Ley 734 de 2002, son uno de los elementos que componen los deberes funcionales de los servidores.

Esto llevó a que, en muchos casos, los superiores y trabajadores perdieran nociones del tiempo, llevando en unos eventos, a la inexistencia de desconexión laboral, situación que, por supuesto genera afectaciones sobre los derechos de los servidores públicos, consagrados en la legislación vigente.

Es por ello que se plantea este problema jurídico, donde estamos ante una situación excepcional que bien podría configurar una falta disciplinaria

para aquel servidor que, teniendo control y supervisión sobre otro, realiza conductas de acoso laboral. Bajo este supuesto, se busca investigar ese alcance de la responsabilidad disciplinaria, todo a la luz de un ordenamiento jurídico antiguo (2002), que no tenía planteado en su totalidad una modalidad de trabajo así y mucho menos, una eventualidad como la acontecida en la pandemia.

Objetivo General.

Analizar qué alcance disciplinario tienen las conductas de acoso laboral virtual, asociadas al trabajo remoto y teletrabajo en el marco de la pandemia del COVID-19.

Objetivos específicos.

- a.** Establecer el alcance de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos a la luz del derecho administrativo laboral colombiano.
- b.** Estudiar el régimen sustancial asociado al trabajo presencial, teletrabajo y trabajo virtual en el derecho administrativo laboral colombiano.
- c.** Investigar en el ordenamiento jurídico colombiano, la regulación existente sobre el acoso laboral y su relación con la potestad disciplinaria del estado sobre sus servidores.

Metodología.

Este será artículo de revisión desarrollado a través del método de investigación analítico descriptivo, en la medida que se realiza la descripción del fenómeno de acoso laboral asociado a modalidades de teletrabajo y el trabajo remoto, a la luz de las disposiciones sobre derecho disciplinario hay en Colombia.

Introducción

En el marco de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia por COVID-19, el Estado tuvo que replantear la prestación de sus servicios, especialmente a raíz del inicio del aislamiento preventivo obligatorio en todo el territorio nacional, que fue ordenado por el Gobierno Nacional.

En razón a lo anterior, la mayoría los servidores públicos y contratistas del Estado, dejaron de hacer presencia en las instalaciones físicas de las entidades, para pasar a prestar los servicios desde sus casas, circunstancia que fue avalada y autorizada por el Decreto 491 de 2020.

La existencia de esta particularidad, hizo surgir una nueva modalidad de trabajo conocida como trabajo en casa, evento que hasta la fecha no se encontraba regulada en el país y que dio lugar a múltiples interrogante. Esta falta de regulación afectó igualmente la aplicación de normas, como las disciplinarias, que en principio son complementadas por aquellas disposiciones que establecen los derechos, deberes y obligaciones de los servidores públicos.

Uno de los eventos que mayor inquietud generó es el referente a la forma en como se controlaría la realización de actividades laborales por parte de los servidores públicos, quienes como ya se mencionó, tradicionalmente prestaban su servicio en forma personal, lo que eventualmente llegó a desencadenar eventos de acoso laboral, que resultan ser complejos de adecuar a las conductas típicamente conocidas así, en el ordenamiento disciplinario.

En la presente investigación se analizará tal circunstancia, para ello es necesario en primer lugar establecer el alcance de la responsabilidad

disciplinaria de los servidores públicos a la luz del derecho administrativo laboral colombiano, luego se procederá a estudiar el régimen sustancial asociado al trabajo presencial, teletrabajo y trabajo en casa en el derecho administrativo laboral colombiano, para finalmente establecer cuál es el alcance disciplinario que tienen las conductas de acoso laboral virtual, en el marco de la pandemia del COVID-19.

1. Régimen disciplinario de los servidores públicos en Colombia.

Para cumplir con los propósitos constitucionales que fueron definidos en el artículo 2 de la Constitución Nacional, el aparato institucional cuenta con un instrumento, el empleo público, que está materializado en la labor que ejercen todos quienes ostentan la calidad de servidores públicos.

De conformidad con lo señalado en el artículo 123 de la Constitución Política, son servidores públicos los miembros de corporaciones públicas, tales como congresistas, diputados, concejales; los empleados públicos, es decir quienes tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria, los trabajadores oficiales que están vinculados por contrato de trabajo, todos ellos, en todos los órdenes, es decir el nacional y el territorial. (Corte Constitucional, 1998).

A diferencia de lo que sucede con los trabajadores del sector privado, es decir aquellos cuyas relaciones laborales se encuentran reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo, las relaciones laborales públicas tienen una normatividad diferente, que está sometida a un propósito diferente, ya no es el mero interés económico envuelto en una actividad productiva o económica, sino que están definidos para prestar el servicio al Estado y a la

comunidad, de acuerdo con el orden jurídico, según se prescribe en el artículo 123 constitucional.

Dada la importancia de esta relación, se ha construido una teoría del empleo público y el servicio público a partir de la noción de relaciones generales y especiales de sujeción. Sobre el particular, Gómez (2017) explica:

Las relaciones especiales de sujeción eran relaciones orgánicas de poder, internas y se fundamentaban en la obediencia y fidelidad; por el contrario, las relaciones generales de sujeción eran relaciones obligacionales, de carácter jurídico, y se fundamentan en la regulación de intersubjetividad.

(...)

Las relaciones especiales de sujeción se regulaban o eran objeto de regulación por medio del reglamento; esto significa que era el detentador del poder, el empleador, el que a través de los reglamentos determinaba lo que era falta disciplinaria: el mismo era juez, parte y legislador.

Aunque en estricto sentido, la relación especial de sujeción del estado con sus servidores, ya no se predica de la misma manera que en el pasado, en la medida que ya no estamos hablando de súbditos obedientes sino de colaboradores, lo cierto es que permanece un criterio especial de responsabilidad para quien detenta esta calidad y lo encontramos en la misma Constitución Política (1991):

ARTICULO 6o. 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.

Debemos recordar que, a la luz del ordenamiento jurídico positivo, más puntualmente del artículo 2 del Decreto 770 de 2005, se entiende el empleo de naturaleza pública como aquel conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a quien sea servidor, además de las competencias requeridas para la satisfacción de los fines del estado y el cumplimiento de las estrategias programáticas públicas.

Partiendo de esta noción, uno de los autores referencia del derecho de la administración pública, el profesor Rincón (2009) distinguió del empleo público y su definición tres elementos, dispuestos así:

- Un contenido funcional: En virtud de este contenido funcional, el empleo público está desarrollado a partir de un conjunto de deberes, responsabilidades, funciones y competencias, que se han establecido en el ordenamiento jurídico legal, reglamentario e interno de las entidades públicas.
- Un contenido de tipo subjetivo, que corresponde a la persona natural apta para el ejercicio de la función, elemento del que se desarrolla el principio de mérito para el desempeño de funciones públicas.
- Finalmente, se estableció un contenido teleológico, que no es más que las finalidades para las que se desarrollo el empleo público, siendo entonces la unión del contenido funcional, en aplicación

del contenido subjetivo; dicho de otras palabras, los deberes ejercidos por el servidor público apto para tal función.

Estas previas consideraciones son de importancia para comenzar a abordar el tema, por la misma diferencia que existe entre el sector público y el privado, ya que mientras una afectación en el sector público puede denotar una grave afectación a la vida de una comunidad, un fallo en el sector privado, aunque puede ser relevante, no conllevaría la misma responsabilidad social que pueda tener en el primer evento.

Es por ello que retomamos lo señalado en el artículo sexto constitucional, allí se estableció un régimen diferenciado de responsabilidad, por tipo de relación de sujeción, una responsabilidad ordinaria para los particulares, que se da por infracción del ordenamiento jurídico, y una responsabilidad especial para el servidor público, por la misma causa y por extralimitación.

Sobre esta diferenciación, Quinche (2012) explicó como la responsabilidad está ligada a dos estándares diferentes, el de la función y control. De esta manera, si la función pública implica el ejercicio de potestades públicas, la responsabilidad inicia con la inobservancia de estos deberes, que por supuesto tienen efectos externos importantes como ya se apreció.

De igual manera, el citado autor Quinche (2012) explicó:

Este principio de la responsabilidad calificada de los servidores públicos es especialmente importante en lo que tiene que ver con los actos de esos servidores. El punto es que, en un Estado social de

derecho, no pueden tener cabida los actos puramente discrecionales, pues todos los actos están sometidos a un control. En sentido contrario, un acto meramente discrecional es un puro acto de poder, que requiere control y que genera responsabilidades (p. 69).

Entonces, fundamentalmente del ejercicio de un empleo público, cualquiera sea su vinculación, pueden desprenderse varios tipos de responsabilidad: i) responsabilidad penal, especialmente en aquellos casos en donde hay tipos con sujeto activo cualificado; ii) responsabilidad civil que se materializa en la acción de repetición, en donde el Estado recobra los dineros pagados producto de la indemnización que tenga que sufragar el Estado; iii) responsabilidad fiscal, que se origina por la indebida gestión fiscal y de recursos públicos y iv) la responsabilidad disciplinaria, como mecanismo coercitivo.

En torno a la responsabilidad disciplinaria, la Corte Constitucional (2002) ha explicado como esta rama ayuda a enderezar y regular el comportamiento del personal adscrito a las entidades, fijando los derechos, deberes y obligaciones de ellos, además de señalar los elementos sustanciales disciplinarios, así como los procesales.

En pronunciamientos más recientes, el Alto Tribunal (2019) señaló lo siguiente:

La finalidad general del derecho disciplinario está dada por la salvaguarda de la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores del Estado. Así mismo, por la garantía de la buena marcha y buen nombre de la administración pública y la obligación de asegurar a los gobernados que las funciones oficiales sean

ejercidas en beneficio de la comunidad (Art. 2º de la CP). En consecuencia, desde el punto de vista interno, persigue el cumplimiento de los deberes a cargo de los servidores públicos y desde el punto de vista externo, tiene el propósito de que se alcancen los fines del Estado y los principios de la función pública. (S.P.)

En la actualidad, en Colombia existen dos normas disciplinarias generales para los servidores públicos y particulares que cumplen funciones públicas, por un lado está la Ley 734 de 2002, que tendrá vigencia sustancial y procesal hasta el 29 de marzo de 2022; y por otro lado, la Ley 1952 de 2019, que empezará a regir desde el 29 de marzo próximo.

Ambos Códigos (Disciplinario Único y General Disciplinario), traen en un mismo compendio, tanto las normas sustanciales como procesales. En cuanto a la primera parte, que resulta relevante para el estudio, se pueden extraer de ambos códigos, los siguientes aspectos generales:

- i) Sujetos disciplinables por la Ley.
- ii) Noción y elementos de la falta disciplinaria.
- iii) Sanciones disciplinarias.
- iv) Derechos, deberes, prohibiciones, incompatibilidades, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses de los servidores públicos.

Así como cualquier ordenamiento sancionatorio, el disciplinario se fundamenta sobre una base de proporcionalidad, en donde la sanción impuesta será directamente proporcional a la gravedad de la sanción. En este caso y nuevamente, al realizar un parangón respecto del derecho privado, las sanciones que se encuentran en los Códigos Disciplinarios,

pueden comprometer eventualmente libertades y derechos de rango constitucional.

En efecto, teniendo en cuenta que el ejercicio de funciones públicas implica una gran responsabilidad, el ordenamiento jurídico plantea una serie de correctivos, que resultan siendo gravosos. Puntualmente, el artículo 48 de la Ley 1952 de 2019, plantea las siguientes sanciones:

- Destitución e inhabilidad general.
- Suspensión en el ejercicio del cargo de inhabilidad especial.
- Multa.
- Amonestación escrita.

Por regla general, en el derecho laboral colectivo, la sanción más gravosa que se podría imponer es la terminación del contrato de trabajo, es decir, la desvinculación forzosa por causa de la mala conducta, pero en el campo disciplinario público, además de esta sanción, existe la inhabilidad que se concreta como

como la prohibición de que una persona sea elegida o designada en un cargo público, continúe en él o, en general, acceda y ejerza una función pública. Este Tribunal ha precisado que la inhabilidad es una circunstancia fáctica cuya verificación le impide al individuo en el que concurre acceder a un cargo público. (Corte Constitucional, 2014, S.P).

¿Por qué contar con sanciones tan drásticas que pueden comprometer el ejercicio del derecho a elegir y ser elegido, a participar en la toma de decisiones públicas y al trabajo? La respuesta la encontramos en

el mismo Código General Disciplinario, en cuyo artículo 5 se señala que la sanción disciplinaria cumple la finalidad de hacer efectivos los principios y normas de todo orden.

A diferencia de lo que sucede con el Derecho Penal, que es una de las fuentes dogmáticas del derecho disciplinario, las faltas disciplinarias no se encuentran taxativamente señaladas en las normas previamente señaladas, a diferencia de lo que sucede en penal en donde existe casi que con toda claridad de los tipos sancionables.

Esto ha sido recordado por la Corte Constitucional (2012) que ha expresado como la existencia de tipos en blanco ha sido considerado constitucionalmente válido. El Alto Tribunal explicó

De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha admitido la existencia de tipos en blanco en materia disciplinaria, sin que ello vulnere los principios de tipicidad y de legalidad, siempre y cuando sea posible llevar a cabo la correspondiente remisión normativa o interpretación sistemática que le permita al operador disciplinario establecer y determinar inequívocamente el alcance de la conducta reprochable y de la sanción correspondiente. (s.p.).

Por el contrario, el mismo concepto de falta disciplinaria como tipo sancionador corresponde a una indefinición normativa, que debe ser complementada, en la mayoría de los casos, por normas externas. El artículo que define la falta disciplinaria, lo hace en los siguientes términos:

ARTICULO 26.La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria y, por lo tanto, da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria

correspondiente la incursión en cualquiera de las conductas previstas en este código que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en esta ley.

Así pues, aunque desde el artículo 52 de la ley pluri-mencionada se enlistan una serie de conductas que llevan a determinar la existencia de faltas gravísimas, lo mismo no ocurre con las faltas graves o leves, las cuales son de determinación del instructor, quien debe tomar en cuenta específicamente otras normas como decretos o inclusive, los manuales de funciones de los empleos.

Con base en lo expuesto, se puede indicar que el régimen de responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, se caracteriza por lo siguiente:

- Es más riguroso que el de derecho privado, en tanto involucra intereses generales.
- Es de carácter legal, pero debe complementarse con normas reglamentarias de todo orden.
- No existen faltas disciplinarias taxativas, salvo las gravísimas, por lo demás, el criterio subjetivo será el que marque la pauta del tipo de sanción.
- Finalmente, la razón de ser más riguroso el sistema disciplinario, es la existencia de una relación especial de sujeción entre el Estado y sus servidores.

Debemos, antes de finalizar, señalar que el acoso laboral es una conducta sancionable desde la óptica del derecho disciplinario, no obstante, para su concreción, es necesario realizar esa adecuación típica de la conducta, aspecto que resultará en el estudio de la problemática en esta investigación.

2. Trabajo presencial, teletrabajo y trabajo en casa en el derecho administrativo laboral.

Como parte de la necesaria modernización laboral en Colombia, en el año 2008 fue expedida la Ley 1221 de 2008, por medio de la cual se reguló el teletrabajo en Colombia. Esta modalidad de trabajo, se caracteriza, en palabras de la mis Ley, por ser una forma de organización laboral, que permite la realización de las actividades utilizando soporte de tecnologías de la información y las comunicaciones-TIC. De esta manera, al tenor de la Ley, no se requiere la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.

Con ocasión de la pandemia que se generó por el COVID-19, el Decreto 491 de 2020 permitió a las entidades públicas la implementación de una modalidad especial de trabajo, el trabajo en casa, que se concibió como una situación ocasional, temporal y excepcional, que no exige los mismos requisitos del teletrabajo, que entre otros son la visita y autorización previa por parte de la Aseguradora de Riesgos Laborales (Ministerio de Trabajo, 2020, S.P.)

En principio, la confusión que se presentó llevó a que se aplicaran en materia de trabajo en casa, normas propias del teletrabajo, desconociendo

los mismos mandatos que fueron señalados por el Ministerio del Trabajo en la circular previamente señalada. Uno de los puntos que mayor acogida pudo tener, fue el expuesto en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008, en donde se indicó que a los teletrabajadores, por la naturaleza especial de sus labores, no le eran aplicables las disposiciones de jornada laboral, horas extra y trabajo nocturno.

Esta malinterpretación que se pudo presentar, eventualmente desencadena en fenómenos de fractura y daño de relaciones entre jefes y subalternos, ya que las condiciones laborales se vieron afectadas por la incertidumbre normativa que generó esta circunstancia.

No obstante, un pronunciamiento de la Corte Constitucional (2021), cuya sentencia aún no ha sido publicada en su integridad por parte del Alto Tribunal, despejó una duda respecto del teletrabajo, que resulta aplicable en este caso si por analogía. En la sentencia C- 103 de 2021, se explicó como ese numeral 1 del artículo 6 de la ley en mención, de ninguna manera puede considerarse como como un precepto que permita aumentar la jornada laboral mensual consignada en las normas sustantivas (en este caso del C.S.T), ya que existen unos derechos mínimos en materia laboral que deben ser respetados, por expresa disposición constitucional.

En tal sentido, sin que el teletrabajo sea una modalidad igual al trabajo en casa, resulta aplicar de la misma manera el argumento develado por la Corte Constitucional: Que el Decreto 491 de 2020 y la Circular 021 de 2020, hayan permitido acceder a una modalidad de trabajo en casa, la misma no puede desconocer garantías mínimas que han sido reconocidas por el ordenamiento jurídico, como el máximo de horas laborales.

De igual forma, en el comunicado que fue expedido por el Alto Tribunal, se aclaró la diferencia entre teletrabajo y trabajo en casa, así:

Finalmente, en la sentencia también se aclaró que la figura del teletrabajo es distinta al trabajo en casa, adoptado con ocasión de la pandemia del COVID19. En efecto, no se trata de conceptos asimilables, pues mientras el primero se sujeta indispensablemente al uso de las TIC para el desempeño de la actividad y el contacto con la empresa; el trabajo en casa, como lo establece el Ministerio del Trabajo, responde a una “(...) situación ocasional, temporal y excepcional, [ajena a] los requerimientos necesarios para el teletrabajo, y [que] se constituye [en] una alternativa viable y enmarcada en el ordenamiento legal, para el desarrollo de las actividades laborales en el marco de la actual emergencia sanitaria. (S.P.).

Ahora, lo que si es claro es que ninguna disposición o regulación, previa a la expedición de la Ley 2088 de 2021, estableció la forma de ejercer el control y supervisión de la realización del trabajo en casa, además que las entidades públicas no fueron en su momento prudentes, a la hora de regular en sus entidades la forma de realizar el trabajo en casa. No obstante, la falta de regulación no pudo ser justificación para que se desconociera la existencia de unos mínimos laborales garantizados en el sector público.

El legislador, en forma precisa y necesaria en la citada Ley 2088 de 2021, estableció que la jornada de trabajo durante el trabajo en casa, se conservará respecto de los reglamentos establecidos para los servidores públicos, garantizando de igual manera el derecho a la desconexión laboral, entendida como

la garantía y el derecho que tiene todo trabajador y servidor público a disfrutar de su tiempo de descanso, permisos, vacaciones, feriados, licencias con el fin de conciliar su vida personal, familiar y laboral. Por su parte el empleador se abstendrá de formular órdenes u otros requerimientos al trabajador por fuera de la jornada laboral. (Congreso de la República, 2021, S.P.)

A pesar de la claridad jurídica que fue otorgada por el legislador, lo cierto es que quedaron vacíos normativos anteriores a mayo de 2021, básicamente lo que sucedió entre marzo de 2020 y esta fecha, aspecto que se analizará a la luz del acoso laboral, con la finalidad de determinar el posible alcance disciplinario de estas conductas, en el marco de la pandemia del COVID-19.

3. Acoso laboral virtual en el marco de la pandemia de COVID-19: Un asunto para evaluar.

El acoso laboral como fenómeno jurídico, obligó a que en el año 2006 se expidiera la Ley 1010 que desarrolla sustancialmente los efectos derivados de este fenómeno. El acoso, ha sido definido por la OIT (como fue citado por la Corte Constitucional, 2020), como una acción verbal o psicológica sistemática, persistente y repetitiva, en donde una persona o grupo de personas hieren a un trabajador, lo humillan, lo ofenden, etc.

Esta definición resulta siendo muy poco ilustrativa, no obstante, el ordenamiento positivo, en el artículo 2 de la mencionada ley, señala el acoso laboral como aquella conducta persistente y demostrable, que es ejercida por un empleado, trabajador, jefe o superior, respecto de un

subalterno o compañero, que tiene por propósito infundir miedo, terror y angustia, desmotivar al trabajador o inducir a su renuncia.

Acorde con la misma Ley, el acoso laboral se puede presentar por maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad o desprotección laboral, que acorde con el anterior significado, tenga la vocación de afectar el derecho fundamental de las personas a tener un trabajo en condiciones dignas. Para su configuración, resulta de suma importancia que se trate de actuaciones repetitivas y públicas.

El artículo 7 de la Ley 1010 de 2006 señaló una serie de eventos (no taxativos) que presumen la existencia de un acoso laboral, encontrando dentro del literal j) el hecho en que el victimario, exija al trabajador a laborar en horarios excesivos, respecto de la jornada laboral contratada o legalmente establecida.

Pues bien, si realizamos el análisis respecto de lo que se venía señalando en capítulos anteriores, lo cierto es que para la configuración de una falta disciplinaria de este tipo, se requiere de la descripción de la conducta, que en este caso es clara, no obstante, exige igualmente una norma interpretativa, que extienda claridad respecto de que se entiende por “horarios excesivos”.

Si se analiza desde una teoría restrictiva de la responsabilidad disciplinaria, la exigencia de trabajo en cualquier momento del día, **no implica la existencia de responsabilidad disciplinaria**, ya que eventualmente, se puede indicar que no existe un horario de trabajo establecido, en todos los casos, ya que la modalidad de trabajo en casa, al

no estar expresamente reguladas en normas de carácter reglamentario, impiden la construcción completa del silogismo.

No obstante, esta teoría que señala una inexistencia del tipo disciplinario no es aplicable en aquellos eventos en los cuales, la entidad pública, en desarrollo de su autonomía administrativa, expidió actos administrativos en donde regulara las horas de trabajo en el marco de esta modalidad transitoria, ya que, en esos eventos, se cuenta con el parámetro objetivo de horario que permite determinar los excesos.

Sin embargo, no compartimos una posición de este tipo, no era necesario que existiera una regulación expresa para el trabajo en casa por varios motivos:

i) El trabajo en casa como fenómeno transitorio, especial y surgido de una excepcionalidad, no modificó las condiciones legales y reglamentarias propias del empleo público.

ii) En segundo lugar, existen unos derechos mínimos garantizados, por el ordenamiento jurídico y la constitución, por ende, implícitamente, el trabajo en casa puede que no tuviera un horario establecido, si tiene un tope máximo de horas a trabajar.

iii) Una interpretación en sentido contrario, puede llevar al despropósito de deshumanizar el servicio público, desconociendo que el componente subjetivo del empleo público es la persona capacitada para el ejercicio de un cargo, quien también ostenta una serie de derechos.

Acorde con lo señalado, **se puede concluir parcialmente** que, en aquellos eventos en donde hubo un acoso laboral en época de pandemia, por la solicitud de trabajo excesivo o en horas no ajustadas a las ordinarias, lo cierto es que esa conducta genera responsabilidad disciplinaria, que es punible a través del procedimiento disciplinario señalado en la Ley 734 de 2002.

Esta posición, sensata por cierto y garantista de los derechos tanto de la víctima como del causante del acoso, ya que por un lado, exalta lo humano que es propio del trabajo, el límite normal de cualquier ser humano, además, resulta garantista también para quien comete acoso, pues se basa en un supuesto que es ajustado a derecho y es que existe un máximo implícito de trabajo para cualquier servidor público.

Conclusiones

Ahora bien, antes de finalizar resulta pertinente calificar la conducta, acorde con los parámetros señalados en la Ley 1952 de 2019, nuevo Código General Disciplinario y la misma Ley 1010 de 2006. Acorde con esta última disposición, especialmente la de su artículo 10, el acoso laboral se considera como una falta gravísima y por su misma naturaleza, la misma será por regla general dolosa, es decir, con conocimiento y voluntad para su ejercicio.

Ahora, si ello se traslada al ámbito de las sanciones, lo cierto es que en un evento así, el acoso laboral puede dar lugar a la imposición de sanción de destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos (art. 48 Ley 1952 de 2019), por el término de diez (10) a veinte (20) años.

A pesar de que pudiera parecer una sanción desproporcionada, lo cierto es que el acoso laboral, en la dimensión que se presente, debe ser castigada como falta gravísima, su impacto resulta siendo mayor ya que: i) afecta directamente garantías fundamentales de los trabajadores, además que ii) puede perturbar el correcto funcionamiento de una entidad, con las consecuencias que ello conlleva.

Aún más, si tenemos en cuenta su presentación en periodo pandémico, la sanción resulta más que proporcionada, ya que, en un momento de angustia global, lo que más se espera, es el respeto y la comprensión, y no es tolerable, desde ningún punto de vista, que se lesionen garantías fundamentales, especialmente el trabajo, que además de ser la fuente de sustento de cualquier persona, es el mecanismo ideal para la dignificación del ser humano (Corte Constitucional, 2002).

Por lo anterior, a pesar de contar con unas normas disciplinarias que actualmente pueden catalogarse como viejas, las mismas, realizando la adecuación de la conducta a eventos de acoso laboral, en los términos de la Ley 1010 de 2006, pueden proporcionar sanciones prudentes y razonables a la gravedad de la conducta.

Pero, podría ser valioso para el derecho disciplinario y el derecho de la función pública, que en los próximos años se realicen modificaciones a la Ley de acoso laboral, con la finalidad de actualizar su contenido a nuevos eventos que pueden asociarse a este fenómeno y especialmente, realizar una distinción pertinente y necesaria entre el sector público y el sector privado.

Bibliografía

Congreso de la República. (05 de febrero de 2002). Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. [Ley 734 de 2002]

Congreso de la República. (12 de mayo de 2021). Por la cual se regula el trabajo y se dictan otras disposiciones. [Ley 2088 de 2021]

Congreso de la República (28 de enero de 2019). Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario. [Ley 1952 de 2019]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (26 de mayo de 2016). Sentencia exp. 68001233100020000140001 (30912013). C.P. Gabriel Valbuena.

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). Legis.

Corte Constitucional, Sala Plena. (12 de marzo de 2002). Sentencia C-181 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sala Plena. (1 de febrero de 2012). Sentencia C-030 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sala Plena. (7 de noviembre de 1998). Sentencia C-563 de 1998. M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL y Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (18 de agosto de 2020). Sentencia T-317 de 2020. M.P. Cristina Pardo.

Corte Constitucional, Sala Plena (14 de febrero de 2002). Sentencia C- 107 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, Sala Plena. (21 de abril de 2021). Sentencia C-103 DE 2021. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de julio de 2014). Sentencia C-500 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sala Plena. (14 de noviembre de 2007). Sentencia C-957 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Gómez, C.A. (2017). Dogmática del Derecho Disciplinario. Universidad Externado de Colombia.

Ministerio del Trabajo. (17 de marzo de 2020). Medidas de protección al empleo con ocasión de la fase de contención de COVID-19 y de la declaración de emergencia sanitaria. [Circular 021 de 2020]

Presidencia de la República. (22 de marzo de 2020). Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público. [Decreto 457 del 2020]

Presidencia de la República. (17 de marzo de 2005). Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos

correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004. [Decreto 770 de 2005]

Quinche, M.F. (2012). Derecho Constitucional Colombiano: De la Carta de 1991 y sus reformas.

Rincón, J.I. (2009). Derecho Administrativo Laboral: empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral. Universidad Externado de Colombia.