



La notificación por medios electrónicos de los actos administrativos relativos a los empleados públicos en Colombia: tensión entre la legalidad estricta y el consentimiento tácito en el contexto del gobierno digital

Sandra Yaneth Jiménez Correa

Autora

María Soledad Gómez Guzmán

Gustavo Adolfo García Arango

Directores

Monografía presentada para optar al título
MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

Escuela de posgrados

Medellín

2022

Tabla de Contenido

Resumen.....	4
Introducción.....	5
CAPÍTULO 1.....	13
GOBIERNO DIGITAL Y GOBERNANZA PÚBLICA ELECTRÓNICA: EL ESTADO EN LA ERA DE LA 4RI.....	13
1.1. Gobierno digital.....	15
1.1.1. La sociedad de la información.....	16
1.1.2. Implementación de la sociedad de la información en Colombia... ..	18
1.1.3. Estrategia Gobierno en Línea y Política de Gobierno Digital.....	19
1.2. Gobernanza electrónica.....	25
1.3. Notificación por medios electrónicos.....	28
1.3.1. Medios electrónicos.....	29
1.3.2. Sede electrónica.....	31
1.3.3. Dirección electrónica.....	34
1.3.4. Correo electrónico.....	34
1.3.5. Redes sociales y aplicaciones de mensajería instantánea (Facebook, Twitter, Instagram, Whatsapp, Telegram).....	36
1.3.6. Otros medios (mensaje de texto, fax, correo al buzón.....	38
1.4. Derecho al Habeas data.....	39
1.4.1. La autodeterminación informativa.....	40
1.4.2. Consentimiento.....	42
CAPÍTULO 2.	45
EL DEBIDO PROCESO EN EL CONTEXTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	45
2.1. Clasificación de los servidores públicos.....	50
2.1.1. Miembros de corporaciones públicas.....	51
2.1.2. Trabajadores oficiales.....	51
2.1.3. Empleados públicos.....	52
2.2. Modalidades de provisión del empleo público.....	54
2.2.1. Nombramientos.....	54
2.2.2. Movimientos de personal.....	55
2.2.3. Evaluación del desempeño, situaciones administrativas y reintegro.....	55

2.3. El sistema de estímulos para empleados del Estado.....	56
2.4. Las Sanciones disciplinarias.....	57
2.5. Desvinculación del empleo público.....	59
2.6. Debido proceso en las relaciones legales y reglamentarias.....	59
2.7. El consentimiento en la notificación por correo electrónico institucional de los actos administrativos en las relaciones legales y reglamentarias.....	67
CAPÍTULO 3.	73
ENTRE LA LEGALIDAD ESTRICTA Y EL CONSENTIMIENTO TÁCITO EN LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA.....	73
3.1. La legalidad estricta.....	74
3.2. Argumentos a favor de la notificación por correo electrónico a empleados públicos sin mediar autorización escrita.....	75
3.2.1. Principios de eficiencia, eficacia, economía y celeridad.....	75
3.2.2. Relación legal y reglamentaria.....	76
3.2.3. Obligatoriedad de los reglamentos.....	78
3.2.4. Obligatoriedad del correo electrónico por parte de entidades públicas.....	79
3.2.5. Obligatoriedad del uso del correo electrónico en materia de notificaciones existentes a la fecha.....	80
3.2.6. La experiencia de la pandemia.....	81
3.2.7. Carácter de los datos.....	82
3.3. Alternativa de solución a la tensión que se presenta entre la legalidad estricta y el consentimiento tácito.....	85
3.3.1. Acta de posesión.....	85
3.3.2. Reglamento interno de trabajo.....	85
3.3.3. Obligatoriedad por MinTIC.....	86
3.3.4. Excepciones.....	86
3.3.5. Prohibiciones.....	87
Conclusiones.....	88
Bibliografía.....	92
ANEXO 1.....	104
Categorías de los empleados públicos.....	104
ANEXO 2.....	108
Situaciones administrativas de los empleados públicos.....	108

Resumen

Mediante esta investigación se verificó que a la luz del ordenamiento jurídico, las entidades públicas pueden notificar al correo electrónico institucional de sus empleados públicos, los actos administrativos relacionados con la función pública, sin que les sea exigible la autorización escrita del empleado, lo que no implica la vulneración de la autodeterminación informativa, siempre que se garantice el debido proceso en el marco de un gobierno digital que reconoce el uso de las TIC como instrumento de buena administración centrado en el ciudadano, orientado a una mayor eficiencia, economía, celeridad y transparencia en el cumplimiento de los cometidos estatales.

Palabras clave: Correo electrónico institucional, empleado público, autodeterminación informativa, dato público, debido proceso.

Introducción

Las transformaciones originadas como consecuencia de la cuarta revolución industrial (Revolución 4.0 o 4RI), han impactado a la sociedad en general, cambiando la forma en que vivimos, trabajamos y nos relacionamos (Llanes-Font et al., 2020). El auge de las tecnologías de la información y las comunicaciones TIC ha generado nuevos retos para la administración pública que le exigen tener una mayor capacidad de respuesta ante la creciente participación ciudadana, centrada en la satisfacción de sus necesidades y expectativas, las cuales debe atender de manera más eficiente, eficaz y transparente (Llanes-Font et al., 2020).

El papel de los empleados públicos es fundamental para que las entidades logren estos objetivos bajo los principios de eficiencia, eficacia, celeridad y economía, lo que implica un cambio de paradigma y, en consecuencia, nuevas maneras de pensar y actuar que les permitan afrontar los retos que plantean las tecnologías y las nuevas formas de relación entre la sociedad y el Estado, para dar cumplimiento a dichos principios, en el contexto de una gobernanza pública electrónica.

Por tanto, para lograr los fines esenciales previstos en la Constitución¹, el Estado se apoya en diferentes medios. El más importante de ellos es el talento humano. Podemos definir el talento humano como el conjunto de personas naturales que se vincula con el Estado, mediante una relación laboral, con el fin de concretar su voluntad. Según datos del Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP (2022), en Colombia, el número de servidores públicos distribuidos por todo el territorio nacional, asciende a un poco más de 1.318.000, lo que indica que el Estado es el mayor empleador del país.

Dentro de los servidores públicos están los empleados públicos, cuya vinculación laboral con el Estado se da a través de una relación legal y reglamentaria, es decir, de carácter estatutario. Ello significa que los derechos y obligaciones que surgen de esa relación laboral se encuentran regulados y definidos previamente en la ley y en el reglamento, lo que deriva en que no sea posible acordar las condiciones del trabajo en tanto se encuentran establecidas

¹ De conformidad con el artículo 2° de la Constitución Política, son fines esenciales del Estado, entre otros, los siguientes: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación

en el ordenamiento jurídico y en el reglamento, los cuales contienen el catálogo de derechos y deberes del empleado público.

Durante la relación laboral con sus empleados, las entidades públicas emiten de forma permanente actos administrativos asociados a la función pública, los cuales deben ser dados a conocer a sus destinatarios en la forma y requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico, con el fin de garantizar sus derechos fundamentales, en especial el debido proceso a la luz del artículo 29 de la Constitución Política.

Según lo establece la Ley 1437 de 2011², la notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto debe surtirse de manera personal al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse y, en virtud de los cambios propios del contexto y consolidación de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), esta notificación personal puede efectuarse por medio electrónico, que procederá siempre y cuando el interesado acepte previa y expresamente ser notificado de esta manera, y en estrados (art. 67), en el marco de la libre autodeterminación informativa y el derecho al debido proceso.

En el caso puntual de los empleados públicos, en materia de notificación de actos administrativos de carácter particular y concreto relativos a la función pública, el ordenamiento jurídico colombiano no contempla un tratamiento diferente para llevar a cabo la notificación personal por medios electrónicos, por lo que en principio puede afirmarse que en estos eventos debe mediar la aceptación del empleado.

Sin embargo, durante la relación laboral de los empleados públicos se presentan diversas situaciones administrativas que culminan con la expedición de actos administrativos que deben ser notificados en debida forma en el marco del debido proceso; pero, cuya notificación personal en muchas ocasiones se dificulta debido a múltiples circunstancias personales y geográficas, debiéndose agotar otros medios para llevar a cabo la notificación por cuanto no se cuenta con una autorización escrita por parte del empleado público para que se le notifique la decisión al correo electrónico. Esto genera dilaciones tanto para los empleados públicos como para la entidad por cuanto estas diligencias no se tramitan en términos de eficacia, economía y celeridad requeridas, haciendo inoperantes los principios

² Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

exigidos en el cumplimiento de los fines del Estado y perjudicando incluso la misma comunidad o entorpeciendo los procesos administrativos.

Lo anterior, aunque jurídicamente las entidades públicas tienen la obligación de proporcionar un correo institucional a los empleados públicos, el cual hace parte de la información que deben publicar las entidades en el marco de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública (lit. c, art. 9, Ley 1712 de 2014), y porque, además, los empleados públicos tienen una relación especial de sujeción y por tanto, se obligan a la ley y los reglamentos.

Esto nos lleva a reflexionar sobre la posibilidad de que estas notificaciones se puedan efectuar por medios electrónicos y específicamente, que puedan ser enviadas al correo institucional del empleado público, sin que medie autorización expresa y escrita para tal fin, pero garantizando otros derechos como el debido proceso, la autodeterminación informativa y el principio de legalidad.

Aquí es donde se vislumbra y se propone un cambio de paradigma como solución a la tensión que surge entre lo establecido a nivel general por el artículo 67 de la Ley 1437 de 2011 que exige la autorización previa y expresa para hacer la notificación por medios electrónicos *versus* la naturaleza jurídica del empleado público que tiene una relación legal y reglamentaria, aunada a la obligación legal que tienen las entidades públicas de otorgar y publicitar los correos electrónicos de los empleados públicos.³ Es decir, la tensión que surge entre el derecho de autodeterminación informativa, el derecho al debido proceso y la naturaleza del empleo público, que implica unas obligaciones legales y reglamentarias.

En virtud de lo expuesto, esta investigación se propone analizar de qué manera las entidades públicas garantizan a los empleados públicos el debido proceso en las notificaciones por medios electrónicos de los actos administrativos relacionados con la función pública, en el marco de un gobierno digital que propende por el uso y apropiación de

³ En el marco de la Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario, es deber de todo servidor público “5. Utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función...” (art. 38); conforme el numeral 1 del artículo 2.2.30.4.1 del Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública, deben disponer de los instrumentos adecuados, puestos a disposición por la entidad. Por disposición del literal C del art. 9 de la Ley 1712 de 2014, la entidad pública debe publicar el correo electrónico de los servidores; el Decreto Nacional 1081 de 2015 dispone en el 2.1.1.2.1.5 la obligación de publicar un directorio de información de servidores públicos, empleados y contratistas con la dirección de correo electrónico institucional; obligación que reglamenta la Resolución 1519 de 2020 del Ministerio de las Tecnologías, la Información y la Comunicación.

los medios tecnológicos en aras de consolidar una gobernanza pública electrónica, que permita una mayor eficiencia, economía, celeridad y transparencia en el cumplimiento de los cometidos estatales y, al mismo tiempo, garantice el derecho a la autodeterminación informativa y el principio de legalidad.

La interpretación que generalmente se da a la norma que posibilita la notificación por medios electrónicos es que la autorización debe ser expresa y esto tiene incidencia al momento de llevar a cabo la notificación personal cuando el empleado no emite previamente y por escrito su autorización, lo que obliga a la entidad a acudir a la forma en que tradicionalmente se practica la notificación personal; esto es, enviando la citación dentro de los cinco días siguientes a la expedición del acto y en caso de no poder notificar dentro de este término, procede a notificar por aviso.

La tensión derivada de la forma en que tradicionalmente se notifica, denota el apego a una legalidad estricta que no está en consonancia con el desarrollo de las tecnologías de la información, los principios de eficiencia y economía, el buen gobierno y la tramitación electrónica. Esto obliga a repensar estas interpretaciones a la luz de la autodeterminación informativa, el principio de legalidad, el debido proceso y los principios que rigen la función pública en el contexto de la cuarta revolución industrial.

La Política de Gobierno Digital definida por el Ministerio de Tecnologías de Información y las Comunicaciones (MinTIC), está orientada a lograr que las entidades públicas sean más eficientes para atender las necesidades y problemáticas de los ciudadanos y que estos sean los protagonistas en los procesos de cambio a través del uso y apropiación de las tecnologías digitales, lo que conlleva un mayor avance en materia de eficiencia administrativa, permitiendo que las entidades públicas sean más proactivas e innovadoras, garantizando con ello la satisfacción de necesidades y problemáticas a través del aprovechamiento de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Por lo tanto, es preciso que, si el Estado propende por ser más eficiente, esto también deba darse en el relacionamiento con sus empleados públicos.

El uso del correo electrónico en materia de notificaciones de actos administrativos, que involucra derechos fundamentales como el debido proceso, la publicidad y la autodeterminación informativa, se torna cada vez más necesario e ineludible en todos los ámbitos del actuar del ser humano debido a la interacción permanente que ofrecen las TIC.

Por ello es fundamental que, a raíz de estos avances en materia de tecnologías de la información, se replantee la forma tradicional de notificar actos administrativos a la luz del principio de legalidad y dentro de este el de publicidad, en concordancia con la protección constitucional de los datos personales, ponderando su interpretación y aplicación en el contexto del gobierno digital.

Conforme lo anterior, el presente escrito pretende analizar y proponer elementos que permitan un cambio de paradigma y replantear la aplicación de estos principios y derechos, como una alternativa de solución. Para ello, se profundizará en el estudio del desarrollo y avances de la política de Gobierno Digital como instrumento de transformación para la consolidación de un Estado y ciudadanos proactivos e innovadores en un entorno de confianza digital.

Asimismo, se estudiará la vinculación laboral de los empleados públicos, con las diferentes situaciones que conllevan la expedición de actos administrativos que les deben ser notificados, así como los requisitos que deben cumplirse para surtir la notificación a través de medios electrónicos.

También se examinará de qué manera se materializa la expresión del consentimiento frente a la administración pública en materia de notificaciones por medios electrónicos, a partir de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia, de forma tal que se garantice a su vez el derecho a la autodeterminación informativa. Finalmente, se propondrán elementos que permitan repensar y replantear la aplicación del debido proceso, la legalidad la autodeterminación informativa en notificaciones por medios electrónicos, en el contexto del gobierno digital, como una alternativa de solución a la tensión que se presenta entre la legalidad estricta y el consentimiento tácito.

Para sustentar la hipótesis que más adelante se formulará, el trabajo se divide en tres capítulos. En el primero se hace una contextualización sobre los antecedentes que han permitido avanzar hacia la implementación de las TIC en la gestión del Estado colombiano, especialmente, los cambios que se han implementado hasta la actual política de gobierno digital. Asimismo, se abordará la gobernanza electrónica y la buena administración en la gestión del Estado colombiano, la notificación por medios electrónicos, y dentro de este, el derecho al hábeas data, la autodeterminación informativa y el consentimiento.

El segundo capítulo tendrá como finalidad analizar cómo se garantiza el debido proceso en el contexto de las relaciones legales y reglamentarias, para lo cual se realizará un breve estudio de la clasificación de los servidores públicos en el Estado colombiano, así como las diferentes modalidades de provisión del empleo público, las situaciones administrativas, el sistema de estímulos para empleados del Estado, las sanciones disciplinarias y la desvinculación del empleo público. Igualmente, se examinará a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, cómo se manifiesta el consentimiento en la notificación por correo electrónico institucional de los actos administrativos en las relaciones legales y reglamentarias.

Finalmente, en el tercer capítulo se replanteará la aplicación del debido proceso, el principio de legalidad y la autodeterminación informativa en notificaciones por medios electrónicos, y se propondrán alternativas de solución a la tensión que se presenta entre la legalidad estricta y el consentimiento tácito en el contexto del gobierno digital.

En relación con el aspecto metodológico, el tipo de investigación definido es de naturaleza descriptiva, que de acuerdo con Bernal (2010), es en la que “se muestran, narran, reseñan o identifican hechos, situaciones, rasgos, características de un objeto de estudio” (p. 113). Se utilizaron como técnicas e instrumentos acordes con el problema objeto de estudio que se realizó, la recolección y análisis de información relacionada con los planteamientos conceptuales de los temas anteriormente referenciados y que fundamentaron esta investigación. Se aplicó una metodología cualitativa con enfoque documental, mediante la búsqueda y selección de información en artículos, libros, revistas, etc., y particularmente sentencias de las Altas Cortes, con el fin de ordenar una determinada información que diera cuenta de una problemática específica (García, 2006).

El enfoque de la investigación fue de naturaleza cualitativa, en la cual se utilizaron diferentes estrategias de investigación en el marco del método documental principalmente, para el levantamiento, análisis de contenido, la sistematización de la información y, elaboración del informe. Además, el presente estudio en el marco de su unidad de análisis apunta, principalmente, a la comprensión de una realidad jurídica e institucional compleja, que refleja la tensión entre la legalidad estricta y el consentimiento tácito en el contexto del gobierno digital, la cual se evidencia a partir del análisis de la normativa vigente, la jurisprudencia, así como del estudio de conceptos ajenos a la disciplina jurídica pero que

resultan fundamentales para la comprensión del problema planteado y la propuesta de solución.

Es importante insistir que el corte descriptivo del trabajo se inscribe en la necesidad de explorar y sentar bases en el marco de una discusión jurídica que resulta compleja en el entramado institucional de las entidades públicas y que, además, atiende a problematizar aspectos jurídicos relevantes en lo que comporta la relación legal y reglamentaria de los empleados públicos. Lo anterior, toda vez que propone una discusión con miras a analizar el principio de legalidad en contextos sociales y jurídicos que, con el auge de las TIC debe ser reinterpretado, máxime cuando son las administraciones públicas las llamadas a garantizar y materializar los fines del Estado.

Así pues este trabajo evidencia que las TIC facilitan e incentivan la interacción entre sociedad y Estado al permitir que las personas accedan a sedes electrónicas, canales virtuales, medios electrónicos, etc., para presentar peticiones, recursos, realizar consultas, quejas, reclamos, participar en la discusión de proyectos normativos, etc., sin tener que desplazarse hasta las sedes físicas de las entidades públicas.

Esta interrelación materializa el derecho a relacionarse con la administración por medios electrónicos en el marco de una buena administración que propende por un mayor uso de las TIC, y en la cual los empleados públicos desempeñan un papel fundamental, pues son ellos quienes deben atender las solicitudes y requerimientos que formulan los ciudadanos por estos medios. En ese sentido, si el Estado fomenta el uso de las TIC en el relacionamiento con los ciudadanos, esto igualmente debe reflejarse en el relacionamiento con sus empleados públicos.

Corolario de lo anterior, tenemos que el correo electrónico, como medio de notificación de actos administrativos, garantiza los principios de eficiencia, economía, celeridad y publicidad y asegura los mismos resultados que la notificación practicada por medios tradicionales, en tanto que posibilita al destinatario conocer el contenido de la decisión e interponer los recursos si así lo considera, respetando el debido proceso, dada su equivalencia funcional. Asimismo, permite la accesibilidad para su consulta; la identidad de quien emite el mensaje y la certeza de que aprobó su contenido; la integridad de la información desde cuando se generó y la posibilidad de mostrarla; su conservación en el

formato original de envío o de recibo, con los datos de origen, destino, fecha y hora de envío, recepción o producción del documento.

Como resultado de esta investigación, se pretende demostrar que, como regla general, las entidades públicas pueden notificar a sus empleados públicos los actos administrativos relacionados con la función pública, a través del correo electrónico institucional, sin que se requiera una autorización, y garantizando el cumplimiento de los requisitos que aseguren el conocimiento, cierto y confiable del contenido de la decisión que se notifica, así como el ejercicio oportuno de los recursos que sean procedentes, sin que con ello se vulnere el debido proceso, el principio de legalidad y la autodeterminación informativa.

Lo anterior se sustenta por una parte, en la condición de dato público que ostenta el correo electrónico institucional, lo que deriva en que no se requiere del consentimiento o autorización del titular para su tratamiento; y por otra parte, en atención al carácter de la vinculación estatutaria del empleado público, que implica el cumplimiento de un catálogo de deberes que están previamente establecidos en la ley y en el reglamento, siendo uno de estos deberes utilizar los bienes y recursos asignados para el cumplimiento de su función, entre los cuales se encuentra el correo electrónico institucional, cuyo uso deviene en obligatorio.

La excepción a la regla procederá cuando el empleado público no disponga de esta herramienta institucional, pues es una realidad que aún existe una brecha digital en zonas rurales y apartadas que aún no cuentan con conectividad. Igualmente, deberán considerarse en los eventos en las cuales el empleado no se encuentre en servicio activo, por cuanto en esta situación el empleado no se encuentra en ejercicio de las funciones del empleo del cual tomó posesión.

Asimismo, no aplicaría para asuntos que no tengan relación con la vinculación laboral de los empleados públicos, en donde la relación sea entre ciudadano-Estado, como el caso de notificaciones por impuestos, multas, sanciones, etc. En este contexto, las entidades públicas no pueden utilizar el correo electrónico institucional como medio de notificación dado que en este caso, por tratarse de un dato semiprivado, sí requiere del consentimiento del titular.

CAPÍTULO 1

GOBIERNO DIGITAL Y GOBERNANZA PÚBLICA ELECTRÓNICA: EL ESTADO EN LA ERA DE LA 4RI

En este capítulo se realiza una contextualización del origen de la sociedad de la información y su implementación en la gestión del Estado Colombiano, analizando la evolución de las TIC en el relacionamiento del Estado con los ciudadanos en la era de la 4RI, lo que permitirá comprender todos los conceptos que soportan la génesis de la regulación de la notificación electrónica en el ordenamiento jurídico colombiano.

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC– han transformado la sociedad en todos los ámbitos: económico, social, político, jurídico, entre otros, lo que ha dado impulso para que los Estados adecúen sus ordenamientos jurídicos internos a estas necesidades. Es una realidad que el intercambio de información por escrito ha sido reemplazado por otros medios de comunicación que ofrecen las TIC, como el correo electrónico, las redes sociales y las aplicaciones de mensajería instantánea, que permiten la interacción permanente, no solo entre las personas, sino también en su relacionamiento con el Estado.

Esto conlleva que la administración actúe de forma dinámica, con eficiencia, celeridad, transparencia y publicidad, para lo cual debe contar con todos los recursos físicos, humanos y tecnológicos, de modo tal que cumpla con sus fines y cometidos. Asimismo, comprende que, en el relacionamiento entre el Estado y los ciudadanos, las tecnologías de la información y las comunicaciones se instituyan como instrumentos de buena administración, en donde la administración pública trascienda más allá de los escenarios formales e interactúe a través de los medios tecnológicos, en la medida en que con su implementación garantice el ejercicio de los derechos de los gobernados.

Colombia no ha sido ajena a esta transformación, pues en las últimas décadas ha formulado e implementado políticas públicas en las que las tecnologías de la información y las telecomunicaciones han permitido paulatinamente un mayor acercamiento entre la administración pública y de la sociedad, promoviendo de esta forma el buen gobierno.

A la luz del Código Iberoamericano de Buen Gobierno suscrito por el Estado colombiano, el *buen gobierno* es aquel que busca y promueve el interés general, la

participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de derecho (CLAD, 2006, p. 4).

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea estableció el derecho a la buena administración (artículo 41), como expresión de su buen funcionamiento y condensa una serie de principios, mandatos y directrices para las administraciones públicas, con garantías concretas para su protección.

Rodríguez-Arana, citado por Sánchez (2015), señala que:

...la buena administración, el buen gobierno, aspira a colocar en el centro del sistema a la persona y sus derechos fundamentales. Desde este punto de vista, es más sencillo llegar a acuerdos unos con otros, porque se trata de hacer políticas de compromiso real con las condiciones de vida de los ciudadanos, y no tanto hacer políticas para el ascenso en la carrera partidaria. (p. 19)

Siguiendo la misma línea, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública (CLAD, 2013, p. 2) dispone en su preámbulo que en el Estado Social y Democrático de Derecho el ciudadano posee un mayor estatus dada su creciente participación en los asuntos de interés general, de ahí que es fundamental el derecho a una buena Administración Pública que esté al servicio de la persona y que a la vez garantice la satisfacción de las necesidades públicas de forma permanente y con calidad.

Catalogar la buena administración pública en términos de un derecho fundamental, tiene consecuencias relevantes respecto de la forma cómo esa administración debe obrar en el cumplimiento de las funciones que constitucional, legal y reglamentariamente le han sido asignadas. En ese sentido, ya no solo se trata del ejercicio de la fuerza del derecho representado en la autoridad pública, sino de la garantía de derechos que exigen mayor diligencia y motivación en las decisiones que puedan afectar a los asociados. Es por ello que, en el numeral 25 de la referida Carta Iberoamericana, se señala que el derecho fundamental a la buena administración pública consiste en que los asuntos propios de lo público sean

tratados con “equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana”.

Para Rodríguez-Arana (2012), citado por Cabezas (2018), la buena administración como principio constitucional y a la vez como derecho fundamental, no solo posiciona a la persona como centro de la actividad administrativa sino que garantiza participación de los sectores marginales, generando mayor confianza institucional y para ello, la implementación de nuevas tecnologías contribuye al mejoramiento de las condiciones de los administrados, y a la disminución de las brechas sociales (pp. 454-462).

Adicionalmente, es preciso indicar que si bien en Colombia no está regulada expresamente la buena administración pública como derecho fundamental, este derecho podría equipararse y comprenderse a la luz de los principios constitucionales que desarrollan la función administrativa.

Es innegable que la SI ha influenciado todos los sectores de la sociedad, incluyendo la administración pública. En ese sentido, la implementación de las tecnologías de la información y de las comunicaciones debe hacerse en torno a garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas y fomentando la dignidad humana.

En concepto de la Comisión Europea, citada por Sánchez (2015, p. 10), el uso de las TIC en la administración pública debe ser entendido como la “administración electrónica” o “e-Administración”, cuya finalidad propende por transformar la cultura de la administración y debe estar al servicio de los ciudadanos, ser eficiente, eficaz, responsable, abierta, transparente, participativa, respetuosa de la ley y garante de los derechos de los ciudadanos (Sánchez, 2015, p. 10).

A continuación, se hará una breve reseña de los antecedentes que han permitido avanzar hacia la implementación de las TIC en la gestión del Estado colombiano, especialmente los cambios que se han implementado hasta la actual política de gobierno digital.

1.1 Gobierno digital

El gobierno digital se soporta en conceptos y tendencias globales, relacionados con los datos, la información y las transformaciones que han generado las TIC en todos los entornos

de la sociedad. Para entender el origen de la actual política de gobierno digital, es preciso conocer un poco sobre la sociedad de la información y su implementación en Colombia.

1.1.1 La sociedad de la información

Es definida por algunos sectores como el resultado de los cambios en la construcción de la realidad social por el uso de las TIC. Estos cambios fueron impulsados por los desarrollos tecnológicos en las sociedades industrializadas, generando nuevas formas de organización social, así como un fuerte crecimiento económico; situación que conllevó altos incrementos en la productividad de los países desarrollados, así como una estrategia de progreso de los países en vía de desarrollo. Este fenómeno se conoce con el nombre de Sociedad de la Información - SI, caracterizado porque a través de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) se posibilita el acceso y la manipulación de grandes volúmenes de información (Sánchez *et al.*, 2012, p. 114).

Se presenta, entonces, una transformación estructural de las relaciones de producción y de poder que conlleva la aparición de una nueva cultura. En la sociedad de la información la nueva estructura social es la “sociedad red” (Castells, 2009, pp. 87-92), que no es otra cosa que la nueva estructura social dominante y un fenómeno presente, en mayor o en menor medida, en todos los países y que rompe paradigmas y estructuras políticas, sociales y jurídicas impensables en otros estadios de nuestra cultura (Santofimio, 2011, p. 153).

La SI ha tenido un papel relevante en las agendas de desarrollo de casi todos los países del mundo, incluidos los de América Latina y el Caribe, que han implementado políticas, proyectos y estrategias para llevar a cabo esa transición (CEPAL, 2005, p.5). Así, las estrategias nacionales, también conocidas como agendas de la conectividad, agendas digitales o nombres similares, fueron consolidadas rápidamente en muchos países de la región (CEPAL, 2005, pp. 7-8).

De otro lado, es relevante mencionar que en 2007, los representantes de los gobiernos iberoamericanos aprobaron en Chile, la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, en cumplimiento al compromiso de reducir la brecha digital y convertir la SI en una oportunidad para todos, especialmente mediante la inclusión de quienes tengan menos posibilidad de acceso y corran peligro de quedar rezagados.

La carta propende por reconocer a los ciudadanos un derecho que les facilite su participación en la gestión pública y sus relaciones con la administración pública y que contribuya también a hacer estas más transparentes y respetuosas con el principio de igualdad, a la vez que más eficaces y eficientes. Asimismo, promueve la construcción de una sociedad de información y conocimiento, inclusiva, centrada en las personas y orientada al desarrollo.

En época más reciente, partiendo de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible –ODS– para lograr un mundo más próspero, en paz, justo e incluyente durante los próximos 15 años, la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto aprobada en Bogotá en el año 2016, señaló que los gobiernos deben priorizar acciones que garanticen el acceso a las plataformas tecnológicas y la reducción de la brecha digital y de forma complementaria, a seguir incorporando y utilizando de manera intensiva las TIC para mejorar los procesos y servicios públicos. Asimismo, deben continuar promoviendo el desarrollo de infraestructura tecnológica y de marcos legales que garanticen el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales en entornos digitales.

En igual sentido, indicó que los gobiernos deben beneficiarse de las nuevas plataformas tecnológicas y redes sociales digitales como medio para fomentar la participación digital de los ciudadanos, garantizando la coherencia y prontitud en la respuesta a sus demandas o consultas; para lo cual deben velar por que las tecnologías digitales sean fácilmente “apropiables” por la ciudadanía en su conjunto, beneficiando también los sectores más desfavorecidos de la sociedad y; para ello, deben promover el diseño y uso de herramientas que mejoren la calidad, oportunidad y entrega de bienes y servicios públicos (portales de gobierno, ventanillas únicas) y que puedan potenciar la interoperabilidad de los servicios e instituciones públicas, entre otros (CLAD, 2016, p. 15).

En este sentido, las TIC se han convertido en agentes transformadores de la sociedad, dado que posibilitan la creación de un nuevo espacio para realizar transacciones, interactuar, comunicarse o intercambiar información. Es la sociedad que considera que el motor del desarrollo social y económico está en la información y el conocimiento (Sánchez-Torres, 2006, citado en Sánchez et al., 2012, p. 119).

En términos del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia (MinTIC), la sociedad de la información es aquella en la cual las tecnologías son

protagonistas en las actividades sociales, culturales y económicas de los sujetos, las comunidades y los pueblos, está centrada en la persona y orientada a mejorar la calidad de vida y a promover el desarrollo sostenible (MinTIC, 2021, p.1).

1.1.2 Implementación de la sociedad de la información en Colombia

Con el fin de mejorar la competitividad del país, y promover e incentivar su desarrollo, Colombia ha participado en iniciativas como la Cumbre de la Sociedad de la Información, el Plan de Acción sobre la Sociedad de la Información de América Latina y el Caribe, la Alianza para el Gobierno Abierto, entre otros. Igualmente, ha incorporado en su agenda, políticas públicas para alcanzar este fin, evidenciándose con ello el propósito gubernamental de incorporar la sociedad de la información como modelo de sociedad. Desde marzo del 2000, la Agenda de Conectividad fue la instancia encargada de generar las políticas respecto a la Sociedad de la Información (CEPAL, 2005, p. 51).

Esta agenda es uno de los ejemplos exitosos de una estrategia nacional para la Sociedad de la Información integral, que lideró el trabajo de gobierno electrónico como temática rectora, lo cual se evidenció en su momento en los avances para poner en funcionamiento el proyecto de Trámites en Línea, Contratación Electrónica y un sistema Centralizado de Consultas de Información (CEPAL, 2005, p. 53).

La agenda fue diseñada por el Gobierno Nacional como una Política de Estado, aprobada por el CONPES mediante el Documento 3072 de 2000, con el objetivo de masificar el uso de las Tecnologías de la Información en Colombia y con ello, aumentar la competitividad del sector productivo, modernizar las instituciones públicas y socializar el acceso a la información.

Para lograr los objetivos anteriormente planteados, la Agenda de Conectividad contempló seis estrategias articuladas entre sí por un conjunto inicial de programas y proyectos, liderados cada uno de ellos por distintos organismos del Estado y coordinados entre sí (Departamento Nacional de Planeación [DNP], s. f.). Las estrategias de esta agenda fueron las siguientes: Acceso a la Infraestructura de la Información, Uso de TI en los procesos Educativos y Capacitación en el uso de TI, Uso de TI en las Empresas, Fomento a la Industria Nacional de TI, Generación de Contenido y Gobierno en Línea.

No obstante, es pertinente precisar que, con anterioridad a esta agenda, con la expedición de la Ley 527 de 1999 “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”, se definió y reglamentó el acceso y uso de los mensajes de datos del comercio electrónico y de las firmas digitales, con lo cual se inició el reconocimiento a nivel normativo de la importancia de implementar los medios tecnológicos como una nueva forma de comunicación y de transacción en diferentes ámbitos.

Aunque es una ley de comercio electrónico, su alcance va más allá de lo comercial, de tal forma que la interpretación jurídica sobre la validez de los mensajes de datos debe mirarse de una manera sistemática de acuerdo con los diferentes ámbitos en los cuales esta materia puede ser aplicada (Flórez, 2014, p. 45). Así lo concluyó la Corte Constitucional al indicar que esta Ley debe ser aplicada a cualquier campo de nuestro ordenamiento jurídico sin ningún tipo de distinción y en consecuencia, su espectro de aplicación es de carácter general (Sentencia C-831 de 2001).

Luego, con la expedición de la Ley 962 de 2005, que dictó disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos, se dispuso que para el trámite de notificación y publicación de tales actuaciones y actos, puedan utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas, debiendo las entidades y organismos de la administración hacer públicos los medios tecnológicos o electrónicos de que dispongan para permitir su utilización. Así mismo, se contempló la publicidad electrónica de normas y actos generales emitidos por la administración pública. Además, se reguló la publicidad y notificación de los actos de registro y término para recurrir, mediante la publicación de estos en medios electrónicos públicos.

Y en el inciso 3° del artículo 6 de esta ley, se contempló el uso de medios tecnológicos para atender los trámites y procedimientos de competencia de la administración, al posibilitar la presentación de peticiones, quejas, reclamaciones o recursos, mediante cualquier medio tecnológico o electrónico del cual dispusieran dichas entidades y organismos.

1.1.3 Estrategia Gobierno en Línea y Política de Gobierno Digital

La estrategia Gobierno en Línea se realizó en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP), liderado por el Departamento Nacional de Planeación (DNP). Por medio de la Directiva Presidencial 02 de 2000, que instó al cumplimiento obligatorio de la Agenda de la Conectividad por parte de todas las entidades públicas, se diseñó un plan de acción para su implementación integrado por tres fases. La primera relacionada con el suministro de información en línea a los ciudadanos; la segunda fase, consistió en ofrecer servicios y trámites en línea, simplificando la interacción de los ciudadanos con el Estado y la última denominada contratación en línea (DAFP, s. f.).

Los objetivos de Gobierno en Línea, conforme el CONPES 3072, fueron los siguientes: i) mejorar el funcionamiento y la eficiencia del Estado; ii) mejorar la transparencia del Estado y fortalecer el control social sobre la gestión pública; y iii) fortalecer la función del Estado de servicio al ciudadano a través del uso de tecnologías de la información. (DNP, 2000, p. 17).

Los lineamientos generales de la Estrategia de Gobierno en Línea se establecieron mediante el Decreto 1151 de 2008, con la finalidad de contribuir con la construcción de un Estado más eficiente, transparente y participativo, que preste mejores servicios a los ciudadanos y a las empresas a través del aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. La implementación de la estrategia sería en cinco (5) fases: Información en Línea, Interacción en Línea, Transacción en Línea, Transformación en Línea y Democracia en Línea, en cuya implementación se fijaron unas metas con responsables y plazos definidos (DAFP, s. f.).

Posteriormente, en el año 2009 se expidió la Ley 1341, que determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que rigen el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, define principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC–, crea la Agencia Nacional de Espectro y dicta otras disposiciones, esto, con el fin de facilitar el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información.

En el artículo 3° de esta ley, el Estado reconoce que son pilares para la consolidación de las sociedades de la información y del conocimiento: el acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el despliegue y uso eficiente de la infraestructura,

el desarrollo de contenidos y aplicaciones, la protección a los usuarios, la formación de talento humano en estas tecnologías y su carácter transversal.

Entre los principios orientadores de la mencionada ley, se dispuso la masificación del Gobierno en Línea, con el fin de lograr la prestación de servicios eficientes a los ciudadanos. Igualmente; mediante esta ley el Ministerio de Comunicaciones se convirtió en el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Luego, mediante el Documento CONPES 3650 de 2010, se declara de importancia estructural la implementación de la Estrategia de Gobierno en línea en Colombia y exhorta al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con el apoyo del DNP, a formular los lineamientos de política que contribuyan a la sostenibilidad de la Estrategia de Gobierno en Línea.

Por su parte, la Ley 1437 de 2011 propende por adaptar la gestión de la administración a los nuevos retos que traen consigo las TIC y en ese sentido, posibilita la realización de procedimientos y trámites administrativos mediante medios electrónicos ante las autoridades administrativas, imponiendo la obligación de garantizar la igualdad de acceso y asegurar mecanismos suficientes y adecuados, como lo es el acceso gratuito a los medios electrónicos, para lo cual impone al Gobierno Nacional la labor de establecer los estándares y protocolos que deberán cumplir las autoridades para incorporar en forma gradual la aplicación de medios electrónicos en los procedimientos administrativos.

Asimismo, la Ley 1474 de 2011 hace referencia al uso obligatorio de los sitios web de las entidades públicas como mecanismo para la divulgación de información pública. En igual sentido, el Decreto-Ley 019 de 2012 hace referencia al uso de medios electrónicos como elemento necesario en la optimización de los trámites ante la Administración Pública, estableciendo que las autoridades deben incentivar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones a efectos de que los procesos administrativos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

Posteriormente, el Decreto 2693 de 2012 reglamentó parcialmente la Ley 1341 de 2009, estableciendo los lineamientos para la Estrategia de Gobierno en Línea con el fin de armonizarla con las tendencias mundiales de gobierno electrónico y la nueva normatividad existente, extendiendo además su ámbito de aplicación a las entidades que conforman la administración pública, en los términos contenidos en la Ley 489 de 1998. Asimismo,

dispuso que la Estrategia de Gobierno en línea se desarrollaría conforme a los principios consagrados en los artículos 209 de la Constitución Política, 3° de la Ley 489 de 1998 y 3° de la Ley 1437 de 2011.

En el año 2014, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2573, compilado posteriormente en el Decreto Único Reglamentario 1078 de 2015, con el fin de complementar los lineamientos de la estrategia de Gobierno en Línea, y contribuir con la construcción de un Estado abierto, más eficiente, más transparente y más participativo y que preste mejores servicios con la colaboración de toda la sociedad, pero atendiendo a la vez las recomendaciones de la OCDE en Estrategias de Gobierno Digital, que insta a los gobiernos a adoptar enfoques más estratégicos para un uso de la tecnología que los impulse a ser más abiertos, participativos e innovadores.

Posteriormente, a raíz del proceso que Colombia llevó a cabo para ingresar a la OCDE y atendiendo las recomendaciones contenidas en el informe denominado “Revisión del Gobierno Digital en Colombia” (OCDE, 2018), la estrategia Gobierno en Línea se reemplazó por la política de Gobierno Digital, con el fin de dar solución a la necesidad del Gobierno Nacional de diseñar una política que le permitiera aprovechar todos los beneficios que ofrecen las TIC para modernizar la administración pública impulsada por el ciudadano y la satisfacción de sus necesidades.

El mencionado informe contiene el estudio realizado por la OCDE entre el 2017 y el 2018, que arrojó como uno de los pilares fundamentales para el Gobierno Digital el empoderamiento de los colombianos, quienes deben trabajar como coequiperos del Estado para proponer soluciones conjuntas a los problemas públicos. Por tanto, la importancia en la transformación digital del Gobierno de repensar los servicios y procesos tradicionales, debe entender las necesidades de los ciudadanos y cómo la tecnología contribuye a satisfacerlas de forma efectiva a través de un Gobierno Digital centrado en el usuario, en el diseño, la transparencia y la tecnología guiada por el uso y el aprovechamiento de los datos, entre otras (MinTIC, 2018).

El estudio analiza la transición del gobierno electrónico al gobierno digital, el marco de gobernanza del gobierno digital, el uso de las plataformas digitales y de los datos abiertos para lograr el compromiso y la colaboración con los ciudadanos, las condiciones necesarias para un sector público impulsado por los datos, y la coherencia de las políticas en un contexto

de diferencias territoriales significativas. Asimismo, proporciona recomendaciones de política concretas sobre el modo en que las tecnologías digitales y los datos pueden ser utilizados a fin de generar políticas y servicios impulsados por el ciudadano (OECD, 2018).

En consecuencia, mediante el Decreto 1008 de 2018 que subrogó el Capítulo 1 del Título 9, del Libro 2, de la Parte 2 del Decreto 1078 de 2015, el Gobierno Nacional oficializó el cambio de la estrategia Gobierno en Línea a la Política de Gobierno Digital, entendida como el uso y aprovechamiento de las tecnologías de la información y las comunicaciones para consolidar un Estado y ciudadanos competitivos, proactivos, e innovadores, que generen valor público en un entorno de confianza digital (MinTIC, 2018, p. 3).

La política se adoptó con el fin de avanzar hacia un desarrollo integral del gobierno digital que incluya territorios y ciudades inteligentes a partir del uso eficiente de las TIC, generando un nuevo enfoque que articule los diferentes actores de la sociedad con el Estado, con el fin de dar solución a las necesidades y problemática mediante el uso de la tecnología y la toma de decisiones basadas en los datos (Mineducación, 2018, p. 1).

Esta política se estructuró en dos componentes: i) TIC para el Estado, que tiene como objetivo mejorar el funcionamiento de las entidades públicas y su relación con otras entidades públicas, a través del uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y; ii) TIC para la sociedad, cuyo objetivo es fortalecer la sociedad y su relación con el Estado en un entorno confiable que permita la apertura y el aprovechamiento de los datos públicos, la colaboración en el desarrollo de productos y servicios de valor público, el diseño conjunto de servicios, la participación ciudadana en el diseño de políticas y normas, y la identificación de soluciones a problemáticas de interés común (MinTIC y DNP, 2018).

Para la implementación de la Política las entidades públicas deben aplicar el Manual de Gobierno Digital (2018) que define los lineamientos, estándares y acciones a ejecutar por parte de los sujetos obligados, el cual fue elaborado y publicado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en coordinación con el DNP (MinTIC y DNP, 2018).

La transición hacia la política de gobierno digital procura transformar las entidades públicas y dotarlas de capacidades que les permitan responder a las necesidades que demanda un escenario de economía digital, así como al establecimiento y desarrollo de ciudades y territorios inteligentes que les ofrezcan mejores condiciones a los ciudadanos y, por ende, un

nivel superior de vida. Con esto, se tiene por objetivo generar valor público por parte de todos los actores que construyen y aportan a lo público, en donde la ciudadanía se empodera y es protagonista de su realidad, y el Estado transforma sus servicios y se constituye en una plataforma para que los ciudadanos colaboren en la solución de problemas y necesidades (MinTIC y DNP, 2018).

De otro lado, el Índice de Gobierno Digital de la OCDE (Digital Government Index, DGI) como pieza clave que responde a la necesidad de contar con un instrumento para medir la transición desde el Gobierno Electrónico al Gobierno Digital, mide los niveles de adopción de enfoques estratégicos, herramientas de política pública, implementación y supervisión de las políticas de gobierno digital en los países miembros de la OCDE y otros países asociados.

En la publicación “*Índice de Gobierno Digital OCDE 2019*”, el Estado colombiano se ubicó en la tercera posición, luego de Corea del Sur y Reino Unido, evidenciando mayores avances en materia de Gobierno Digital en las dimensiones de Gobierno como plataforma y Proactividad. En términos de la OCDE, un gobierno digital actúa como plataforma, cuando o despliega una amplia gama de herramientas, normas y servicios para ayudar a los equipos a centrarse en las necesidades de los usuarios para el diseño y la prestación de servicios públicos. Asimismo, es proactivo cuando se anticipa a las necesidades de la ciudadanía y es capaz de responder rápidamente a ellas, simplificando la interacción con los usuarios y evitando la necesidad de procesos burocráticos y engorrosos (OCDE, 2019).

Según el informe, estos países presentan altos niveles de participación y colaboración con los ciudadanos, las empresas y los funcionarios públicos a lo largo del ciclo de política pública, lo que favorece el diseño y entrega de servicios acordes con las necesidades y expectativas de los usuarios.

Finalmente, la Política de Gobierno Digital se actualizó mediante el Decreto 767 de 16 de mayo de 2022, fundamentada en la interacción entre los grupos de interés representados por la ciudadanía, la academia, el sector privado, la sociedad civil y las entidades públicas. Está basada en principios como articulación, confianza, competitividad, cooperación, respeto por los derechos humanos, innovación, participación, proactividad, prospectiva y resiliencia tecnológica. Asimismo, tiene en cuenta elementos como gobernanza, cultura y apropiación, innovación pública, y estrategias dinamizadoras de Transformación Digital y Ciudades y

Territorios Inteligentes, buscando estar a la vanguardia del concepto dinámico de Gobierno Digital (MinTIC, 2022).

1.2. Gobernanza electrónica

La Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico subraya que la perspectiva desde la que se tiene que abordar el empleo de las TIC en la gestión pública es la del ciudadano y sus derechos. Así, existen dos objetivos inseparables en el proceso de reconocimiento del Derecho de acceso electrónico a las Administraciones Públicas a los que alude esta Carta: i) un objetivo final y directo en el sentido de reconocer a los ciudadanos el derecho a participar en la gestión de lo público y el relacionamiento con la administración pública, con el fin de que sea más transparente, respetuosa, eficaz y eficiente; y ii) un objetivo estratégico e indirecto que tiende a promover la construcción de una sociedad de información y conocimiento, inclusiva, centrada en las personas y orientada al desarrollo (CLAD, 2007, pp. 2-3).

En términos de esta Carta, el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas debe ser tan amplio como lo permita la naturaleza del trámite y pretensión de que se trate. En ese sentido, los ciudadanos pueden relacionarse con la administración pública por medios electrónicos, entre otros asuntos, para presentar escritos, recursos, reclamaciones y quejas así como recibir respuesta en las mismas condiciones que ofrecen los medios tradicionales, para realizar pagos, presentar y liquidar impuestos y cualquier otra clase de obligaciones, y para ser notificado cuando sea aceptado por el ciudadano. También, para acceder a la información pública, remitir los documentos con los mismos efectos que tienen cuando son presentados físicamente y a evitar la presentación de documentos que obren en poder de la administración (CLAD, 2007, pp. 9-10).

A nivel nacional encontramos el desarrollo de este derecho consagrado expresamente en el numeral 9 del artículo 5 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 1 de la Ley 2080 de 2021, según el cual toda persona tiene derecho a “relacionarse con las autoridades por cualquier medio tecnológico o electrónico disponible en la entidad o integrados en medios de acceso unificado a la administración pública”.

La materialización de este derecho se encuentra en los artículos 53 a 64 de la Ley 1437 de 2011, algunos modificados y/o adicionados por la Ley 2080 de 2021, referentes a la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo. Concretamente, para el tema objeto de esta investigación, la posibilidad de usar el correo electrónico como medio de notificación de actos administrativos se encuentra desarrollada en los siguientes artículos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA:

El artículo 53A posibilita el uso de medios electrónicos al disponer que cuando la autoridad habilite un canal digital como medio de comunicación, tendrá el deber de utilizar ese medio, y las personas naturales y jurídicas podrán usarlos cuando así esté dispuesto. Adicionalmente faculta a MinTIC, para establecer y reglamentar los procedimientos, trámites o servicios en los que será obligatorio el uso de medios electrónicos, tanto para las personas como para las entidades públicas, garantizando las condiciones de acceso a quienes no puedan acceder a los mismos.

Si bien, con esta disposición se fomenta la participación e interacción ciudadana en este proceso, no se logra cumplir esa finalidad, en tanto queda supeditada a la voluntad del Ministerio para reglamentar el tema.

Por su parte, el artículo 56, sobre la notificación electrónica, faculta a las autoridades para que notifiquen sus actos por medios electrónicos, con la condición de que el administrado haya aceptado este medio de notificación. El similar sentido, el artículo 67 que trata sobre la notificación personal, posibilita que las decisiones de carácter particular y concreto que finalicen una actuación administrativa, sean notificadas por medio electrónico cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

De conformidad con los artículos transcritos anteriormente, para efectos de iniciar el procedimiento administrativo, así como para llevar a cabo la notificación por medios electrónicos se requiere la aceptación del interesado.

Todo lo anterior está en sintonía con las mejores prácticas en países avanzados. Así, por ejemplo, en España, el derecho a relacionarse con la administración por medios electrónicos implica la obligación de implementar los medios para el efectivo ejercicio de este derecho. Su consagración legal se dio con la Ley 11/2007, que reglamentó el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (Sánchez, 2015, p. 499). Posteriormente, con la Ley 39 de 2015 la administración pasa a ser electrónica por defecto y

no es necesario el consentimiento de la ciudadanía para la relación electrónica. Si bien se tiene derecho a elegir y cambiar el canal presencial o electrónico, se puede presumir dicha elección, pasando del derecho a la obligación de comunicarse electrónicamente con la administración, casi por defecto (Cotino, 2018, p. 3.).

Esta Ley trajo importantes cambios, pues en la legislación anterior se exigía el consentimiento expreso para que la administración se relacionase electrónicamente, y ahora el consentimiento se considera tácito o por defecto. Igualmente se elimina la necesidad del consentimiento para la relación electrónica; ahora las personas pueden elegir el canal de relación. En materia de notificaciones, serán electrónicas de manera preferente y no se exige el consentimiento para practicarlas, sino que se podrá optar en cualquier momento por un tipo u otro de medio de notificación (Cotino, 2018, p. 5.).

Así, los ciudadanos españoles tienen el derecho a elegir el canal a para efectos de relacionarse por medios electrónicos, para lo cual tiene la potestad de elegir entre los que se encuentren disponibles por parte de las administraciones públicas.

Lorenzo Cotino, citado por Muñoz (2016, p. 90), sostiene que esta ley “peca de exceso de garantismo al reconocer este derecho a la intercambiabilidad o a la intermodalidad sin la expresión de ningún límite”. Lo anterior, por cuanto la excesiva garantía en este aspecto “puede generar disfuncionalidades, duplicidades, cargas innecesarias de trabajo administrativo y, sobre todo, usos espurios”.

En Colombia, contrario a lo que sucede en el ordenamiento jurídico español, pero que es un punto de referencia a donde llegaremos más temprano que tarde, el derecho a relacionarse electrónicamente con la administración es facultativo para la administración, conforme lo dispone el artículo 53 de la Ley 1437 de 2011 transcrito anteriormente, al indicar que “los procedimientos y trámites administrativos podrán realizarse a través de medios electrónicos”⁴. Por lo tanto, con el fin de avanzar en este aspecto, las administraciones deben

⁴ Este aspecto es esencial para la propuesta de la presente investigación, toda vez que la obligatoriedad universal de acceder a la administración pública por medios electrónicos radica en la accesibilidad a los medios tecnológicos y la Internet. Por ello, España ha podido jurídicamente exigirlo, pero Colombia lo deja facultativo, toda vez que aún hay retos y obstáculos por superar para lograr la universalización, aunque en la pandemia el legislador extraordinario declaró la regla fuera la interacción por correo electrónico obligatorio: “Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, la notificación o comunicación de los actos administrativos se hará por medios electrónicos. Para el efecto en todo trámite, proceso o procedimiento que se inicie será obligatorio indicar la dirección electrónica para recibir notificaciones, y con la sola radicación se entenderá que se ha dado la autorización.” (Art. 4, Decreto Legislativo 491 de 2020). Y solo por excepción, el ciudadano podrá actuar por otros medios, como lo señaló la Corte

hacer mayores esfuerzos en proveer los medios digitales para garantizar que el derecho a relacionarse electrónicamente con la administración pueda ejercerse efectivamente.

Conforme a la evolución de las TIC y en el marco del derecho a relacionarse electrónicamente con la administración pública, el uso de medios electrónicos debe ser la regla general y la tramitación mediante la presencialidad o en papel debe ser la excepción. Existe, entonces, un deber por parte de la administración de proveer los medios electrónicos y a la vez un derecho de los ciudadanos de relacionarse con la administración, para diferentes fines, a través de los medios electrónicos que aquella disponga en la respectiva reglamentación que para el efecto se expida, como garantía al derecho a la buena administración digital.

Actualmente, nuestra legislación dispone que para el uso de los medios electrónicos los ciudadanos deben dar su consentimiento expreso, contrario a lo que sucede en España, en donde el uso de medios electrónicos no exige el consentimiento, pero si el ciudadano ejerce este derecho, tendrá la posibilidad de elegir el canal, que incluso puede ser el presencial. Se trata entonces de un derecho subjetivo que depende de que se ponga a disposición el medio electrónico para hacer uso de estos, lo que implica que en efecto debe existir el medio electrónico (sede electrónica, portal o carpeta ciudadana) establecido por la administración pública.

No obstante, la transición hacia el uso de medios electrónicos como regla general deberá tener en consideración los sectores de la sociedad más desprotegidos y que por diferentes razones no tienen posibilidad de acceso a las TIC, con el fin de garantizarles igualmente la protección de sus derechos fundamentales y evitar discriminaciones.

1.3. Notificación por medios electrónicos

Constitucional, cuando haya “imposibilidad manifiesta” (C-242 de 2020). Así, a más de dos años de implementación, ha quedado evidenciado que sí es posible en Colombia exigir la obligatoriedad del correo electrónico para acceder a los servicios del Estado. Pero bajo la suposición que aún no es viable por la baja penetración tecnológica en el país, en el caso de los empleados públicos, las entidades públicas tienen la obligación de suministrar un correo electrónico, los equipos y el acceso a la Internet, aspecto que podría decirse que es la generalidad y solo en casos puntuales la excepción, como aquellos que trabajan en zonas rurales donde la implementación de las TIC todavía no ha llegado o se ha hecho de manera ineficiente. Bajo esta premisa, esta población estaría por fuera del supuesto y se le podría exigir la notificación por el correo electrónico institucional, de los actos administrativos relacionados con la función pública.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reconoce el derecho a relacionarse con la administración pública por cualquier medio tecnológico o electrónico disponible en la entidad y faculta a las autoridades para que notifiquen sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación, como se analizó en párrafos anteriores. Sin embargo, no señala ni enuncia cuáles son esos medios electrónicos a través de los cuales la administración puede notificar sus actos, por lo que es preciso recurrir a otras disposiciones a efectos de identificar cuáles son esos mecanismos que posibilitan esta forma de notificación. A continuación, se hará una revisión y análisis de este concepto con el fin de entender su alcance.

1.3.1 Medios electrónicos

La Ley 527 de 1999 contiene varias definiciones en su artículo segundo. Al referirse al “Mensaje de datos”, señala que este se entiende como “La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax” (Art. 2). Si bien no detalla qué debe entenderse por los medios electrónicos, sí trae varios ejemplos entre los cuales se encuentra el correo electrónico.

Por su parte, La Ley 1564 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”, en el párrafo 3° del artículo 103, relacionado con el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, aclara que cuando ese código se refiera al uso de correo electrónico, dirección electrónica, medios magnéticos o medios electrónicos, se debe entender que también pueden utilizarse otros sistemas de envío, transmisión, acceso y almacenamiento de mensajes de datos siempre que garanticen la autenticidad e integridad del intercambio o acceso de información. Así, es claro que no solo se circunscribe al uso del correo electrónico, sino que permite el uso de otros mensajes de datos, a la luz de lo dispuesto en la Ley 527 de 1999.

En similar sentido, la Ley 1952 de 2019, por la cual se expidió el Código General Disciplinario, dispuso en su artículo 122 que trata sobre la notificación por medios de comunicación electrónicos, que las decisiones que deban ser notificadas de forma personal, pueden ser enviadas al número de fax o a la dirección de correo electrónico del investigado o de su defensor, si previamente y, por escrito, hubieren aceptado ser notificados de esta manera.

De otro lado, en el informe de ponencia para primer debate del proyecto de ley número 07 de 2019 Senado, que posteriormente fue promulgado como Ley 2080 de 2021, por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se justificó la modificación del artículo 54 de la Ley 1437 de 2011, argumentando que la redacción de la norma limitaba el derecho a actuar ante las autoridades por medios electrónicos debido a que solo se contemplaba el uso del correo electrónico, situación que excluía la posibilidad de presentar peticiones o consultas “a través de otros medios electrónicos como páginas web, formularios electrónicos, teléfono, u otros”. (Gaceta del Congreso 1212 de 2019, p.37).

Por su parte, en España, la Ley 39 de 2015, en el artículo 12 que se refiere a la “Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados”, asigna a la administración el deber de poner a su disposición “los canales de acceso que sean necesarios” así como los sistemas y aplicaciones que en cada caso se determinen con el fin de garantizarles el derecho a relacionarse con la Administración a través de medios electrónicos.

Asimismo, en el artículo 14 la citada ley establece como potestativo para las personas físicas, elegir y modificar en cualquier momento, si se comunican con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos o no, excepto cuando están obligadas a relacionarse por estos medios.

En similar sentido, en el artículo 41 que establece las condiciones generales para la práctica de las notificaciones, prevé que las notificaciones se practicarán de forma preferente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía. Y, en el artículo 43, señala que las notificaciones a través de medios electrónicos se practicarán mediante “comparecencia en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante, a través de la dirección electrónica habilitada única o mediante ambos sistemas, según disponga cada Administración u Organismo”.

En las disposiciones citadas se evidencia que, si bien se alude a la notificación a través de medios electrónicos, realmente se limita el uso de estos medios a dos posibilidades: la primera es la comparecencia del interesado a la sede electrónica de la administración, y la segunda, es a través de la dirección electrónica habilitada para tal fin, según como lo disponga cada organismo.

Por su parte, la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico adopta una serie de principios que deben inspirar el Gobierno Electrónico. Entre ellos se resalta el principio de “adecuación tecnológica”, según el cual, las administraciones deben elegir las tecnologías más adecuadas para satisfacer sus necesidades, sin que ello que se limiten los derechos de los ciudadanos a emplear la tecnología de su elección en su relacionamiento con las administraciones públicas. Este principio comprende el uso de diferentes medios electrónicos como “el computador, la televisión digital terrestre, los mensajes SMS en teléfonos celulares, entre otros”, aunque advirtiendo que eventualmente es factible la imposición de medios concretos que en determinados casos sean necesarios atendiendo la naturaleza del trámite o comunicación que se trate.

Para efectos de la presente investigación, nos centraremos en el correo electrónico como uno de los medios electrónicos habilitados para surtir el proceso de notificación de actos administrativos en Colombia, sobre el cual se profundizará más adelante.

1.3.2 Sede electrónica

La Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico también contempla por parte de las Administraciones Públicas la implementación de una sede electrónica como uno de los instrumentos que permiten la materialización del derecho al gobierno electrónico o a relacionarse con la administración pública por medios electrónicos. La sede electrónica, en términos de la Carta, es un sitio electrónico que debe indicar el órgano responsable del mismo y de su actualización. También debe figurar la norma que autoriza su creación y el contenido de tal norma. Asimismo, deben constar los mecanismos y sistemas que permiten el establecimiento de comunicaciones seguras cuando estas sean necesarias, entre otros requisitos. Finalmente, dispone que la responsabilidad de la veracidad, integridad y calidad de los datos, servicios e información de los sitios electrónicos será de cada Administración.

Como se mencionó anteriormente, en España la Ley 39 de 2015 contempla dos opciones para efectos de llevar a cabo la notificación por medios electrónicos: se practicarán mediante comparecencia en la sede electrónica de la administración u organismo actuante o en la dirección electrónica habilitada única. En términos del artículo 43.1, se entiende por comparecencia en la sede electrónica, el acceso por el interesado o su representante debidamente identificado al contenido de la notificación. No obstante, si bien esta ley no contiene una definición de sede electrónica, sí se refiere a ella en numerosos artículos.

La definición de sede electrónica en el marco regulatorio español se encuentra en la Ley 40 de 2015⁵, según la cual

“La sede electrónica es aquella dirección electrónica, disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, o bien a una o varios organismos públicos o entidades de Derecho Público en el ejercicio de sus competencias” (Boletín Oficial del Estado BOE).

En similar sentido, el Real Decreto 203 de 2021 determina en su artículo 9 que una sede electrónica es aquella dirección electrónica disponible para la ciudadanía por medio de redes de telecomunicaciones, por medio de la cual se realizarán todas las actuaciones y trámites referidos a procedimientos o a servicios que requieran la identificación de la Administración Pública y, en su caso, la identificación o firma electrónica de las personas interesadas. De igual manera, señala este Decreto que la titularidad de la sede electrónica corresponde a una Administración Pública, o bien a uno o varios organismos públicos o entidades de derecho público en el ámbito de sus competencias.

Sobre esta regulación española relacionada con la sede electrónica, se ha indicado que esa dispersión normativa genera gran inseguridad jurídica, a pesar de la importancia para el efectivo desarrollo de la administración electrónica así como las relaciones entre la administración con los ciudadanos. También se le critica, por cuanto no se diferencia la sede electrónica con otras figuras como el Portal de Internet o el Punto de Acceso General contenidas en la legislación española (Soriano, 2021, pp. 297-298). Igualmente, se ha

⁵ Regula el Régimen Jurídico del Sector Público

señalado que la norma incurre en el error de equipar la sede electrónica con la dirección electrónica o puerta de acceso a la sede, cuando estas pueden ser varias. Por ello, la sede debe ser entendida como la plataforma de la Administración ubicada en el sitio web, equiparándola a la oficina física como medio de relación con los ciudadanos (Martínez, citado por Soriano, 2021, p. 301).

Al respecto, Valero Torrijos, citado por Soriano (2021, p. 301), ha evidenciado también la imprecisión de la definición legal de la sede electrónica al considerar que la sede electrónica es la extensión virtual de la sede tradicional, atendidas por personal administrativo y a las que los ciudadanos pueden dirigirse para solicitar información o adelantar trámites administrativos. Así, se afirma entonces que el legislador español confundió portal con sede electrónica, pues dentro del portal se encuentra la sede electrónica que es el sitio web al que debe conectarse la persona interesada (Valero, citado por Cubero, 2017, p. 141).

En Colombia, la sede electrónica ha sido considerada como la sede de la administración en el ciberespacio, es decir, la oficina electrónica de la entidad pública o de quien ejerce funciones públicas administrativas, cuyo fin es suplir en el ciberespacio la sede física de sus oficinas, para lo cual debe contar con una dirección electrónica que le permita interactuar a los interesados con la administración (Santofimio, 2011, p. 213-214).

La definición legal se encuentra en el artículo 60 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 12 de la Ley 2080 de 2021, según el cual la sede electrónica es la dirección electrónica de cada autoridad y debe garantizar seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad, interoperabilidad y calidad de la información y de los servicios. Asimismo, señala como obligación de toda autoridad tener como mínimo una dirección electrónica.

En similar sentido, el Manual de Gobierno Digital de MinTIC define la sede electrónica como una:

“dirección electrónica que permite identificar la entidad y la información o servicios que provee en la web, a través de la cual se puede acceder de forma segura y realizar con todas las garantías legales, los procedimientos, servicios y trámites electrónicos que requieran autenticación de sus usuarios”.

La doctrina colombiana ha considerado que en la redacción de esta norma anteriormente citada, se incurrió en la misma imprecisión de la ley española citada anteriormente, toda vez que confunde la sede electrónica con la dirección electrónica (Santofimio, 2011, p. 211). Por tanto, es preciso indicar que en la sede electrónica reposan los elementos indispensables para que los interesados se puedan relacionar con las autoridades como son los formularios, registros, presentación de peticiones, información general de la entidad, publicidad oficial, boletines, publicaciones oficiales, entre otros. Así, la dirección electrónica constituye uno de esos elementos propios de la sede electrónica, como una relación de género a especie (Santofimio, 2011, p. 213).

Conforme a lo expuesto, la sede electrónica es el espacio virtual en el cual se pueden relacionar los interesados con la administración pública a través de los medios electrónicos dispuestos para tal fin; o en términos de Santofimio (2011), es la sede de la administración en el ciberespacio.

1.3.3 Dirección electrónica

La dirección electrónica es el medio a través del cual se puede acceder a la sede electrónica. Al respecto, es preciso señalar que el artículo 60A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por artículo 13 de la Ley 2080 de 2021, contempla la sede electrónica compartida a través de la cual la ciudadanía puede acceder a los contenidos, procedimientos, servicios y trámites disponibles por las autoridades. La titularidad, gestión y administración de esta sede electrónica compartida corresponde al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Este artículo señala que toda autoridad debe integrar su dirección electrónica oficial a la sede electrónica compartida.

Lo anterior significa que la dirección electrónica permite la interacción entre la administración y la comunidad, garantizando la materialización del derecho a relacionarse por medios electrónicos con la Administración.

1.3.4 Correo electrónico

A la luz de la definición que trae el artículo 2° de la Ley 527 de 1999, el correo electrónico es un medio electrónico que a través del cual es posible generar, enviar, recibir, almacenar o comunicar información, siendo una de las modalidades del mensaje de datos.

Asimismo, se ha entendido el correo electrónico como una aplicación de Internet que permite el intercambio de archivos entre diferentes ordenadores conectados a la red, otorgando a sus usuarios un buzón electrónico, que consiste en un espacio de almacenamiento en un ordenador conectado de manera constante a la red, al que se suele llamar servidor; espacio que se identifica a través de una secuencia única e irrepetible que constituye la dirección electrónica. Los servicios de correo electrónico son sistemas de intercambio de información o transferencia de archivos entre ordenadores, los cuales otorgan a sus usuarios un lugar privado de almacenamiento en el cual pueden recibir, en cualquier momento, textos que le hayan sido dirigidos a través de los protocolos adecuados. El servidor de correo electrónico acepta y almacena los mensajes dirigidos a cada buzón, de manera que el destinatario, mediante el empleo de una aplicación adecuada de gestión de correo electrónico, puede acceder a ellos a través de cualquier ordenador que disponga de una conexión a Internet (Vela, 2006, pp. 14-15).

Teniendo en cuenta las anteriores definiciones, el correo electrónico es una de las modalidades de mensaje de datos más utilizados en la actualidad que permite la interacción entre dos o más personas a través del internet y por medio del cual se puede compartir información de forma más ágil que el correo físico, no solo mediante el envío y recepción de mensajes de texto sino también de imágenes, audios, videos, entre otros.

Sobre los tipos de correo electrónico, si bien no se encontró una clasificación legal, sí se han presentado estudios sobre el tema. En particular, Cristina Vela Delfa (2006), en su tesis doctoral realizó una amplia investigación sobre el correo electrónico como medio de interacción personal. Respecto al correo electrónico personal, lo describe como un texto enviado desde un buzón de correo a otro buzón de correo, ambos debidamente identificados, cuyo contenido es particular, íntimo y privado. Se trata de una cuenta creada para el uso personal, lo que descarta su destinación para fines empresariales o corporativos, pues su finalidad es para fines personales o privados (Vela, 2006, p. 209).

En cuanto al correo electrónico institucional, lo define como una herramienta proporcionada por la Administración a sus empleados para el ejercicio de sus funciones y,

por tanto, está asociado a una persona física quien lo administra mediante una contraseña (Soriano, 2021, p. 647).

Se caracteriza por su asignación a un empleado en el marco de una relación de correspondencia entre una entidad y sus colaboradores o empleados. Sus mensajes tienen connotación oficial y su contenido obedece al desarrollo de esa labor o función, en el ámbito de la institución (Vela, 2006, p. 216-217).

En Colombia, la Ley 1712 de 2014 (Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional) determina que todo sujeto obligado⁶ debe publicar en los sistemas de información del Estado o herramientas que lo sustituyan, un directorio que incluya el cargo, direcciones de correo electrónico y teléfono del despacho de los empleados y funcionarios, entre otra información.

En igual sentido, el Decreto 1081 de 2015 y la Resolución 1519 de 2020 de MinTIC reiteran la obligación de publicar un directorio de sus servidores públicos y empleados que contenga la dirección de correo electrónico institucional.

Adicionalmente, es preciso indicar que la vinculación laboral del empleado público con el Estado es de carácter legal y reglamentaria, y en virtud de dicho vínculo, surgen deberes por parte del empleador como entregarle al empleado las herramientas de trabajo necesarias para el cumplimiento de sus funciones. Una de ellas, es el correo electrónico institucional, que permite asegurar una comunicación adecuada entre la entidad y el servidor, aspecto que se desarrollará más adelante.

1.3.5 Redes sociales y aplicaciones de mensajería instantánea (Facebook, Twitter, Instagram, Whatsapp, Telegram)

En Colombia, no se encuentra desarrollada normativamente la práctica de notificaciones a través del uso de redes sociales y de aplicaciones de mensajería instantánea. Adicionalmente, ante el auge que tienen en la actualidad, las entidades públicas están utilizando con más frecuencia estos medios, con la finalidad de publicar información relevante y de interés para la comunidad, informar sobre el cumplimiento de los diferentes

⁶ Entre los cuales se encuentra toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las ramas del poder público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital.

planes, programas y proyectos de la administración y en general para tener una mayor interacción y contacto con los ciudadanos.

Justamente esta interacción también conlleva que las personas formulen a través de estas redes sociales peticiones, quejas, reclamos, denuncias y sugerencias (PQRSD), lo cual ha generado inquietudes por parte de las entidades respecto al deber de dar respuesta por el mismo medio. Para aclarar el tema, MinTIC emitió un concepto sobre el uso de redes sociales por las autoridades públicas para tramitar PQRSD, de conformidad con el marco jurídico que rige la materia. Al respecto, consideró que los diversos canales dispuestos por una entidad, entre ellos las redes sociales, se deben alinear con la estrategia integral de uso de las TIC de la entidad y con las normas de la Política de Gobierno Digital, de gestión documental digital y de archivo digital (Gobierno en Redes, 2021).

Resaltó también que cada entidad tiene la obligación de informar cuáles son los canales habilitados para la radicación o recepción de PQRSD y que para cada plataforma se debe hacer un análisis con miras a establecer si un mensaje o comentario corresponde o no al ejercicio del derecho fundamental de petición y por lo tanto requiere ser tratado como tal.

Igualmente expresó que si bien las entidades pueden utilizar los diversos canales disponibles para dar respuesta, tienen el deber de garantizar el cumplimiento de la normatividad vigente, con el propósito de respetar los derechos de los ciudadanos, y advierte que cuando las entidades elegir usar estos canales, asumen una carga adicional por cuanto que se hacen necesarios procesos adicionales relacionados con la identificación de peticiones, verificación de información, gestión documental y archivo.

A través de la estrategia Urna de Cristal, se creó el Protocolo de Respuesta Ciudadanas, cuya finalidad es brindar información básica para que las entidades públicas cuenten con una guía para resolver estas peticiones de manera eficiente y oportuna. Al respecto, se indica que si la entidad pública decide crear una página o perfil de Facebook deberá determinar si la misma tendrá una finalidad meramente informativa, para compartir su gestión con la ciudadanía, o si también mantendrá habilitada la interacción a través de los mensajes directos, entendiéndose como una comunicación bidireccional.

Si se trata de este último caso, es posible que los usuarios utilicen este medio para ejercer su derecho fundamental de petición y, por tanto, se debe dar respuesta de fondo mediante estos medios tecnológicos. No obstante, el protocolo no ahonda en el tema de la

notificación de la decisión al peticionario, quedando varios interrogantes respecto al cumplimiento de los requisitos exigidos para que una debida notificación en los términos de la Ley 1437 de 2011, entre ellos, la aceptación del interesado para ser notificado por estos medios, según lo dispone el artículo 56, modificado por el artículo 10 de la Ley 2080 de 2021. Aquí se entendería entonces una aceptación tácita por el hecho de haber enviado la petición por uno de estos medios.

A nivel jurisprudencial, ha sido la Corte Constitucional la que se ha pronunciado respecto al uso de estas redes. Ejemplo de ello es la Sentencia T-230 de 2020, en la cual abordó la problemática puntual de si las plataformas sociales –como Facebook– pueden constituirse en un canal idóneo para la presentación de solicitudes en ejercicio del derecho fundamental consagrado en el artículo 23 de la Constitución.

Consideró la Corte que “el marco normativo que regula el derecho de petición abre la puerta para que cualquier tipo de medio electrónico que sea idóneo para la comunicación o transferencia de datos, pueda ser tenido como vía para el ejercicio de esta garantía superior” (sentencia T-230 de 2020). En ese sentido, señaló que “las peticiones formuladas a través de mensajes de datos en los diferentes medios electrónicos habilitados por la autoridad pública –siempre que permitan la comunicación–, deberán ser recibidos y tramitados tal como si se tratara de un medio físico” (sentencia T-230 de 2020).

También aclaró que se debe identificar el solicitante y su aprobación de lo enviado, así como la verificación del cumplimiento de las características de integridad y confiabilidad del medio electrónico, a partir de lo cual las autoridades deben recibir y tramitar las peticiones que formuladas por medio de mensajes de datos (sentencia T-230 de 2020).

Para la Corte, si una entidad pública utiliza una red social y esta admite una comunicación bidireccional, le asiste la obligación a la entidad de tramitar las solicitudes que por esa vía se formulen, siguiendo las exigencias legales para tal efecto. En lo referente a la respuesta, la Corte señaló que la entidad podrá determinar si redirecciona directamente la solicitud al área encargada de atención al usuario, o habilita su trámite por la dependencia que recibió la comunicación, o asume cualquier otra medida que estime pertinente, sin que la carga de redirigir la solicitud pueda ser trasladada al peticionario.

1.3.6 Otros medios (mensaje de texto, fax, correo al buzón)

A nivel jurisprudencial la tendencia es que la administración no solo posibilite, sino que efectivamente disponga un mayor uso de las tecnologías en el ejercicio de sus funciones y, por ende, en el relacionamiento con los administrados. En algunos casos, la Corte Constitucional ha señalado que se debe permitir el uso de medios alternativos para facilitar la notificación o comunicación de los actos administrativos, por ejemplo, a través de una llamada telefónica, el envío de un mensaje de texto o de voz al celular, ante la imposibilidad manifiesta de una persona de suministrar una dirección de correo electrónico; así lo consideró en el análisis de constitucionalidad del Decreto Legislativo 491 de 2020, por el cual se adoptaron medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas, entre otras medidas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica generado por la pandemia de la Covid-19 (Sentencia C-242 de 2020).

No obstante lo anterior, no es clara la forma como efectivamente se garantiza la debida notificación a través de esos medios alternativos, dificultándose en materia probatoria para la entidad demostrar que el peticionario en efecto tuvo conocimiento o fue notificado, según el caso, de la respuesta suministrada a través de estos medios alternativos.

1.4 Derecho al Habeas data

El marco constitucional de este derecho se encuentra en el artículo 15 de la Carta Política, que dispone que todas las personas tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

Su desarrollo se encuentra en la Ley Estatutaria 1581 de 2012, que regula el régimen de protección de datos personales en Colombia. Para la Corte Constitucional, su reconocimiento como derecho autónomo tiene como finalidad la protección de datos personales en un mundo globalizado en el que el poder informático está en aumento y, en ese sentido, es necesaria esta protección en tanto que permite a su vez garantizar otros derechos tales como la intimidad, el buen nombre, el libre desarrollo de la personalidad (C-748 de 2011).

Asimismo, el derecho al hábeas data tiene unas prerrogativas o contenidos mínimos, como son conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bases de datos o archivos, contenidos que en efecto desarrolla la Ley 1581 de 2012.

1.4.1 La autodeterminación informativa

Esta investigación pretende analizar y proponer elementos que permitan repensar y replantear el alcance de la autodeterminación informativa. Hasta ahora, se ha desarrollado lo correspondiente al relacionamiento del individuo con el Estado en el marco de las TIC y su derecho a la buena administración digital y al de relacionarse por medios electrónicos con la administración. Sin embargo, y a propósito de las transformaciones digitales que las administraciones deben surtir en el marco de las sociedades de la información, el alcance de aquella autodeterminación debe pensarse en el marco de calidad de servidor público y por tanto, en virtud de una relación legal y reglamentaria, en el contexto de las tecnologías de la información, asunto que será tratado más adelante.

En la sentencia SU-082 de 1995 la Corte Constitucional señaló que el núcleo esencial del hábeas data está integrado por la libertad y por el derecho a la autodeterminación informativa, y que este último es la facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para autorizar su conservación, uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales, posición que ha sido reiterada en sentencias posteriores⁷.

A nivel doctrinal se ha considerado igualmente el derecho a la autodeterminación informativa como la facultad de la persona para autorizar la conservación, uso y circulación de sus datos almacenados en archivos públicos y privados, así como para actualizar y rectificar dicha información, facultades que se consideran indispensables en tanto que sin ellas la libre circulación de la información puede lastimar no solo la identidad de la persona sino también su libertad, siendo necesario entonces controlar la información que se reproduce constantemente a través de medios informáticos. (Cifuentes, 1997, pp 124-125).

A continuación, se relacionan algunos textos relevantes respecto al alcance de la autodeterminación informativa.

⁷ Entre ellas, las Sentencias T-580 de 1995, T-448 de 2004, T-526 de 2004, T-657 de 2005, T-684 de 2006, C-1011 de 2008, T-017 de 2011 y C-748-11.

En el primer texto *Autodeterminación informativa, consideraciones acerca de un principio general y un derecho fundamental*, su autor Giulio Adinolfi (2007), hace un análisis comparativo de la interpretación y aplicación del principio de autodeterminación informativa entre el derecho español y el derecho italiano, a partir de las interpretaciones de la Corte de Justicia Europea. Considera relevante diferenciar entre principio y norma siendo fundamental identificar la función que cumple el principio, que es la de interpretar, aclarando que el principio de autodeterminación informativa tiene ambas connotaciones.

El principal elemento del derecho a la autodeterminación informativa en términos de este autor, es la autonomía del consentimiento entendida como la posibilidad del titular de derechos, de autorizar, oponerse o ratificar la circulación de su información personal.

Es interesante el planteamiento de Giulio Adinolfi (2007, p. 6) quien sostiene que, por su importancia, la autodeterminación informativa, además de ser un derecho fundamental, constituye en la actualidad un verdadero principio general del derecho. Asimismo, es preciso reconocer que, en efecto, el principio de autodeterminación informativa se presenta como producto de la sociedad contemporánea frente a ciertas informaciones que pueden infringir daños tanto o más intensos que los producidos por una agresión meramente física.

No obstante, si bien es cierto, la autodeterminación informativa tiene una aplicación inmediata en el derecho a decidir autónomamente sobre el tratamiento de datos personales y el derecho al habeas data, parecería entenderse que no es posible acudir a la notificación por medios electrónicos sin que previamente el titular consintiere en ello. Sin embargo, es importante señalar que con las nuevas tecnologías el principio de legalidad estricto, apoyado en el formalismo a ultranza, debe ser repensado no solo en la flexibilización de su contenido, sino en su aplicación en la actuación administrativa, cuando coexiste con principios que modulan su entendimiento, y por ello, la autodeterminación informativa puede entenderse en un sentido menos estricto, ya que en estos escenarios la autonomía del consentimiento trasciende esas formalidades en donde se ha considerado que autorización debe ser expresa, explícita y escrita.

Pero es pertinente conocer otras posturas, por ejemplo, Beatriz Guerrero (2020), abogada chilena, en su artículo *Protección de datos personales en el Poder Judicial: Una nueva mirada al principio de publicidad de las actuaciones judiciales*, considera la autodeterminación informativa como un derecho autónomo del derecho a la privacidad en

tanto supone la autonomía del titular del derecho para decidir sobre su información personal, imponiéndole al Estado el deber de protección de sus datos. Refiere que no obstante, los adelantos tecnológicos generan a su vez interferencias en la privacidad de las personas, lo que necesariamente lleva a que deba garantizarse al individuo el control sobre sus datos, al tratarlos, almacenarlos o entrecruzarlos.

En efecto, al igual que lo considera la autora, es fundamental que, en el contexto de los medios digitales y las tecnologías de la información y las comunicaciones, se asegure a los individuos un control efectivo sobre sus datos personales, lo que les permite limitar el uso y circulación de dicha información.

En conclusión, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo establecido en la Constitución Política, la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y sus decretos reglamentarios, la autorización o la autodeterminación informativa es el “pilar fundamental del habeas data,”, en tanto que permite al titular de los datos, decidir quiénes serán sus destinatarios y qué uso les darán (Bazán, 2005, p. 111) y en caso de su inobservancia, se vulnera el derecho a la protección de datos personales.

1.4.2 Consentimiento

Cuando se habla de protección de datos personales y de autodeterminación informativa, necesariamente nos debemos referir también al consentimiento por cuanto el titular de los datos es quien tiene la potestad de autodeterminar su información, de manifestar libremente su voluntad en el sentido de autorizar la conservación, uso y circulación de sus datos personales, de conformidad con las disposiciones vigentes y lo señalado en la jurisprudencia.

Puede entenderse el consentimiento como la facultad de la libertad del individuo para decidir sobre sus datos, es la materialización de la autodeterminación del individuo y equivale, en el mundo de las comunicaciones, a extender la capacidad de decisión de la persona con el fin de proteger su libertad y sus derechos en el mundo tecnológico. Este, junto con los derechos del interesado de acceso, rectificación, supresión, forman la piedra angular de la protección de datos y su tratamiento. Por tanto, el consentimiento del interesado será indispensable para legitimar el tratamiento de sus datos (Polo, 2020, p. 182-183).

En España, el Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, contienen la regulación en materia de protección de datos. De conformidad con estas disposiciones, el consentimiento debe ser entendido como toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que acepta. Según la interpretación del Comité Europeo de Protección de Datos, estos requisitos del consentimiento de deben interpretar así:

- Libre: el sujeto debe ser libre para elegir; es decir, no puede sentirse obligado a dar su consentimiento so pretexto de sufrir consecuencias negativas si no lo da.
- Específico: su finalidad permitir al interesado la opción de elegir respecto a cada uno de los fines de la aceptación, con el fin de es garantizar el nivel de control y transparencia.
- Informado: consiste en informar al interesado antes de obtener su consentimiento, sobre datos como la identidad del responsable del tratamiento de datos, el fin del tratamiento, el tipo de datos que van a recogerse y utilizarse, el derecho a retirar el consentimiento, información sobre posibles riesgos de transferencia de datos, entre otros.
- Inequívoca: se requiere una declaración del interesado o una clara acción afirmativa, siempre deberá haber acción o declaración (Polo, 2020, pp. 184-185).

Así, el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro como una declaración escrita, inclusive por medios electrónicos, una declaración verbal u otros medios como puede ser la de incluir la posibilidad de marcar una casilla de un sitio web de internet, o cualquier otra declaración o conducta que indique que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales (Polo, 2020, p. 184).

En Colombia, la Ley 1581 de 2012 define en el artículo 3 la autorización para el tratamiento de datos que debe ser entendida como el consentimiento previo, expreso e informado del titular para llevar a cabo el tratamiento de datos personales; indicando, a su vez, que por Tratamiento debe entenderse “cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión”. Asimismo, dispone en su artículo 9 que en el tratamiento de datos personales se requiere la autorización previa e informada del titular, la cual deberá ser obtenida por cualquier medio que pueda ser objeto de consulta posterior.

Sobre el carácter previo del consentimiento, dispuso la Corte Constitucional (C-748-11) que la autorización debe ser suministrada en una etapa anterior a la incorporación del dato. En cuanto al carácter expreso, señaló que la autorización debe ser inequívoca, con lo cual descarta la existencia del consentimiento tácito, pues en su sentir, el consentimiento debe ser explícito y concreto. Respecto al carácter informado, se refiere a que el titular esté consciente de los efectos de su autorización.

Ahora, en materia de notificaciones de actos administrativos por medios electrónicos, ni la Ley 1437 de 2011 ni la Ley 2080 de 2021 que modificó y adicionó la primera, señalan que la aceptación para ser notificado por medios electrónicos debe ser expresa, y en ese sentido, puede ser una aceptación implícita⁸; esto es, que se pueda advertir de otras actuaciones, como en el caso de una solicitud realizada vía e-mail institucional, sin que acepte expresamente o por escrito su aceptación de ser notificado de la respuesta por el mismo medio, lo cual no implica la vulneración de sus derechos, en especial, la autodeterminación informativa y el debido proceso en el evento de que la administración decida notificarlo por el mismo medio electrónico.

⁸ De hecho, por ejemplo, la Ley 1437 de 2011 lo reconoce expresamente para el caso de las peticiones de información: “Las peticiones de información y consulta hechas a través de correo electrónico no requerirán del referido registro y podrán ser atendidas por la misma vía” (art. 54), entendiéndose que, por el hecho de presentar la petición por correo electrónico, está autorizando de manera tácita la notificación por el mismo medio.

CAPÍTULO 2

EL DEBIDO PROCESO EN EL CONTEXTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

En este capítulo se analizará, en el marco de la función pública, la garantía del debido proceso, para lo cual se realizará un acercamiento al concepto de servidor público y su clasificación, las clases de empleados públicos, las diferentes situaciones administrativas que se presentan durante la existencia de la relación laboral, finalizando con la garantía del debido proceso en las relaciones legales y reglamentarias; lo cual permitirá entender todas las situaciones en las que una entidad pública emite actos administrativos relacionados con el empleado, en el marco de esa relación legal y reglamentaria que tiene con el Estado, y que bajo la propuesta de esta investigación podrían notificarse mediante el correo electrónico institucional, materializando los principios de eficiencia, eficacia y economía que rigen la administración pública.

Precisado lo anterior, se debe indicar que para garantizar la funcionalidad del Estado han existido diferentes modelos de Administración Pública que han atendido a las características del contexto social en el que se erige y que justifica la existencia de aquella (La Torre, 2016). Entre dichos modelos, se han identificado la burocracia, la gerencia pública y la gobernanza⁹. Así, empezar por la descripción del modelo burocrático pone de manifiesto el ejercicio de las competencias de la Administración en atención al principio de legalidad (Restrepo, 2009). Conocida como la administración pública tradicional, guarda una estrecha relación con la aparición de sistemas de servicio civil, los cuales “se conformaron a partir de un conjunto de reglas sobre el reclutamiento y la promoción con base en el mérito, la garantía de permanencia y el pago de un salario fijo” (Restrepo, 2009, p. 169), quienes forman, a su vez, parte de una organización jerarquizada.

Para Weber (citado en Restrepo, 2011) “la burocracia es la forma de organización en la que el poder se centra en manos de funcionarios con las capacidades técnicas indispensables” (p. 368), que se asocia al cumplimiento de actividades regulares de los agentes de la organización, tareas estables determinadas por reglas fijadas por una autoridad coercitiva y, formas establecidas de manera reglada para desempeñar dichas tareas (Restrepo,

⁹ Cuando se habla o se relacionan estos modelos, no significa que en efecto, se abandone uno y se transite al otro de manera absoluta; más bien, significa que cada modelo se ha replanteado a partir de sus crisis y conduce, en efecto, a adoptar otros modos que conlleven al cumplimiento cabal de los fines del Estado.

2011). De esta manera, la pretensión de dicho modelo, el cual institucionaliza el mérito, consistía -y consiste- en aislarla de las decisiones políticas y clientelistas.

Lo anterior, se traduce entonces en que el modelo burocrático se basa, precisamente, en un sistema de derecho administrativo que separa la política de la administración, esto es, demarca un límite para no incurrir en desigualdades y preferencias (Medina, 2006) frente a la ejecución de las funciones, propendiendo por la objetividad en la prestación del servicio. Por tal razón “la administración también estaba sometida al principio de justicia” (Medina, 2006, p. 13).

Por ello, el paradigma burocrático¹⁰ se basa en un sistema de carreras administrativas formales que, como se mencionó, brindaba a los funcionarios técnicos una mayor estabilidad y, a su vez, les sitúa en un control periódico de idoneidad y desempeño. Es preciso mencionar que, si bien la construcción de un modelo con dichas características resultó necesario, generó crisis que hoy en día se siguen evidenciando¹¹, como son problemas de rigidez orgánica e inflexibilidad funcional, junto con una reducción en la capacidad de respuesta del Estado a la necesidades de la ciudadanía (Atrio y Piccone, 2008, p. 179)¹². Por tal motivo, han surgido modelos (como el gerencial y la gobernanza) que han intentado responder a dichas crisis y, en consecuencia, supongan la respuesta a los fines estatales.

Con todo, no hay que perder de vista que el paradigma propuesto por Weber al pretender dicha separación, se constituye hoy, como afirma Medina (2006), en el núcleo del derecho administrativo moderno del que se espera que ofrezca garantía de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, es decir, el cumplimiento de los principios de la función administrativa contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política colombiana.

¹⁰ Este, “constituye una descripción sociológica de una serie de reglas y sistemas de derecho administrativo que se fueron desarrollando en Alemania y Francia a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX” (Medina, 2007, p. 13).

¹¹ “Después de la Segunda Guerra Mundial, con el ascenso del Estado social de Derecho, se produce un aumento extraordinario del volumen orgánico de las administraciones públicas occidentales, en función de la extensión de la prestación de los servicios a toda la población, derivando en una sobrecarga a la demanda que hacía presupuestalmente insoportable su atención (Restrepo, 2011, pp. 368-369).

¹² Esta flexibilidad, agilidad o capacidad de respuesta a las necesidades sociales y administrativas, es la que justifica también, que los empleados públicos sean notificados obligatoria y debidamente de los actos administrativos relacionados con su ejercicio público mediante el correo electrónico institucional. Así se evitaría, por ejemplo, que varios grupos de estudiantes estén desescolarizados porque un docente ha sido evasivo en la notificación de traslado, que un servicio de atención a la ciudadanía se vea interrumpido o congestionado porque no ha sido posible la notificación de unas vacaciones o licencia de un empleado.

Por su parte, el modelo gerencial surge como respuesta a la crisis del modelo burocrático, ocasionada por la sobrecarga de la demanda de prestación de servicios a la población, entre otros factores (Restrepo, 2009, p. 171). La gerencia pública se orienta a un enfoque empresarial, a la consecución de resultados propios de la empresa privada con gran participación de agentes del mercado que entraron a prestar servicios, mutando así el rol del Estado, que pasa de ser prestador a ser garante de la prestación por medio de la regulación, resaltando en todo caso, la relevancia de los principios de eficacia, eficiencia y economía en el ejercicio de la función pública, siempre bajo un esquema gerencial.

Este esquema implica reducir y reestructurar el aparato institucional del Estado, readecuando los recursos humanos, fortaleciendo la carrera burocrática, así como la tercerización de los servicios de apoyo, siempre orientados a la consecución de metas y objetivos y la reducción de costos, donde los gerentes públicos o administradores cuentan con mayor autonomía para gerenciar sus dependencias, pero asumiendo la responsabilidad de sus agentes. En este modelo, la gestión por competencias del personal tiene un papel fundamental, pues el ingreso y permanencia en la organización está íntimamente ligado a los conocimientos, las habilidades y comportamientos de los empleados públicos, los cuales conllevan el logro de las metas y objetivos de la organización (Restrepo, 2009, pp. 173, 175-177).

Sin embargo, este modelo también presenta disfunciones derivadas de la discrecionalidad, la desnaturalización del carácter público de los servicios, la desconceitualización del ciudadano quien pasó a ser cliente, entre otras consecuencias. Como respuesta a esta crisis, surge el modelo de gobernanza, caracterizado por la interacción entre los diferentes niveles de gobierno y entre estos y la sociedad, en donde la participación ciudadana tiene un papel fundamental en la toma de decisiones en todos los ámbitos. Se trata entonces de un modelo basado en las personas (servidores públicos más que funcionarios) y pensado para las personas (administrados) (Restrepo, 2009, p. 180).

Junto con esta transformación, se encuentra el uso de las TIC como instrumentos de gestión de la información que permite un mayor acercamiento e interacción entre la sociedad y el Estado, para articular la toma de decisiones, lo que genera mayor legitimidad a la actividad de la administración pública, en tanto involucra a los particulares en la gestión de lo público (Restrepo, 2011, p. 384).

En Colombia, si bien es cierto no se adoptó un modelo específico de administración pública, la Constitución Política de 1991 contiene varias disposiciones que evidencian la coexistencia de los tres modelos, ninguno de los cuales se ha implementado de forma plena. Así, en materia de principios fundamentales, organización del Estado y hacienda pública, se encuentra reflejado el modelo burocrático. En materia de servicios públicos y su regulación, se evidencian elementos propios del modelo gerencial y, como característica propia del modelo de gobernanza, se resalta la participación ciudadana (Restrepo, 2011, p. 385).

Sin embargo, como el elemento común a todos los modelos, el rol del servidor público es fundamental por cuanto es el medio a través del cual el Estado logra cumplir sus fines, pues quienes aplican y efectivizan el ordenamiento jurídico son las personas naturales vinculadas con el Estado mediante una relación laboral, protegida constitucional y convencionalmente (Santofimio, 2017, p. 957).

Colombia cuenta con más de 1.318.000 servidores públicos distribuidos por todo el territorio nacional, incluyendo a quienes prestan sus servicios en las tres Ramas del poder público, los órganos Autónomos, los entes de control, la organización electoral, así como el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, lo que indica que el Estado es el mayor empleador del país.

Conforme lo anterior, este capítulo tendrá como finalidad analizar la garantía del debido proceso desde el ámbito de la función pública, pues en el desarrollo de la relación legal y reglamentaria se emiten actos administrativos que la administración debe dar a conocer a los empleados públicos de manera que asegure sus derechos de defensa y contradicción, cumpliendo así con el principio de publicidad como una de las garantías del derecho fundamental al debido proceso en materia administrativa.

La jurisprudencia constitucional ha advertido sobre las diferencias entre el debido proceso judicial y el debido proceso administrativo, pues las finalidades que persigue cada escenario son diferentes. Así, el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, mientras que el segundo tiene como finalidad el cumplimiento de la función administrativa, en beneficio del interés general¹³. Adicionalmente, debe indicarse que el debido proceso administrativo tiene como función permitir un adecuado desarrollo de la función pública y en ese sentido, se

¹³ Ver Sentencias C-640 de 2002 y C-634-14

deben armonizar las garantías del artículo 29 Constitucional con los principios señalados en el artículo 209 ibidem. Estos principios son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (sentencia C-034 de 2014).

De otro lado, debe precisarse qué se entiende por función pública para efectos de esta investigación. La noción de función pública ha sido entendida en dos sentidos. En sentido amplio, referida al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (Constitución Política, art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines. En sentido restringido, alude al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. (Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998). La Carta Iberoamericana de la Función Pública, señala que la función pública está instituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que lo integran. (CLAD, 2003, p. 5).

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que la función pública se manifiesta a través de mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan el ejercicio de la autoridad inherente del Estado pero esta noción también describe la relación que se establece entre el Estado y las personas que le prestan sus servicios y que, por tal consideración, adquieren la condición de servidores públicos (sentencia C-185 de 2019). Asimismo, ha manifestado:

La función pública es la reglamentación que se hace de la manera como debe desenvolverse la relación laboral entre el empleado y el Estado en todos los elementos que necesariamente enmarcan la situación de cada una de las partes, precisando las condiciones de ingreso, permanencia y retiro del servicio, los deberes y derechos de unos y otros así como las responsabilidades, sistemas de control, régimen disciplinario y prestacional y demás aspectos que se desprenden de la naturaleza de esa relación o que por definición legal hacen parte de ella. (Corte Constitucional, sentencia C-681 de 2003).

Es por ello que el concepto de función pública se asimila, en ciertos casos, con el cumplimiento de potestades públicas, y en otros, con el ingreso de manera formal a un cargo creado por el Estado, de acuerdo con los requisitos previstos en la Constitución y la ley, a través de una vinculación legal o reglamentaria, con el fin de atender y satisfacer los intereses generales de la comunidad, tal y como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional, sentencia C-681 de 2003).

Hechas las anteriores precisiones, en este capítulo se hará una breve enunciación de la clasificación de los servidores públicos en el Estado colombiano, en especial, en la categoría de empleados públicos que es la que interesa para esta investigación, así como las diferentes modalidades de provisión del empleo público, las situaciones administrativas de los empleados públicos, el sistema de estímulos para empleados del Estado, las sanciones disciplinarias que contempla el ordenamiento jurídico colombiano y la desvinculación del empleo público, lo cual enmarca los actos administrativos relacionados con la función pública que podrían ser notificados al correo electrónico institucional del respectivo empleado público. Además, aclara la situación jurídica especial que tienen los empleados respecto de los demás servidores públicos y que hace viable la propuesta de la presente investigación.

2.1 Clasificación de los servidores públicos

El artículo 123 de la Constitución Política de Colombia establece que “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.” La Corte Constitucional, los ha definido como “toda persona que ejerce a cualquier título una función pública”¹⁴.

Conforme a esta disposición, los servidores públicos se clasifican en tres grupos: i) miembros de corporaciones públicas, ii) empleados públicos y iii) trabajadores oficiales. Y cada uno, cuenta con un régimen jurídico diferente, precisando que, “de todas maneras, se debe dejar claro que el concepto de servidor público no queda agotado en su clasificación, sino que ello tiene consecuencias en el plano jurídico en diferentes especialidades, temas como funciones públicas, servicios públicos, servicios esenciales” (Rodríguez, 2012, p. 173).

¹⁴ Sentencia C-563 de 1998.

También debe indicarse, que los particulares pueden prestar función pública, adquiriendo la condición de un sujeto cualificado, a quien se le puede atribuir responsabilidad, pero sin que deje de ser particular (Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998).

Asimismo, por mandato constitucional, independiente de su clasificación, todos los servidores públicos deben ejercer sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley o el reglamento.

2.1.1 Miembros de corporaciones públicas

Son servidores públicos que pertenecen a órganos colegiados de elección popular como el Congreso de la República, las asambleas departamentales, los concejos distritales o municipales y las juntas administradoras locales. Se incluyen en esta categoría los senadores, los representantes a la Cámara, los diputados, los concejales y los ediles.

Su vinculación con el Estado está fundada en el principio de representación política. Se encargan de funciones deliberativas y de toma de decisión, cumplen funciones públicas, pero no tienen un vínculo laboral con el Estado. Por lo tanto, no son empleados públicos. Sin embargo, la ley puede extender los beneficios consagrados en normas laborales a los miembros de las corporaciones públicas. Adicionalmente, tienen la obligación de estar afiliados al sistema de seguridad social (Santofimio, 2017, p. 967). Su regulación se encuentra en normas especiales como la Constitución Política, el Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986), el Código de Régimen Departamental (Ley 2220 de 2022), la Ley 5 de 1992, la Ley 136 de 1994, entre otras.

2.1.2 Trabajadores oficiales

Según lo ha expresado la Corte Constitucional, de la Carta Política no pueden extraerse los elementos conceptuales que permitan diferenciar las figuras de trabajador oficial y empleado público, especialmente porque la misma autoriza al legislador para que sea él quien determine cuál es el régimen aplicable a cada una de las distintas clases de servidores, aclarando que el texto constitucional brinda algunos criterios básicos para su desarrollo,

como sucede por ejemplo en el artículo 125, según el cual los trabajadores oficiales están excluidos del sistema de carrera administrativa (Sentencia C-090, 2002).

En palabras de la Corte Constitucional, cuando el constituyente introdujo estos conceptos, ya existía una amplia tradición jurídica, jurisprudencial y una doctrina elaborada, que reconocían diferentes criterios de distinción entre ambas categorías, entre ellos la vinculación laboral mediante contrato de trabajo para los trabajadores oficiales; y mediante situación legal y reglamentaria, para los empleados públicos, así como el diferente régimen salarial, prestacional, disciplinario, entre otros aspectos, que se daban en uno y otro caso (Sentencia C-003, 1998).

De esta manera, por ejemplo, el Decreto Ley 3135 de 1968 señala que “los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales” (art. 5); así como los que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado.

Por su parte, el Decreto Nacional 1848 de 1969¹⁵ dispone que los trabajadores oficiales tienen una vinculación de carácter contractual laboral, es decir, con ellos se firma un contrato laboral, a diferencia de los empleados públicos que es legal y reglamentaria. El artículo 2.2.30.1.2 del Decreto Nacional 1083 de 2015 dispone que este contrato debe constar por escrito. A su vez, el artículo 2.2.30.2.1 de este decreto, señala que la relación jurídica derivada del contrato laboral implica obligaciones para ambas partes, en donde el trabajador se compromete a prestar personalmente sus servicios materiales o intelectuales, a través de la realización varias obras o labores, a favor del empleador; y a su vez, éste último, le paga una remuneración por ello.

2.1.3 Empleados públicos

El artículo 5° del Decreto Ley 3135 de 1968, señaló quiénes eran empleados públicos y quiénes trabajadores oficiales, al indicar que quienes prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos, mientras que los trabajadores de la construcción y sostenimiento de

¹⁵ Art. 1, compilado en el artículo 2.2.30.1.1 del Decreto 1083 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

obras públicas son trabajadores oficiales. Asimismo, aclaró que las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; pero dichas empresas precisarán en sus estatutos qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos¹⁶.

El numeral 3 del artículo 1 del Decreto Nacional 1848 de 1969, determinó que “en todos los casos en que el empleado oficial se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público.”

Así, pues, el régimen jurídico colombiano dispone que los empleados públicos se vinculan laboralmente con el Estado mediante una relación legal y reglamentaria o de carácter estatutario. Ello significa que los derechos y obligaciones que surgen de esa relación laboral se encuentran regulados y definidos previamente en la ley y en el reglamento, lo que se traduce en que no existe la posibilidad de discutir las condiciones del empleo ni de fijar alcances laborales distintos, por cuanto estos fueron definidos previamente en las normas generales y abstractas que la regulan (Younes, 2009, p. 28).

Es así como el artículo 122 de la Constitución Política señala en su inciso 1° que “[n]o habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”. En igual sentido, el artículo 1° de la Ley 909 de 2004, establece que “quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública”. Como consecuencia de lo anterior, se tiene entonces que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, en el caso de la vinculación laboral de los empleados públicos con el Estado empleador, no es posible discutir previamente las condiciones en las cuales se prestará el servicio, en tanto que estas fueron definidas en la ley y en los respectivos reglamentos, que contienen a su vez el conjunto de deberes, funciones y derechos que les asisten a los empleados públicos. Por ello, al no constar en un contrato de trabajo, se traduce en una relación de derecho público que parte de la base de la supremacía estatal.

Estas relaciones laborales estatutarias nacen a través de un acto condición, que son actos administrativos por los cuales se nombra a una persona natural en el servicio público y en ese sentido, las controversias que se susciten como consecuencia de ese acto serán

¹⁶ Valida la Corte Constitucional que esas actividades de dirección o confianza las definan los respectivos estatutos (C-579 de 1996).

conocidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Santofimio, 2017, p. 968). Por tal razón, dada la naturaleza tanto de la relación del empleado público con el Estado y de la naturaleza del acto a través del cual se nombra en el servicio público, la discusión alrededor del debido proceso en el marco de la función pública se torna fundamental en lo que corresponde a su alcance y las prerrogativas o no que tiene el Estado para dar a conocer los actos a través de los cuales regula dicha función.

Ahora, en cuanto a las categorías de empleado público, se tiene que de acuerdo al art. 1° de la Ley 909 de 2004, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos: de carrera, de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo y temporales. En criterio de Younes (2009, p. 26), en la categoría de empleados públicos se enlistan las siguientes: elección popular, periodo fijo, provisionales, libre nombramiento y remoción, carrera administrativa y temporales (ver anexo 1).

2.2 Modalidades de provisión del empleo público

En el ordenamiento jurídico colombiano, la provisión de los empleos públicos se realiza mediante el nombramiento, los movimientos de personal y el reintegro (Younes, 2009, p. 177).

2.2.1 *Nombramientos*

Según lo dispone la Ley 909 de 2004 en su artículo 23, los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en la ley. En esa medida, el nominador cuenta con una amplia facultad discrecional para elegir a quien nombra.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito establecido en la ley.

El periodo de prueba es una etapa del proceso del concurso público de méritos para acceder a la carrera administrativa. Conforme lo establece el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la persona que haya sido seleccionada por concurso, se nombra en periodo de prueba por seis meses, término al final del cual se le hace una evaluación y en caso de ser satisfactoria adquiere los derechos de carrera. Si la calificación es insatisfactoria, el nombramiento del empleado se declara insubsistente.

2.2.2 Movimientos de personal

De acuerdo con Younes (2011, p. 183), los movimientos de personal son desplazamientos de personas vinculadas con la administración. Sus modalidades son:

i) El traslado o permuta, que es cuando se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos mínimos similares. Asimismo, cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos con funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño¹⁷; ii) el ascenso, cuya finalidad es permitir la movilidad a un cargo superior para los empleados inscritos en carrera administrativa, según lo dispuesto en la Ley 909 de 2004¹⁸; iii) el encargo, que a la vez constituye una situación administrativa (ibidem) a la luz del Decreto 2400 de 1968 y, iv) la reubicación que consiste en el cambio de ubicación de un empleo, en otra dependencia de la misma planta global, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones del empleo¹⁹.

2.2.3 Evaluación del desempeño, situaciones administrativas y reintegro

El desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa debe ser evaluado y calificado con base en parámetros previamente establecidos que permitan fundamentar un

¹⁷ Artículo 29, compilado en el artículo 2.2.5.4.2 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 648 de 2017

¹⁸ Artículo 29, modificado por el artículo el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019

¹⁹ Artículo 2.2.5.4.1 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 648 de 2017.

juicio objetivo sobre su conducta laboral y sus aportes al cumplimiento de las metas institucionales. El resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período anual, que debe incluir dos (2) evaluaciones parciales al año, según lo dispone el artículo 38 de la Ley 909 de 2004. No obstante, si durante este período el jefe del organismo recibe información debidamente soportada de que el desempeño laboral de un empleado es deficiente podrá ordenar, por escrito, que se le evalúen y califiquen sus servicios en forma inmediata. La evaluación no satisfactoria en el desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa es una causal de retiro del servicio (artículo 41 *ibidem*).

Por su parte, las situaciones administrativas de los empleados públicos han sido definidas como las diversas modalidades que toma la relación de servicio de derecho público (Younes, 2011, p. 321). Su regulación se encuentra en el artículo 18 del Decreto Ley 2400 de 1967 y su Decreto reglamentario 1950 de 1973, este último compilado en el Decreto 1083 de 2015, que en su artículo 2.2.5.5.1, enlista las situaciones administrativas en la que se puede encontrar el empleado público durante su relación legal y reglamentaria (Ver anexo 2).

Y en lo que corresponde al reintegro, se produce como consecuencia de una decisión judicial que ordena el reintegro del empleado cuya desvinculación sea declarada nula por la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Younes, 2011, p. 185).

2.3 El sistema de estímulos para empleados del Estado

El Decreto Ley 1567 de 1998 creó el Sistema Nacional de Capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado. El programa de bienestar social e incentivos tiene entre sus finalidades garantizar que la gestión de administración del talento humano se maneje integralmente en función del bienestar social y del desempeño eficiente y eficaz de los empleados (artículo 14). Para cumplir esta finalidad, las entidades públicas deben organizar anualmente programas de bienestar social e incentivos para sus empleados (art. 19), muchos de los cuales incluirán el reconocimiento de beneficios que eventualmente podrían implicar el reconocimiento, negación, extinción o modificación de derechos, lo cual implicará que medie un acto administrativo y su respectiva notificación personal.

Y es que la Ley 909 de 2004 determinó como un deber de las entidades públicas, implementar programas de bienestar e incentivos con el propósito de elevar los niveles de

eficiencia, satisfacción y desarrollo de los empleados en el desempeño de su labor y de contribuir al cumplimiento efectivo de los resultados institucionales (parágrafo del art. 36).

Los programas de bienestar social tienden a favorecer el desarrollo integral del empleado, el mejoramiento de su nivel de vida y el de su familia; así como elevar los niveles de satisfacción, eficacia, eficiencia, efectividad e identificación del empleado con el servicio de la entidad²⁰. Estos programas deben enmarcarse en dos áreas de intervención: i) área de protección y servicios sociales, cuya finalidad es atender las necesidades de protección, ocio, identidad y aprendizaje del empleado y su familia, para mejorar sus niveles de salud, vivienda, recreación, cultura y educación, y; ii) área de calidad de vida laboral, que se ocupa de problemas y condiciones de la vida laboral de los empleados, de manera que permitan la satisfacción de sus necesidades para el desarrollo personal, profesional y organizacional. Estos programas son de atención prioritaria por parte de las entidades y requieren, para su desarrollo, el apoyo y la activa participación de sus directivos²¹.

Por su parte, los programas de incentivos, deberán orientarse a: i) crear condiciones favorables al desarrollo del trabajo para que el desempeño laboral cumpla con los objetivos previstos que se desarrollan a través de proyectos de calidad de vida laboral. Y; ii) reconocer o premiar los resultados del desempeño en niveles de excelencia, se estructuran a través de planes de incentivos²².

Es preciso indicar que mediante el Decreto 1227 de 2005 se reglamenta parcialmente el Decreto Ley 1567 de 1998 y la Ley 909 de 2004. Las disposiciones del decreto reglamentario en mención fueron compiladas en el Decreto Único 1083 de 2015, a partir del artículo 2.2.10.1.

2.4 Las Sanciones disciplinarias

Es un mandato de la Constitución que todo empleo público tenga sus funciones detalladas en ley o reglamento y, además, que todo servidor público entre a ejercer su cargo prestando juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (artículo 122). Aunado a lo anterior, la función administrativa debe desarrollarse

²⁰ Decreto-Ley 1567 de 1998, artículo 20

²¹ Decreto-Ley 1567 de 1998, artículos 22, 23 y 24.

²² Decreto-Ley 1567 de 1998, artículo 26.

con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, según el mando contenido en el artículo 209 constitucional.

A la luz de lo dispuesto en el artículo 6 Superior, los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Según lo dispone el artículo 123, los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento y en el artículo 124 contempla que la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva será determinada en la ley.

Así, tanto la Ley 734 de 2002²³ como la Ley 1952 de 2019²⁴, han determinado que el incumplimiento de deberes, la 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 la ley constituye falta disciplinaria y, por lo tanto, da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente.

El Código Disciplinario Único, derogado a partir del 29 de marzo de 2022, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019²⁵, consagró en su artículo 44 las siguientes sanciones disciplinarias: Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima; suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas; suspensión, para las faltas graves culposas, multa, para las faltas leves dolosas y amonestación escrita para las faltas leves culposas.

En materia de notificaciones, ambas leyes contemplan la posibilidad de que se lleven a cabo por medios de comunicación electrónicos, al señalar que las decisiones que deban ser notificadas personalmente, puedan ser enviadas al número de fax o a la dirección de correo electrónico del investigado o de su defensor, si previamente y por escrito, hubieren aceptado ser notificados de esta manera²⁶.

2.5 Desvinculación del empleo público

²³ Por la cual se expide el Código Disciplinario Único

²⁴ 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

²⁵ Modificada por la Ley 2094 de 2021.

²⁶ Artículo 102 de la Ley 734 de 2002 y artículo 122 de la Ley 1952 de 2019.

Las causales de retiro del servicio se encuentran definidas de forma taxativa en la Ley 904 de 2004, que dispone a su vez que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es reglada y deberá efectuarse mediante acto motivado, mientras que la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado (art. 42). Así, el retiro del servicio puede darse por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; renuncia regularmente aceptada; retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; invalidez absoluta; edad de retiro forzoso; destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, orden o decisión judicial; supresión del empleo; muerte y las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

2.6 Debido proceso en las relaciones legales y reglamentarias

En las relaciones laborales entre el Estado y sus empleados públicos debe garantizarse el debido proceso como uno de los pilares fundamentales del Estado social y constitucional de Derecho, que se encuentra protegido en normas de derecho internacional, en instrumentos tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Sentencia C-089-11).

La Constitución Política en su artículo 29 señala que "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas". La Corte Constitucional lo ha considerado como "un derecho complejo integrado de múltiples contenidos, entre los que cabe mencionar el principio de legalidad, el principio de publicidad, el principio de juez natural, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia el derechos de defensa y el principio de celeridad". (Sentencia T-632-07).

Es por ello que en las actuaciones administrativas deben respetarse todas las garantías del debido proceso, para lo cual las autoridades deben ejercer sus funciones sujetas al principio de legalidad, garantizando que sus decisiones sean efectivamente conocidas por los destinatarios, a efectos de que puedan hacer uso de sus derechos de defensa y contradicción.

Como se refirió en líneas anteriores y con base en la jurisprudencia constitucional, no es posible trasladar mecánicamente el alcance del debido proceso judicial al debido proceso administrativo toda vez que en este último existe una vinculación a dos mandatos constitucionales que deben ser armónicamente satisfechos. De un lado, las garantías contempladas en el artículo 29 de la Constitución y del otro, las garantías del debido proceso administrativo presididas por los principios que gobiernan la función pública contenidos en el artículo 209 *ibidem* y desarrollados en el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011.

Así, en la expedición de actos administrativos relacionados con la función pública, la administración tiene el deber de actuar conforme los procedimientos previamente establecidos por la ley y garantizar el ejercicio de los derechos de los empleados públicos, respecto a las diferentes decisiones que adopte, ya sea crear, modificar o extinguir un derecho o imponer una sanción.

Una de esas garantías es el cumplimiento del principio de legalidad. Conforme este principio, la administración debe ejercer sus competencias con sujeción al ordenamiento jurídico, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 6 y 122 de la Constitución Política. Santofimio (2017, p. 189) señala que la legalidad no se circunscribe al positivismo legal; es decir, al acatamiento exclusivo de la ley, por cuanto la legalidad implica el sometimiento a la totalidad de las normas, principios y valores que inspiran el sistema jurídico.

Garrido Falla, citado por Fernández (2015) define el principio de legalidad en los siguientes términos:

El principio de la legalidad es una de las consagraciones políticas del Estado de derecho y, al mismo tiempo, la más importante de las columnas sobre que se asienta el total edificio del Derecho administrativo. No solamente supone la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones del poder legislativo, lo cual viene de suyo postulado por la misma mecánica de la división de poderes y por el mayor valor

formal que a los actos de poder legislativo se concede, sino asimismo el respeto absoluto en la producción de las normas administrativas al orden escalonado exigido por la jerarquía de las fuentes, y finalmente, la sumisión de los actos concretos de una autoridad administrativa a las disposiciones de carácter general previamente dictadas por esa misma autoridad, o incluso, por autoridad de grado inferior siempre que actúe en el ámbito de su competencia. (p. 47)

El principio de legalidad implica, entonces, que el acto administrativo entendido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos, ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos, imponiendo una sanción o multa, tiene como presupuestos esenciales la sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de sus destinatarios, que para el presente caso son los empleados públicos. Por lo tanto, el acto administrativo debe ajustarse tanto a las normas de carácter constitucional y convencional como también a las demás normas jerárquicamente inferiores de aquellas (Corte Constitucional, sentencia T-136 de 2019).

Otra de las garantías que debe cumplir la administración es el principio de publicidad. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado que mediante el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, y de las razones de hecho y de derecho que les sirven de fundamento, se garantiza la imparcialidad y la transparencia de las decisiones adoptadas por las autoridades, alejándose de cualquier actuación oculta o arbitraria contraria a los principios, mandatos y reglas que gobiernan la función pública (Sentencia C-641 de 2002).

Según lo preceptúa el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa debe desarrollarse, entre otros, con base en el principio de publicidad. En igual sentido, el numeral 9 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, señala que en virtud del principio de publicidad, las autoridades deben dar a conocer al público y a los interesados, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en dicha ley.

El principio de publicidad irradia todas las actuaciones de la administración al garantizar que las decisiones de la administración sean efectivamente conocidas por sus destinatarios como núcleo esencial del derecho fundamental del debido proceso. Una de las

manifestaciones de este principio consiste en dar a conocer las actuaciones administrativas a través de publicaciones, comunicaciones o notificaciones, asegurando el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa.

Tratándose de actos administrativos de carácter particular y concreto, el principio de publicidad se materializa a través de las notificaciones, actos de comunicación²⁷ que garantizan el derecho a ser informado de las actuaciones administrativas que conduzcan a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica o a la imposición de una sanción. Los actos de la administración son oponibles a las partes, cuando son realmente conocidos por las mismas, a través de los mecanismos de notificación que permitan concluir que tal conocimiento se produjo. Adicionalmente, este procedimiento otorga legitimidad a las actuaciones de las autoridades administrativas (Corte Constitucional, sentencia C-012, 2013).

La notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto cumple una triple función administrativa:

i) asegura el cumplimiento del principio de publicidad de la función pública pues mediante ella se pone en conocimiento de los interesados el contenido de las decisiones de la Administración; ii) garantiza el cumplimiento de las reglas del debido proceso en cuanto permite la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción y; finalmente iii) la adecuada notificación hace posible la efectividad de los principios de celeridad y eficacia de la función pública al delimitar el momento en el que empiezan a correr los términos de los recursos y de las acciones procedentes. (Corte Constitucional, sentencia T-210 de 2010)

Los actos administrativos de carácter particular y concreto deben ser notificados en los términos establecidos en los artículos 66 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, según los cuales estas decisiones deben notificarse personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse. La notificación personal también puede efectuarse mediante cualquiera de las siguientes

²⁷ Para efectos de esta investigación, es preciso diferenciar entre comunicación y notificación, entendiendo la comunicación como el acto de informar sobre la existencia y objeto de una actuación administrativa, mientras que la notificación se considera como una diligencia por medio de la cual se da a conocer al interesado el contenido de una decisión, cumpliendo las formalidades y requisitos establecidos en las normas, con el fin de garantizar los derechos de defensa y contradicción.

modalidades: i) por medio electrónico, que procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera, y ii) en estrados.

En lo referente a la notificación de actos administrativos de carácter particular y concreto relativos a los empleados públicos, el ordenamiento jurídico colombiano no contempla un tratamiento diferente y en ese sentido podría afirmarse que se debe regir por las disposiciones anteriormente citadas, excepto en los eventos en los cuales expresamente se indique el medio por el cual se deba surtir.

Al verificar las normas que regulan el empleo público, se encuentran algunas disposiciones que señalan expresamente cuáles actos deber ser notificados al empleado público. La Ley 909 de 2004 contempla en su artículo 35 que se debe notificar personalmente al interesado, de acuerdo con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo (actualmente Ley 1437 de 2011), la decisión de la Comisión Nacional del Servicio Civil que niegue la inscripción o la actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa, siendo decisiones contra las cuales procede el recurso de reposición, el cual se interpondrá, presentará, tramitará y decidirá de acuerdo con lo dispuesto en el citado Código.

En el artículo 33, la citada ley (909) dispone que la página web de cada entidad pública, la del Departamento Administrativo de la Función Pública y de las entidades contratadas para la realización de los concursos, complementadas con el correo electrónico y la firma digital, será el medio preferente de publicación de todos los actos, decisiones y actuaciones relacionadas con los concursos, recepción de inscripciones, recursos, reclamaciones y consultas.

Este artículo posibilita el uso de medios electrónicos como medio preferente de publicidad de actos, decisiones y actuaciones relacionadas con concursos de méritos, así como para la recepción de inscripciones, recursos, reclamaciones y consultas. En ese sentido, si el correo electrónico puede ser utilizado para efectos de presentación de inscripciones, recursos, reclamaciones y consultas, también puede ser utilizado para efectos de recibir las respuestas que al respecto emitan las entidades a las que se refiere este artículo.

El artículo 38 *ibídem*, dispone que sobre la evaluación definitiva del desempeño procederá el recurso de reposición y de apelación. Por lo tanto, ha de entenderse que para hacer uso de los recursos necesariamente debe preceder la notificación, según el artículo 76

de la Ley 1437 de 2011, que expresa que los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Como aquí se trata de una decisión de carácter particular y concreto, la notificación se debe surtir de forma personal, en los términos establecidos por los artículos 67 y siguientes del CPACA.

Sin embargo, el Decreto 1083 de 2015 -Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública-, contempla que para el caso de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, quienes se rigen por un sistema específico de carrera, contra la calificación de la evaluación del desempeño definitiva o extraordinaria podrá interponerse el recurso de reposición ante el empleado público con personal a cargo que consolide la evaluación y el de apelación ante el inmediato superior de este. Estos recursos se deben presentar personalmente ante el evaluador por escrito y se sustentarán en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a ella. Señala esta norma que en lo no previsto se aplicará lo dispuesto en el CPACA (artículo 2.2.18.2.7). Por lo tanto, la notificación debe surtir en los términos establecidos en este último código.

Por otro lado, el artículo 43 de la Ley 909 de 2004 señala que el nombramiento del empleado de carrera administrativa deberá declararse insubsistente por la autoridad nominadora, en forma motivada, cuando haya obtenido calificación no satisfactoria como resultado de la evaluación del desempeño laboral y contra este acto administrativo procederá recurso de reposición. Respecto a la notificación, la norma no dispone nada al respecto, por lo cual nos debemos remitir a la Ley 1437 de 2011, en lo referente a la notificación de actos administrativos de carácter particular y concreto.

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, dispone que, para la elección de los representantes de los empleados en la Comisión de Personal y los suplentes, el jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces debe designar los jurados de votación, y la notificación de dicha designación se efectuará mediante la publicación de la lista respectiva el día hábil siguiente al de su designación (Artículo 2.2.14.2.5.)

Además, el artículo 2.2.19.3.4. del Decreto 1083 de 2015, en concordancia con el artículo 39 del Decreto-Ley 775 de 2005, estipula que la calificación del período de prueba de los empleados de las Superintendencias de la Administración Pública Nacional, así como la calificación definitiva producto de las evaluaciones del desempeño laboral, deberá ser notificada personalmente al evaluado, de acuerdo con lo previsto en el Código Contencioso Administrativo (hoy Ley 1437 de 2011), dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se produzca y contra ella procede el recurso de reposición, en los términos previstos en el artículo 40 del citado Decreto-Ley. En este caso, nada se indica respecto a la notificación, por lo cual nos debemos remitir a la Ley 1437 de 2011.

Y el artículo 2.2.37.1.5. del Decreto 1083 de 2015, adicionado por el artículo 1 del Decreto 1662 de 2021 que habilitó el trabajo en casa para los servidores públicos, precisa que la entidad puede dar por terminado unilateralmente la habilitación de trabajo en casa, siempre y cuando desaparezcan las circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que dieron origen a dicha habilitación, evento en el cual debe notificar con mínimo cinco (5) días de antelación la decisión al servidor público y en ningún caso lo podrá sancionar por no presentarse al lugar de trabajo si no media la notificación previa en la que se informe sobre la terminación del trabajo en casa. En este caso, la notificación debe surtirse en los términos establecidos en el CPACA.

Igualmente, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2.2.5.3.4 del DUR 1083 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 648 de 2017, antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados. Ello implica entonces que esta decisión debe ser notificada al empleado público.

En similar sentido, el artículo 2.2.5.5.24 del DUR 1083 de 2015, adicionado por el artículo 1 del Decreto 648 de 2017, dispone que las comisiones, en general, se deben conferir por acto administrativo. Respecto a la comisión de estudios, este último artículo, que también modificó el DUR en su artículo 2.2.5.5.36, prevé la terminación anticipada en cualquier momento y por cualquier medio, cuando aparezca demostrado que el rendimiento en el estudio, la asistencia o la disciplina no son satisfactorios, o se han incumplido las obligaciones pactadas. En este caso, el empleado deberá reintegrarse a sus funciones en el plazo que le sea señalado y prestar sus servicios por el doble del tiempo de duración de la

comisión, so pena de hacerse efectiva la garantía, lo anterior sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que haya lugar.

Por otro lado, el acto administrativo de nombramiento se comunicará al interesado por escrito, a través de medios físicos o electrónicos, indicándole que cuenta con el término de diez (10) días para manifestar su aceptación o rechazo de acuerdo con el artículo 2.2.5.1.6 modificado por el artículo 1 del Decreto 648 de 2017.

Asimismo, la reubicación de un empleo debe responder a necesidades del servicio y se efectuará mediante acto administrativo proferido por el jefe del organismo nominador, o por quien este haya delegado, el cual deberá ser comunicado al empleado que lo desempeña, según el artículo 2.2.5.4.6, adicionado por el artículo 1 del Decreto 648 de 2017.

Se ha evidenciado pues, que se presentan situaciones en las cuales las entidades públicas requieren surtir el proceso de notificación personal de actos administrativos a sus empleados, que por diferentes circunstancias esa notificación no se logra efectuar personalmente a su destinatario, o no se practica de manera ágil y eficiente, debiéndose agotar otros medios para llevar a cabo la notificación²⁸, lo cual genera inconvenientes tanto para los empleados públicos como para la entidad y eventualmente para los ciudadanos y la prestación del servicio público en general.

Lo anterior, por cuanto estas diligencias no se tramitan en términos de eficacia, economía y celeridad, situación que nos lleva a reflexionar sobre la posibilidad de que estas notificaciones se puedan efectuar por medios electrónicos y específicamente, que puedan ser enviadas al correo institucional del servidor público, sin que medie autorización expresa y

²⁸ Como ejemplo de la situación descrita, se encuentra la notificación del pliego de cargos a la luz de lo dispuesto en la Ley 734 de 2002, en cuyo artículo 165 señala que debe ser notificado personalmente el procesado o su apoderado si lo tuviere y si al cabo de cinco días ninguno se comparece, se designa defensor de oficio. Por su parte, el artículo 225 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 39 de la Ley 2094 de 2021, estableció igualmente que el pliego de cargos se debe notificar personalmente al procesado o a su defensor si lo tuviere, surtiéndose la notificación con el primero que se presente. Y agregó que si vencido el término de cinco (5) días contados a partir del día siguiente a la entrega de la comunicación en la última dirección registrada y al correo electrónico, no se ha presentado el procesado o su defensor, se procede a designar defensor de oficio (defensor público o estudiante de consultorio jurídico de universidad legalmente reconocida) con quien se surtirá la notificación personal. Sin embargo, el artículo 122 de la Ley 1952 de 2019, señala que las decisiones que deban notificarse personalmente podrán ser enviadas al número de fax o a la dirección de correo electrónico del investigado o de su defensor, si previamente y por escrito, hubieren aceptado ser notificados de esta manera. Conforme a esto, puede entenderse que existiendo la aceptación por escrito, podrá notificarse el pliego de cargos por medios electrónicos (fax o correo electrónico). Sin embargo, esta disposición no es tan clara cuando señala que la notificación del pliego de cargos se surtirá “*con el primero que se presente*”, en el evento de notificarse por correo electrónico.

escrita para tal fin, lógicamente, garantizando otros derechos como el debido proceso, sin vulnerar la autodeterminación informativa, dado que en primer lugar, se notifica un acto administrativo derivado de la relación Estado-empleado y no de una relación Estado-ciudadano y, en segundo lugar, porque la notificación no se realiza a un correo personal del empleado sino al correo institucional asignado por el empleador, cuyo uso es obligatorio.

Es por lo anterior que habría que preguntarse por la eficacia de la Política de Gobierno Digital en lo que corresponde a los empleados públicos, toda vez que estos deben ser los protagonistas de las transformaciones digitales a través del aprovechamiento de las TIC, lo que debe reflejarse igualmente en su vinculación laboral con el Estado.

Puede afirmarse entonces que el derecho administrativo colombiano ha evolucionado y se ha ido adecuando a una nueva realidad en la que las TIC tienen un papel protagónico como instrumento de buen gobierno que vincula a la administración con la sociedad, permitiendo que la primera sea más eficiente y cercana a un ciudadano cada vez más participativo y de un empleado público que se adapta las transformaciones digitales y que, a su vez, dirige su actuar al cumplimiento de los principios y derechos constitucionales.

Por ello, en la notificación de actos administrativos por correo electrónico, la administración pública debe ser garante del debido proceso, la legalidad y la autodeterminación informativa, lo cual, en el marco de las relaciones legales y reglamentarias suscita una tensión entre la legalidad estricta y el consentimiento tácito en el contexto del gobierno digital, que debe ser resuelta de tal forma que se actúe en términos de eficacia, economía, celeridad y publicidad, en el contexto del gobierno digital y la gobernanza electrónica.

2.7 El consentimiento en la notificación por correo electrónico institucional de los actos administrativos en las relaciones legales y reglamentarias

Como ya se ha indicado, el CPACA contempla la posibilidad de notificar los actos administrativos de carácter particular y concreto por correo electrónico, siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

La aceptación para este efecto se entiende entonces como la autorización o el consentimiento del titular del correo electrónico para que la Administración pueda usar este medio y notificarle una decisión.

La doctrina ha identificado varios tipos de consentimiento: i) expreso: cuando se manifiesta mediante un acto declarativo de voluntad, de forma oral o escrita; ii) tácito: cuando ha sido posible manifestar la voluntad pero se guarda silencio, presumiéndose su aceptación; y iii) presunto: se deduce de una conducta que implica la aceptación de un compromiso u obligación (Navarro, 2008, citado por Castaño, 2011, p. 14).

Sin embargo, en ninguna disposición se ha indicado la forma mediante la cual debe constar esa autorización o consentimiento. Al respecto, es pertinente citar la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al resolver la impugnación interpuesta contra la providencia de 27 de marzo de 2014, dictada por la Sección Tercera, Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que consideró que el registro del correo electrónico al lado de la firma de quien presenta la petición, no merece otro entendido que tal dirección la señaló el interesado para que allí se le notificara la decisión que al respecto se adoptara y que, además, en los términos de los artículos 56 y 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el hecho de informar en el escrito de la petición la dirección de correo electrónico, impone que acepta que allí se le notifique, sin otra mención que la que hace en la solicitud.

Ello significa entonces, que la aceptación del interesado no requiere inexorablemente una manifestación expresa, en tanto que la misma se encuentra implícita por el hecho de suministrar su dirección de correo electrónico en la respectiva solicitud e incluso, por el hecho de enviarla a través de correo electrónico a la entidad, lo cual no implica la vulneración del debido proceso, ni de la autodeterminación informática, en el evento de que la administración decida notificarlo por el mismo medio electrónico.

En normas más recientes, como el Decreto Legislativo 491 de 2020²⁹, expedido con ocasión de las medidas de salud pública adoptadas para enfrentar la pandemia causada por la

²⁹ Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica

Covid-19, se estableció como obligatoria la notificación o comunicación por medios electrónicos, durante la vigencia la Emergencia Sanitaria. Para tal fin, dispuso que era obligatorio indicar la dirección electrónica para recibir notificaciones, en todo trámite, proceso o procedimiento que se iniciara y con la sola radicación se entendería que se había dado la autorización.

En la revisión de constitucionalidad de este decreto, la Corte Constitucional concluyó que esa regla temporal es adecuada para lograr el principio de publicidad, pues gracias a los avances tecnológicos es posible que las personas puedan conocer el contenido de un acto administrativo sin que les sea entregada una copia física del mismo (C-242 de 2020). Con esta decisión, la Corte reconoce la autorización tácita que contiene la norma al indicar que con la sola radicación de una solicitud, se entiende dada la autorización o consentimiento para ser notificado por correo electrónico y por lo tanto, no puede exigirse una autorización escrita en tal sentido.

Referente a la notificación de actos administrativos de carácter particular y concreto relativos los empleados públicos a través del correo electrónico institucional, el ordenamiento jurídico colombiano no contempla un tratamiento diferente al procedimiento señalado en los artículos 66 y siguientes del CPACA y, en ese sentido, para llevar a cabo la notificación personal por correo institucional, se ha afirmado que en estos eventos debe mediar la aceptación del empleado.

Sin embargo, en el marco de la vinculación relación legal y reglamentaria del empleado público, es deber del empleador entregarle las herramientas de trabajo necesarias. Una de ellas, es el correo electrónico institucional. Precisamente, el DUR 1083 de 2015, señala como una de las obligaciones del empleador, disponer los instrumentos adecuados para que el trabajador preste sus servicios (art. 2.2.30.4.1) y correlativamente, uno de los deberes que tiene el empleado público es utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función³⁰, y entre estos recursos se encuentra el correo electrónico institucional o corporativo.

Como se indicó en el numeral 3.4.1.2 del capítulo 1 de esta investigación, el correo electrónico institucional es una herramienta proporcionada por la Administración a sus

³⁰ Artículo 38 numeral 5 de la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021.

empleados para el ejercicio de sus funciones, y por tanto, está asociado a una persona física quien lo administra mediante una contraseña personal, que debe ser secreta.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que el correo electrónico institucional es un dato personal público, que de conformidad con las definiciones del artículo 3 de la Ley 1266 de 2008³¹ corresponde a aquellos que sean calificados así por la Constitución y la ley, al igual que todos los que no estén incluidos en las categorías de datos semiprivados³² y privados. En complemento de esta definición, se encuentra la que trae el artículo 2.2.2.25.1.3 del Decreto 1074 de 2015³³, según el cual son datos públicos, entre otros, los relativos al estado civil de las personas, a su profesión u oficio y a su calidad de comerciante o de servidor público y su naturaleza. Estos datos públicos pueden estar contenidos, entre otros, en registros públicos, documentos públicos, gacetas y boletines oficiales y sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que no estén sometidas a reserva.

Esta clasificación es importante al momento de establecer si se requiere la autorización de su titular para el uso de una dirección de correo electrónico institucional, pues para el caso de los datos personales públicos, estos pueden ser solicitados por cualquier persona y no requieren consentimiento de su titular. Por lo tanto, el envío de información a un correo electrónico institucional no requiere del consentimiento previo de su titular³⁴, contrario a lo que sucede con los correos personales que se catalogan como datos personales semiprivados, en donde sí se requiere el consentimiento previo, expreso e informado de sus titulares (MinTIC, 2015). Al respecto, ha señalado la Superintendencia de Industria y Comercio (2016):

Los correos electrónicos se consideran datos públicos cuando (i) pertenecen a los servidores públicos en ejercicio de las funciones públicas asignadas, independientemente del servidor de correo que esté disponible (normalmente los

³¹ Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones.

³² La autoridad nacional en materia de datos personales es la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual ha señalado que el correo electrónico de uso personal es un dato semiprivado. A diferencia de los correos electrónicos institucionales o relacionados con la profesión u oficio de las personas, que tienen la naturaleza de dato público. Para verificar lo anterior se puede revisar la Resolución 15339 de 2016, de dicha entidad, donde se hace un análisis al respecto en el numeral 7.2.2.

³³ "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo."

³⁴ Resolución No. 79573 de 2015, p. 12-15, Superintendencia de Industria y Comercio.

correos institucionales de los funcionarios públicos corresponden a un servidor de correo propio de la entidad...); los correos que pertenecen a los empleados de una empresa para el giro ordinario de los negocios. (pp. 7-8)

Lo expuesto permite concluir que la entidad no requiere la autorización o consentimiento del empleado público para enviarle al correo electrónico institucional las comunicaciones y notificaciones relacionadas con la función pública, dada la naturaleza jurídica del correo electrónico institucional como dato personal público.

Por su parte, el DAFP ha conceptualizado que el correo institucional es el servicio de red que suministra las entidades y organismos a todos sus colaboradores, como medio de comunicación, para notificar y solicitar información relacionada con todo lo que tenga que ver con la vinculación laboral de los mismos y en ese sentido, si los actos administrativos objeto de notificación, son relacionados con el ejercicio de la función o cargo del empleado público, podrá exigirse la recepción de la misma por este medio, asunto diferente si es un asunto que adelanta en calidad de ciudadano y no de servidor público, caso en el cual es necesario que previamente autorice recibir notificaciones por este medio³⁵.

Sin embargo, la notificación de actos administrativos por correo electrónico debe cumplir los requisitos contemplados en el ordenamiento jurídico para su validez. Al respecto, el Decreto Legislativo 491 de 2020, señaló:

El mensaje que se envíe al administrado deberá indicar el acto administrativo que se notifica o comunica, contener copia electrónica del acto administrativo, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo. La notificación o comunicación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración. (Art. 4)

De otro lado, debe precisarse que el incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación. El Consejo de Estado (Rad. 25000 23 42 000 2016 05102 01, 2017) ha señalado que la notificación por correo electrónico es un medio de comunicación adecuado

³⁵ Conceptos 547981 y 573541 de 2020, Departamento Administrativo de la Función Pública

para que los destinatarios de los actos administrativos puedan no solo conocerlos oportunamente, sino también utilizar los medios o instrumentos jurídicos necesarios para la defensa y protección de sus derechos e intereses, y la administración está en la obligación de velar porque la forma en que se surta sea cierta y seria, de tal manera que logre siempre una constancia de ello. Por esto, cuando no se envía en el correo copia íntegra del acto, la notificación no cumple con los requisitos legales, pues no se notificó el contenido del mismo, lo que impide al interesado conocer qué recursos puede interponer.

Asimismo, en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, el Consejo de Estado (2010) manifestó:

Un sistema de notificación por medios electrónicos, como el que se estudia en este concepto, debe garantizar los mismos resultados prácticos de la notificación presencial en cuanto al conocimiento de la decisión y la posibilidad de ejercer los recursos, para poder dar los mismos resultados jurídicos a la presencia física del interesado en la oficina pública como a su presencia virtual expresada en la interacción por medios electrónicos, entre esa oficina y ese interesado. (p. 8)

Por su parte, la Corte Constitucional (sentencia C-1114 de 2003) ha indicado que es al legislador al que le asiste la facultad constitucional de configurar el régimen de notificaciones administrativas y judiciales, por lo que nada se opone a que disponga que las notificaciones de los actos administrativos proferidos por la administración se notifiquen por correo electrónico, lo que además es compatible con el avance de la informática y que incorpora a la función pública los recursos tecnológicos por ella suministrados.

Lo anteriormente expuesto permite concluir que el correo electrónico es un medio idóneo y eficaz para la notificación a través del correo electrónico institucional, siempre que se cumplan los requisitos que permitan a su destinatario conocer la decisión de la administración con miras al ejercicio de sus derechos, en especial los de contradicción y defensa.

CAPÍTULO 3

ENTRE LA LEGALIDAD ESTRICTA Y EL CONSENTIMIENTO TÁCITO EN LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

Los capítulos que anteceden permitieron evidenciar los aportes de las TIC a la gestión del Estado, lo que ha posibilitado una mayor interacción entre los ciudadanos y la Administración, en especial a través del correo electrónico, materializando así el derecho de aquellos a relacionarse con la administración por medios electrónicos, asegurando con ello las bases de una buena administración en el marco del gobierno digital.

Del mismo modo, se analizó la vinculación laboral de los empleados públicos, resaltando las diferentes situaciones que pueden presentarse durante la relación legal y reglamentaria, así como las relaciones especiales de sujeción que surgen de este vínculo, en especial, el deber de usar los medios e instrumentos que le proporciona la entidad, como lo son, entre otros, el correo electrónico institucional.

En materia de notificación de actos administrativos relacionados con la función pública, el uso del correo electrónico como medio de notificación personal se hace cada vez más necesario. Por ello, es ineludible que, a raíz de estos avances en materia de tecnologías de la información, se replantee la forma tradicional de notificar estos actos administrativos garantizando a la vez el principio de legalidad y dentro de este el de publicidad, en concordancia con la protección constitucional de los datos personales, ponderando su interpretación y aplicación en el contexto del gobierno digital.

Teniendo este contexto, el presente capítulo abordará la hipótesis de esta investigación, que pretende determinar de qué manera las entidades públicas garantizan a los empleados públicos el debido proceso en las notificaciones por medios electrónicos de los actos administrativos relacionados con la función pública, en el marco de un gobierno digital que propende por el uso y apropiación de los medios tecnológicos en aras de consolidar una gobernanza pública electrónica, que permita una mayor eficiencia, economía, celeridad y transparencia en el cumplimiento de los cometidos estatales y, al mismo tiempo, garantice el derecho a la autodeterminación informativa y el principio de legalidad.

En particular, el punto de conflicto sobre el cual gira el presente trabajo, radica en la tensión que existe entre la legalidad estricta de la notificación por medios electrónicos que

exige autorización previa y la condición legal del empleado público, que le obliga a usar el correo electrónico institucional para el cumplimiento de sus funciones, lo que derivaría en un consentimiento tácito para este tipo de notificación, en el contexto de un gobierno digital que obliga a repensar el principio de legalidad y la autodeterminación informativa.

3.1 La legalidad estricta

Conforme lo ya visto en los capítulos anteriores respecto de la notificación por medios electrónicos, la aplicación del debido proceso y de legalidad, exigen que se dé cumplimiento a lo estipulado en la norma.

En concreto, el numeral primero del artículo 67 de la Ley 1437 de 2011 dispone que la notificación personal puede efectuarse por medio electrónico “siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera”. En esta misma dirección, el numeral 4 del artículo 77 de la misma ley, haciendo referencia a los recursos contra los actos administrativos, señala como uno de los requisitos, que el recurrente debe “indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.”

Este consentimiento o autorización previa, que hace parte de la autodeterminación informativa ya vista en el primer capítulo, es condición general para las notificaciones por medios electrónicos. Ahora bien, acudiendo a la regla que señala que “donde el legislador no distingue no le es dado al intérprete distinguir”, se podría decir en primera instancia, que el legislador no distinguió la notificación según el interesado, por esto, no podría señalarse que pudiera existir un procedimiento de notificación para los ciudadanos y otra para los empleados públicos, dado que la ley no hizo tal distinción y sería forzado para el intérprete hacerlo.

Esto, inicialmente debería ser así, aplicando los principios de legalidad, debido proceso, publicidad y habeas data. No obstante lo anterior, la propuesta del presente trabajo, radica justamente en sustentar que para el caso de los empleados públicos, podría generarse una línea de interpretación jurídica diferente, perfectamente viable en el sistema jurídico colombiano, que se articula con las políticas de gobierno digital, la gobernanza electrónica,

la buena administración y al mismo tiempo garantizando los derechos de los empleados públicos.

3.2 Argumentos a favor de la notificación por correo electrónico a empleados públicos sin mediar autorización escrita

La propuesta de investigación gira alrededor de que las entidades públicas pueden garantizar a los empleados públicos el ejercicio del derecho al debido proceso en las notificaciones por medios electrónicos de los actos administrativos relacionados con la función pública, en el marco de un gobierno digital que propende por el uso y apropiación de los medios tecnológicos en aras de consolidar una gobernanza pública electrónica, que permita una mayor eficiencia y transparencia en el cumplimiento de los cometidos estatales, entendiendo un consentimiento tácito del servidor. Lo anterior se basa en los siguientes argumentos.

3.2.1 Principios de eficiencia, eficacia, economía y celeridad

La notificación de los actos administrativos relacionados con la función pública a través del correo electrónico institucional a los empleados públicos, se soporta y materializa los principios de eficiencia, eficacia, economía y celeridad, los cuales se encuentran ligados y coexisten con el debido proceso, en tanto que las autoridades deben impulsar oficiosamente los procedimientos incentivando el uso de las TIC, con el fin de que los procedimientos se adelanten con diligencia y logren su finalidad, optimizando el uso del tiempo y demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en las actuaciones administrativas. (Macareno. 2012. p. 153).

Las nuevas tecnologías son un medio para facilitar la consecución de los objetivos propios de un Estado Social y Democrático y dentro de este, la buena administración (Díaz, 2010, p. 141). Por ello, si el Estado colombiano se ha ido adaptando a la era de la cuarta revolución industrial en la que las tecnologías de la información y el conocimiento tienen un papel protagónico como instrumentos de buen gobierno y buena administración, que no solo vinculan a la administración con la sociedad sino que propende por entidades públicas más

eficientes y actúen en términos de eficacia, economía y celeridad, pues esto también debe reflejarse al interior de las mismas entidades y en el relacionamiento con sus empleados públicos.

Así, no resulta coherente que al ciudadano se le invite a ser partícipe de los cambios e innovación que trae consigo la cuarta revolución industrial y en ese sentido se le estimule a relacionarse con la administración por medios electrónicos, argumentando principios como la celeridad, eficiencia y eficacia en los procedimientos, si en el relacionamiento entre el empleado público y su empleador no se obra ni se actúa en el mismo sentido y con la misma finalidad, máxime cuando el empleado público cuenta con los medios, instrumentos y herramientas que le otorga la misma entidad. El empleado público es el primer llamado en ejercer su cargo con el mayor compromiso y responsabilidad, pues se espera que en todos los ámbitos de su actuar, obre siempre en procura de los mismos fines.

Adicionalmente, la aplicación de las TIC a la Administración Pública (e-Government) se integra en el concepto de buen gobierno en el ámbito de la OCDE (Díaz, 2010, p. 143). Aquí es fundamental que los empleados públicos se concienticen en que son los agentes del cambio que requiere el Estado en el contexto de la cuarta revolución industrial, cuyo papel es clave para avanzar en la implementación de una gobernanza digital en la cual el uso de las tecnologías sea parte integral de las estrategias de modernización de los gobiernos (CEPAL, 2021, p. 15).

3.2.2 Relación legal y reglamentaria

Los empleados públicos, a diferencia de otros tipos de vinculación con el Estado, cuentan con una relación legal y reglamentaria, que quiere decir que estos servidores se deben al cumplimiento de la norma e implica que desde su designación el empleado conoce las condiciones en las que va a desarrollar su actividad sin que pueda discutirlos, pues como ya se indicó, estas se encuentran establecidas en la ley y en el reglamento, lo cual le permite decidir si desea aceptar o no el cargo (Corte Constitucional, sentencia T-457 de 1992).

Por ello, la Constitución Política de Colombia señala que “los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento” (art. 123); que “no habrá empleo público que no

tenga funciones detalladas en ley o reglamento” (art. 122); que “ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución” (art. 122); y que los servidores responden ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, así como por omisión y extralimitación de funciones (art. 6).

De manera que los empleados públicos no se vinculan con el Estado a través de un contrato, sino de un nombramiento y una posesión, lo cual implica un vínculo de sujeción especial que conlleva un régimen más estricto con la Administración y en el desempeño de sus funciones al encontrarse en una posición jurídica que difiere de la del resto de los ciudadanos, de la que derivan deberes especiales para con la Administración y para con los administrados ligados a la autoridad de la que están investidos y a una mayor exigibilidad de rigor en sus actuaciones (Díaz, 2010, pp. 43, 216).

Esta vinculación implica el cumplimiento de derechos y deberes tales como recibir capacitación y actualizarse (arts. 37 y 38, Ley 1952 de 2019) para el mejor desempeño de sus funciones. El Plan Nacional de Formación y Capacitación 2020-2030 del Departamento Administrativo de la Función Pública (2020, p. 37), presenta los lineamientos que orientan la formación y capacitación del sector público, los cuales son de obligatorio cumplimiento para todas las entidades, órganos y organismos de la Rama Ejecutiva del orden nacional y territorial, del nivel central o descentralizado, que cuente con régimen general de carrera y de los que cuentan con régimen específico que no haya sido reglamentado. Señala que es indispensable que la entidad pública les dé a sus servidores herramientas de aprendizaje para mejorar continuamente su desempeño y que además, la capacitación de los servidores públicos deberá combinar el uso de la tecnología con los saberes individuales y organizacionales acumulados para generar una oferta institucional virtual.

De conformidad con este plan, la capacitación comprende conocer, asimilar y aplicar los fundamentos de la industria 4.0 de la Cuarta Revolución Industrial y de la transformación digital en el sector público, toda vez que los procesos de transformación de la economía en el mundo, impactan también a la administración pública. Lo que propone el plan es que todos los servidores públicos desarrollen herramientas cognitivas, destrezas y conductas éticas que se orienten al manejo y uso de las herramientas, contribuyendo no solo al cambio cultural organizacional sino además, cambiando la manera en la que el Estado produce los bienes y servicios a su cargo y la forma que se relaciona con la ciudadanía, es decir; un Gobierno 4.0

en el que se despliegan tecnologías, conocimientos, prácticas y saberes que promueven una mayor confiabilidad y calidad en la que la tecnología y las aplicaciones tecnológicas propician un canal dinámico para generar interacciones entre el Estado y la ciudadanía (DAFP, 2020, p. 55).

Las orientaciones del plan incluyen, entre otras, las siguientes: optimizar la gestión de los recursos públicos, formarse y certificar sus competencias digitales y de innovación, priorizar las tecnologías emergentes de la Cuarta Revolución Industrial, dominar las tecnologías los sistemas de información y las redes sociales, diseñar e implementar los trámites nuevos en forma digital o electrónica, implementar la política de racionalización y automatización del 100% de los trámites, automatizar todos los trámites y procedimientos internos en cada entidad pública, propender por la participación ciudadana en línea y el gobierno abierto, implementar políticas de seguridad y confianza digital, certificarse como servidor público digital e innovar todo el tiempo y adaptarse al cambio constante.

Como vemos, el empleado público tiene un rol protagónico en la modernización del Estado, y en ese sentido, debe generar nuevas formas de pensamiento tendientes a modificar la forma de gestionar los asuntos a su cargo, a través del uso e implementación de las TIC en el ejercicio de sus funciones y en su relacionamiento con su empleador, conforme a los lineamientos establecidos desde el Gobierno Nacional y que son de obligatorio cumplimiento.

En términos de la Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública, las tecnologías emergentes deben ser una herramienta que potencie la gestión del conocimiento, siendo el protagonista el ser humano y para una buena gestión del conocimiento es necesario transformar las dinámicas de trabajo. Es una necesidad latente que el empleo público requiere empleados públicos con competencias digitales, que fomenten y faciliten la innovación en el marco de un modelo de trabajo más eficaz, eficiente y sostenible (p. 23).

3.2.3 Obligatoriedad de los reglamentos

Tal como lo señala el artículo 123 de la Constitución, los empleados públicos ejercen “sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”. En Colombia, todas las entidades públicas y privadas que tengan personal a su cargo deben contar con un

reglamento interno de trabajo, que es norma vinculante para las partes, contiene normas de carácter general y abstracto, que busca ordenar las actuaciones al interior de la entidad y brindar a los subalternos unas reglas básicas que les garanticen seguridad jurídica.

Para el caso de los empleados públicos, el Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública contiene varias disposiciones al respecto. El núm. 1 del Art. 2.2.30.4.1 establece como obligación del empleador disponer de los instrumentos adecuados para la efectividad que de los servicios que presta el empleado, instrumentos entre los cuales se encuentra el correo electrónico institucional, que además constituye información que deben publicar las entidades públicas.

Además, el numeral 10 del citado artículo, en virtud del cual los empleadores tienen la obligación de cumplir con el reglamento interno de trabajo, lo cual se refuerza con lo regulado por el Código Único Disciplinario³⁶ que igualmente contiene varias disposiciones relacionadas con los deberes de los servidores públicos, como son cumplir los reglamentos de trabajo (Art. 38.1), utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función (art. 38.5), así como la prohibición de incumplir los reglamentos (Art. 39.1).

De manera que los empleados públicos deben utilizar el correo electrónico institucional para todos los efectos relacionados con el desempeño de su empleo, cargo o función, lo cual incluye todas las situaciones que se presentan durante su vinculación legal y reglamentaria con el Estado.

Corolario a lo anterior, los empleados públicos no solo deben acatar la ley sino que además se rigen por los reglamentos internos de trabajo, los cuales podrían disponer del uso obligatorio de los correos electrónicos institucionales para efectos de notificar los actos administrativos relacionados con la función pública.

3.2.4 Obligatoriedad del correo electrónico por parte de entidades públicas

Refuerza todo lo anterior, el hecho de que la normatividad vigente aplicable a los empleados públicos, exige a las entidades la entrega de un correo electrónico institucional a

³⁶ Ley 1952 de 2019, reformada por la Ley 1952 de 2019

todos sus servidores, que como ya se indicó anteriormente, es una obligación del empleador contenida en el Decreto 1083 de 2015 Art. 2.2.30.4.1 numeral 1.

Por su parte, la Ley 1712 de 2014³⁷ señala en el artículo 9° la información mínima obligatoria respecto a la estructura del sujeto obligado, en la cual se encuentra el directorio que incluya el cargo, direcciones de correo electrónico y teléfono del despacho de los empleados y funcionarios. El Decreto 1081 de 2015, indica en el artículo 2.1.1.2.1.5, que el directorio de información de servidores y empleados debe incluir el correo electrónico institucional. En igual sentido, la Resolución 1519 de 2020 de MinTIC también refiere a la forma en que se debe publicar la información mínima obligatoria, entre ella, el correo electrónico de los funcionarios y empleados.

En complemento de lo anterior, la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico (2007, p. 8) dispone que uno de los principios en los que se inspira el Gobierno Electrónico es el de adecuación tecnológica, según el cual las administraciones son autónomas para elegir las tecnologías más adecuadas para satisfacer sus necesidades, sin perjuicio de la eventual imposición del empleo en determinados casos de aquellos medios concretos que se adecuen a la naturaleza del trámite o comunicación de que se trate.

Por tanto, al existir la obligatoriedad por parte de las entidades públicas de suministrar a los empleados públicos un correo institucional, ello supone que el uso del correo electrónico institucional por parte de los empleados públicos también es obligatorio, incluso para asuntos relacionados con su función pública.

Esto quiere decir que, en estos casos no aplica la libre autodeterminación informativa por ser una obligación de la entidad disponer de los instrumentos necesarios e idóneos y del empleado público, hacer uso adecuado de ellos. En esta medida, al servidor aceptar el nombramiento y firmar la posesión está aceptando de manera tácita las condiciones que le ponen las normas nacionales en materia de uso del correo electrónico institucional.

3.2.5 Obligatoriedad del uso del correo electrónico en materia de notificaciones existentes a la fecha

³⁷ Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones.

En el ordenamiento jurídico colombiano existen disposiciones que contemplan el uso del correo electrónico como medio de notificación obligatorio. Ejemplo de ello es el Estatuto Tributario Nacional que estipula que cuando el contribuyente, responsable, agente retenedor y/o declarante informe a través del Registro Único Tributario (RUT) una dirección de correo electrónico, todos los actos administrativos le serán notificados a la misma y que además, la notificación por medios electrónicos será el mecanismo preferente de notificación de los actos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)³⁸. Esta forma notificación también aplica para los actos administrativos expedidos por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP) y será el mecanismo preferente de notificación.

Por su parte, la Ley 1437 de 2011, estableció para las entidades públicas de todos los niveles, las privadas que cumplan funciones públicas y el Ministerio Público que actúe ante jurisdicción de lo contencioso administrativo, la obligatoriedad de tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibir notificaciones judiciales, las cuales se entenderán como notificaciones personales (art. 197). Asimismo, respecto al contenido de las peticiones, señala en el artículo 16 que si el peticionario es una persona privada que deba estar inscrita en el registro mercantil, estará obligada a indicar su dirección electrónica. Ello significa que esa dirección será en la cual se le notifique la respuesta a la petición, pues de lo contrario no tendría ningún sentido esta disposición.

La Ley 1564 de 2012, dispuso que las personas jurídicas de derecho privado y los comerciantes inscritos en el registro mercantil deben registrar en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente del lugar donde funcione su sede principal, sucursal o agencia, la dirección donde recibirán notificaciones judiciales y además, deberán registrar una dirección electrónica con el mismo propósito (art. 291).

Como puede observarse, estas disposiciones no exigen una autorización para ser notificado por correo electrónico, lo cual se entiende como una autorización implícita o tácita por el hecho de haber suministrado la dirección de correo electrónico.

3.2.6 La experiencia de la pandemia

³⁸ Decreto 624 de 1989, artículo 563, modificado por el artículo 103 de la Ley 2010 de 2019

Entre los años 2020 y 2022, el mundo se enfrentó a la pandemia generada por la Covid-19, que llevó a los gobiernos a confinar prácticamente la totalidad de sus habitantes, limitando al máximo la interacción personal física, lo que obligó a los Estados a tomar medidas para que los ciudadanos pudieran seguir interactuando con la Administración Pública. Una de las medidas adoptadas en Colombia, consistió en establecer temporalmente mecanismos de atención mediante la utilización de medios digitales y del uso y aprovechamiento de las tecnologías de la información y las comunicaciones, tanto en el ámbito administrativo³⁹ como en el judicial,⁴⁰ con el fin de evitar el contacto entre los servidores públicos y los ciudadanos, sin afectar la continuidad y efectividad del servicio, promoviendo la utilización de medios tecnológicos y los servicios virtuales.

Así, la medida que impuso la obligatoriedad de que todo acto administrativo se notificara o comunicara por medios electrónicos durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, fue avalada por la Corte Constitucional en sentencia C-242 de 2020 con una condición, consistente en que ante la imposibilidad manifiesta de una persona de suministrar una dirección de correo electrónico, pueda indicar un medio alternativo para facilitar la notificación o comunicación de los actos administrativos, por ejemplo, a través de una llamada telefónica, el envío de un mensaje de texto o de voz al celular o un aviso por una estación de radio comunitaria.

Esto corrobora que sí es posible practicar notificaciones mediante correo electrónico sin que medie autorización o consentimiento previo por parte de los ciudadanos, sin que ello implique la vulneración de derechos fundamentales como el debido proceso, el habeas data y sin trasgredir aspectos esenciales para la exigibilidad de los actos administrativos, como lo es la publicidad.

3.2.7 Carácter de los datos

Por otra parte, el manejo de los datos para la notificación electrónica de los actos administrativos relacionados con la función pública no presenta límites desde el habeas data.

³⁹ Decreto Legislativo 491 de 2020, modificado por la Ley 2207 de 17 de mayo de 2022

⁴⁰ Decreto Legislativo 806 de 2020.

En primer lugar, el nombre del servidor público es un dato público y en segundo lugar, el correo electrónico institucional tiene el mismo carácter, como ya se abordó, de dato público.

Esto quiere decir que es viable jurídicamente que la administración notifique a sus empleados públicos las decisiones de contenido particular y concreto relacionados con la función pública, a través de correo electrónico institucional, sin que ello implique la vulneración al hábeas data ni su derecho a la autodeterminación informativa, por cuanto se trata de un dato personal de naturaleza pública, lo que descarta de entrada el requisito del consentimiento de su titular, en tanto se trata de una herramienta de uso obligatorio para el cumplimiento de sus funciones, en virtud de la relación legal y reglamentaria que le vincula a la entidad pública, más allá de la simple relación Estado-ciudadano.

Un antecedente al respecto se encuentra en la legislación española, ya que por la Ley 39 de 2015 artículo 14, las personas están obligadas a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas, entre las cuales se encuentran los empleados públicos para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración.

Este mismo artículo faculta las Administraciones, para que, a través del Reglamento, establezcan la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.

En Colombia, esta facultad fue asignada al Ministerio de las Tecnologías y de la Información (art. 53A Ley 1437 de 2011), que podrá, a través de reglamento, establecer para cuáles procedimientos, trámites o servicios será obligatorio el uso de los medios electrónicos por parte de las personas y entidades públicas, para lo cual deberá garantizar las condiciones de acceso a las autoridades para las personas que no puedan acceder a ellos.

De otro lado, es importante indicar que los correos electrónicos que notifiquen actos administrativos deben cumplir con los requisitos de los mensajes de datos establecidos en la ley: disponibilidad, confidencialidad, integridad (Ley 527 de 1999).

De conformidad con lo señalado en la ley, el mensaje de datos debe recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, debe dársele la misma eficacia jurídica, siempre que cumpla los requisitos de ley. Esto es lo que se denomina como principio

de equivalencia funcional, conforme al cual el mensaje de datos es un documento legible que puede ser presentado ante las Entidades públicas y los Tribunales; admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo; facilita la revisión y posterior auditoría para los fines contables, impositivos y reglamentarios; afirma derechos y obligaciones jurídicas entre los intervinientes y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse (Corte Constitucional, sentencia C-662 de 2000).

Según lo manifestó el Consejo de Estado (2010), la notificación por medios electrónicos debe garantizar los mismos resultados prácticos de la notificación presencial en cuanto al conocimiento de la decisión y la posibilidad de ejercer los recursos, para poder dar los mismos resultados jurídicos a la presencia física del interesado en la oficina pública como a su presencia virtual mediante la interacción por medios electrónicos y para tal fin, el ordenamiento jurídico lo posibilita bajo el criterio de la equivalencia funcional, conforme al cual el medio de notificación que se adopte debe reunir los requisitos necesarios para preservar los derechos de los interesados, la exigibilidad de las decisiones de la Administración y su prueba.

La Ley 527 señala en los artículos 6 y siguientes, los “requisitos jurídicos” aplicados a los mensajes de datos, como tales: el escrito, la firma, el original, la integridad, la fuerza probatoria y la conservación; señalando el modo como debe ser satisfecho, sea que la ley exija expresamente el requisito de que se trata o que solamente establezca las consecuencias de su omisión. Para la Sala de Consulta y Servicio Civil (2010), dichos requisitos en los documentos físicos o en los electrónicos apuntan a garantizar la accesibilidad para su posterior consulta; la identidad de quien emite el mensaje y la certeza de que aprobó su contenido; la integridad de la información desde cuando se generó de manera definitiva y la posibilidad de mostrarla; y su conservación en el formato original de envío o de recibo, con los datos de origen, destino, fecha y hora de envío, recepción o producción del documento. Al aplicar estos requisitos al documento físico y al documento electrónico, deben hacerlos equivalentes, es decir, iguales en su valor, estimación, potencia o eficacia y, como consecuencia, deben tener los mismos efectos jurídicos (2010).

Lo anterior significa entonces que la administración puede notificar sus actos administrativos por correo electrónico, con el cumplimiento de los requisitos que garanticen

el conocimiento, cierto y confiable de su contenido, así como el ejercicio oportuno de los recursos que sean procedentes.

3.3 Alternativa de solución a la tensión que se presenta entre la legalidad estricta y el consentimiento tácito

Considerando todo lo anterior, es imperioso un cambio de paradigma en la interpretación del principio de legalidad en materia de notificaciones por medios electrónicos, de tal forma que se encuentre en consonancia con los cambios que conlleva la modernización del Estado y su transformación en la era de la Cuarta Revolución Industrial, en donde los empleados públicos no solo ejerzan el derecho a la buena administración sino que también lo implementen en su relacionamiento con el Estado en su rol de empleador, materializando los principios de eficiencia, eficacia, economía y transparencia que guían la administración pública.

Con el fin de garantizar los derechos al debido proceso, publicidad, contradicción y defensa, la notificación por correo electrónico institucional a los empleados públicos será procedente si la entidad previamente ha suministrado el correo electrónico institucional al empleado.

Adicionalmente, de acuerdo con lo analizado en esta investigación, se proponen las siguientes alternativas de solución a la tensión que deviene de la legalidad estricta y el consentimiento tácito en el contexto del gobierno digital.

3.3.1 Acta de posesión

En el acta de posesión se puede incluir un acápite en el cual se señale que para todos los efectos relacionados con el ejercicio de la función pública, la entidad hará uso del correo electrónico institucional como medio preferente o principal de notificación personal de los actos administrativos que para el efecto se expidan.

3.3.2 Reglamento interno de trabajo

En el mismo sentido, se considera viable incluir en los reglamentos internos de trabajo un texto en el que se exprese que la notificación de los actos administrativos relacionados con la función pública será través del correo electrónico institucional y que conforme lo establecido en el Código Disciplinario Único, es de obligatorio uso por parte de los servidores públicos.

3.3.3 Obligatoriedad por MinTIC

Atendiendo la facultad que tiene el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de regular lo relacionado con el Gobierno Digital⁴¹, como producto de esta investigación se sugerirá a dicho Ministerio que en la Resolución “Por la cual se definen los estándares y directrices para publicar la información señalada en la Ley 1712 del 2014 y se definen los requisitos materia de acceso a la información pública, accesibilidad web, seguridad digital, y datos abiertos”, se incluya que el correo institucional se usará con la finalidad de notificar los actos administrativos de los empleados públicos que deriven de la función pública, como regla general, incluyendo las excepciones no taxativas que se puedan presentar debido a las dificultades de acceso a las TIC, e incluyendo otros medios como los referidos en la sentencia C-242 de 2020 de la Corte Constitucional, según la cual ante la imposibilidad manifiesta de una persona de suministrar una dirección de correo electrónico, podrá indicar un medio alternativo para facilitar la notificación o comunicación de los actos administrativos, por ejemplo, a través de una llamada telefónica, el envío de un mensaje de texto o de voz al celular o un aviso por una estación de radio comunitaria.

3.3.4 Excepciones

La regla general de utilizar el correo electrónico institucional como medio de notificación personal de actos administrativos de carácter particular y concreto relacionados con la función pública se aplica siempre y cuando: i) la entidad suministre esta herramienta al empleado público, y, ii) el empleado público efectivamente pueda acceder al correo electrónico institucional asignado, pues de lo contrario, se vulnerarían sus derechos.

⁴¹ Ley 1437 de 2011, Art. 53A

Lo anterior, por cuanto es innegable que si bien con el ingreso de Colombia a la OCDE⁴², el país ha avanzado en materia de conectividad para llegar a los rincones más apartados del país, también lo es que no todas las entidades en sus diferentes órdenes cuentan con estas posibilidades, pues aún existe una brecha digital de acceso a la tecnología en zonas en las cuales aún no existe conectividad, lo que dificulta la utilización de este medio de notificación en territorios apartados, y en ese sentido, el uso del correo electrónico institucional como medio de notificación personal, no sería exigible para los empleados públicos que no cuenten con esta herramienta suministrada por su empleador, o que por cualquier causa ajena a su voluntad, no le es posible acceder al mismo, situación que deberá demostrarse.

Asimismo, procederá la excepción en los eventos en que el empleado público no se encuentre en servicio activo; esto es, cuando no se encuentre ejerciendo las funciones del empleo del cual ha tomado posesión, no será procedente para la respectiva entidad pública acudir a este medio de notificación.

3.3.5 Prohibiciones

Como marco claro en relación con la autodeterminación informativa, las entidades públicas no pueden notificar a través del correo electrónico institucional asuntos diferentes a los que se relacionen con su situación legal y reglamentaria, como lo son temas de impuestos o de multas de tránsito personales. Aquí sí se está ante el derecho a la autodeterminación informativa, y ante datos semiprivados que exigen el consentimiento de su titular, pero además la definición de la finalidad o el uso estricto que se le dará al dato personal (correo electrónico), pudiendo el empleado público en su rol de ciudadano revocar su autorización y solicitar la eliminación del dato en las bases de la entidad pública⁴³.

Por lo tanto, se debe diferenciar la situación de la persona en su relacionamiento con el Estado a través del correo electrónico en su rol de ciudadano (dato semiprivado) y en su rol de empleado público (dato público).

⁴² Colombia se convirtió oficialmente en el 37º miembro de la Organización el 28 de abril de 2020, siendo el tercer país miembro de la región de América Latina y el Caribe después de Chile y México.

⁴³ Cosa que no puede exigir como empleado público a su empleador, en relación con el correo electrónico institucional.

Conclusiones

La Revolución 4.0 ha impulsado profundas transformaciones en la sociedad, cambios que no han sido ajenos a la Administración pública y que han derivado en la modernización del Estado, que ha incorporado el desarrollo e implementación de las TIC como nuevas formas de gestionar lo público, para el efectivo cumplimiento de sus fines constitucionales.

Es evidente que las TIC han impulsado el desarrollo de la sociedad de la información, contribuyendo con un Estado cada vez más abierto y transparente, que garantiza a la sociedad una participación más activa en asuntos de interés público y el efectivo ejercicio del derecho a relacionarse por medios electrónicos con la Administración, lo que a la vez contribuye a ésta sea más eficaz y eficiente en su gestión y ofrezca mejores condiciones de vida a los ciudadanos.

En el marco de la política de gobierno digital, si bien se requiere contar con ciudadanos que conozcan, entiendan y se apropien del uso de las TIC como herramienta que apoya en la solución de problemas y necesidades, igualmente se precisa de empleados públicos que se apropien de los medios e instrumentos dispuestos por las entidades públicas para garantizar los derechos de los ciudadanos a relacionarse con la Administración por medios electrónicos.

En ese sentido, si las entidades promueven el empoderamiento de los ciudadanos para hacer efectiva la interacción y la colaboración de la sociedad para la solución de necesidades y retos mediante el uso de las TIC, esto igualmente debe reflejarse en el relacionamiento entre Administración y sus empleados públicos, quienes del mismo modo deben implementar las TIC en el cumplimiento de sus funciones, máxime cuando la entidad pública, en condición de empleador, les suministra los instrumentos y herramientas que permiten a los empleados públicos ese relacionamiento por medios electrónicos. Lo anterior significa que si el Estado fomenta e impulsa a los ciudadanos para que se relacionen con la Administración por medios electrónicos, son los empleados públicos los primeros en incorporar estas nuevas formas de comunicación en el relacionamiento con su empleador.

Lo anterior nos lleva a reflexionar sobre la posibilidad de que las entidades públicas notifiquen a través del correo electrónico institucional de sus empleados públicos, los actos

administrativos de carácter particular y concreto relacionados con la función pública sin que medie la autorización previa y escrita por parte del titular del correo institucional.

La tradición positivista en la interpretación de las disposiciones que posibilitan la notificación los actos administrativos por medios electrónicos, concibe la obligatoriedad de contar con la autorización expresa del titular del correo, generando una tensión derivada de la legalidad estricta que no está en consonancia con los retos que trae consigo la implementación de la política de gobierno digital, el buen gobierno y el derecho a relacionarse con la administración por medios electrónicos.

Como solución a la tensión, los argumentos a favor de la hipótesis anteriormente planteada son los siguientes: de un lado, el carácter de dato personal público que ostenta el correo electrónico institucional, deriva en que no se requiera el consentimiento de su titular; esto es, el empleado público, para su tratamiento, y, de otro lado, la obligatoriedad de usar los bienes, instrumentos y herramientas que le otorga la entidad para el cumplimiento de sus deberes y funciones, de la cual no se pueda apartar el empleado público, en virtud de su relación laboral cuya naturaleza es de carácter legal y reglamentaria, lo que implica que no es posible acordar las condiciones del trabajo en tanto que éstas se encuentran establecidas en el ordenamiento jurídico y en el estatuto, que señalan los deberes del cargo, así como los derechos del empleado público.

Así, al momento de tomar posesión, el empleado público se compromete a cumplir los deberes y obligaciones propios del cargo, y uno de esos deberes consiste justamente en utilizar los bienes y herramientas suministradas por la entidad, entre ellas, el correo electrónico institucional.

Este análisis comporta un cambio de paradigma que precisa repensar estas interpretaciones por parte de los empleados públicos y de los operadores jurídicos en general, al pasar de una forma tradicional de notificación (que implica costos y gastos en tiempo y recursos) a una tramitación electrónica, que garantice los principios de eficiencia, economía, celeridad y publicidad y asegure los mismos resultados que la notificación practicada por medios tradicionales, en virtud de la equivalencia funcional, sin que por ello se vulnere el principio de legalidad y la autodeterminación informativa, pues en este caso, no se requiere del consentimiento del titular del correo electrónico institucional para notificar al empleado público los actos administrativos relacionados con la función pública.

De conformidad con el Manual de Gobierno Digital de MinTic, se requiere de empleados públicos que fortalezcan sus competencias relacionadas con TIC, como elementos generadores de valor público en la gestión pública. El valor público está relacionado con el desarrollo social, la gobernanza, la garantía de derechos, la satisfacción de necesidades, la prestación de servicios de calidad y el mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad, usando las tecnologías para resolver problemas reales, en un entorno de confianza digital. (MinTic, 2018, p. 14-15).

Adicionalmente, la crisis generada a nivel mundial por la pandemia de la Covid-19 ha evidenciado la importancia de implementación de las TIC en la Administración Pública desde diferentes ámbitos, pues en efecto permitieron la continuidad en la prestación de los servicios al establecer mecanismos de atención mediante la utilización de medios digitales y del uso y aprovechamiento de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Es así como el Gobierno Nacional determinó mediante decretos legislativos, que en todo trámite, proceso o procedimiento que se iniciara ante la Administración, sería obligatorio indicar la dirección electrónica para recibir notificaciones, entendiéndose que con la sola radicación se otorgaba la autorización.

Con la misma finalidad se adoptaron medidas para implementar el uso de las TIC en las actuaciones judiciales y agilizar los procesos. Ha sido tan relevante el impacto de estas medidas que a la fecha de esta investigación se han radicado en el Congreso de la República varios proyectos de ley cuya finalidad es que se adopte como legislación permanente las medidas que se implementaron de manera transitoria en las actuaciones judiciales, con el objeto de mantener el uso de las TIC en materia judicial⁴⁴.

Con base en lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que si bien es cierto, la notificación a través de los medios electrónicos es obligatoria en materia administrativa hasta el 30 de junio de 2022, tal medida debería conservarse teniendo en consideración los avances logrados y conservando los condicionamientos establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-242 de 2020, con lo cual se avanzaría en la consolidación de una administración electrónica garante de los derechos de los administrados, en el marco de la política de gobierno digital.

⁴⁴ Entre ellos el proyecto de ley 328 de 2022 Senado, proyecto de ley 325 de 2022 Senado-441 de 2022 Cámara, Proyecto de ley 324 de 2022 Senado y Proyecto de ley 323 de 2022 Senado. El proyecto de ley 325 de 2022 fue aprobado por Senado y Cámara y pasó a sanción presidencial.

No obstante lo anterior, en el caso de los empleados públicos, es viable que las entidades continúen notificando a través del correo electrónico institucional, los actos administrativos relacionados con la función pública sin que medie autorización escrita en tal sentido por parte del empleado público, por los motivos anteriormente expuestos. Esto, siempre y cuando la entidad suministre previamente esta herramienta, pues en caso contrario, deberá contar con el consentimiento previo para notificar cualquier decisión al correo personal del empleado.

Asimismo, debe precisarse que tratándose de decisiones diferentes al vínculo laboral del empleado público con la entidad, como pueden ser notificaciones por sanciones, impuestos, etc., la Administración no puede hacer uso del correo electrónico institucional para efectos de notificar decisiones relacionadas con estos asuntos, por cuanto no están relacionados con la función pública y en ese sentido, con el fin de no vulnerar derechos como el habeas data y la autodeterminación informativa, pues para ello sí debe existir la manifestación de voluntad del empleado para que se le notifiquen a través del correo electrónico estas decisiones ajenas a la función pública.

Finalmente, es necesario que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, establezca en cuáles procedimientos, trámites o servicios será obligatorio el uso de los medios electrónicos por parte de las personas y entidades públicas, en cumplimiento al mandato establecido en el artículo 53A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 8 de la Ley 2080 de 2021.

Mientras ello ocurre, se propone a las entidades públicas que adecúen sus Reglamentos Internos de Trabajo y las actas de posesión, en el sentido de incluir una cláusula en la que se indique que la notificación de los actos administrativos asociados a la función pública se practicará a través del correo electrónico institucional.

El buen gobierno y la gobernanza electrónica avanzan en la medida que las TIC sean efectivamente implementadas y aprovechadas por los ciudadanos y la Administración, lo que genera una mayor participación, transparencia, confianza, eficacia, eficiencia y seguridad en el relacionamiento del Estado con la sociedad.

Bibliografía

Adinolfi, Giulio (2007). *Autodeterminación informativa, consideraciones acerca de un principio general y un derecho fundamental*. Cuestiones Constitucionales, (17), 3-29. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501701>

Albornoz, L.A. (2011). *Poder, medios, cultura. Una mirada crítica desde la economía política de la comunicación*. 1° edición. Paidós.

Arteaga Riascos, A. R. (2020) *Desarrollo de notificación electrónica en el CGP y los cambios en el Decreto 806 de 2020* [Trabajo de grado. Abogada. Universidad Santiago de Cali]. <https://repository.usc.edu.co/handle/20.500.12421/4637>.

Atrio, J. L., y Piccone, M.S. (2008). *De la Administración Pública a la Gerencia Pública. El porqué de la necesidad de gestionar la transición*. Revista del CLAD Reforma y Democracia, (42), 173-210. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=357533673006>.

Bazán, Víctor (2005). *El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado*. Estudios Constitucionales, 3(2), 85-139. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82030204>.

Cabezas, N. (2018). *La buena administración como visión multidisciplinaria y sistemática de las garantías ciudadanas*. Revista Digital de Derecho Administrativo. 21 (nov. 2018), 453–470. <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.18>.

Castañó Dávila, M. J. (2011). *El consentimiento como requisito en el uso de datos personales en Colombia*. [Tesis de Maestría, Universidad de los Andes]. <http://hdl.handle.net/1992/11447>.

Castells Olivan, M. (1996). *La sociedad Red*. En C. Martínez Gimeno. *La era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura*. Vol. 1. (pp. 55-91). Alianza Editorial.

Castells Olivan, M. (2009). *Comunicación y Poder*. Alianza Editorial. [Archivo pdf]. <https://www.felsemiotica.com/descargas/Castells-Manuel-Comunicación-y-poder.pdf>.

Centro Latinoamericano para la Administración y el Desarrollo-CLAD (2006). *Código Iberoamericano de Buen Gobierno*. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Codigo-Iberoamericano-de-buen-gobierno.pdf>.

Centro Latinoamericano para la Administración y el Desarrollo-CLAD (2007). *Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico*. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-Gobierno-Electronico.pdf>.

Centro Latinoamericano para la Administración y el Desarrollo-CLAD (2013). *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*. <https://clad.org/escuela/publicaciones-escuela-clad/cartas-iberoamericanas/>.

Centro Latinoamericano para la Administración y el Desarrollo-CLAD (2016). *Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto*. <https://clad.org/escuela/publicaciones-escuela-clad/cartas-iberoamericanas/>.

Cifuentes Muñoz, E. (1997). *El Hábeas Data en Colombia*. Derecho PUCP, (51), 115-144. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199701.005>

Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRCOM (2021). *Agenda de la Conectividad*. https://www.crcom.gov.co/uploads/images/files/cap08_agenda_de_conectividad.pdf

Comisión Económica para América Latina y el Caribe-CEPAL. (2003). *Los caminos hacia una Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe*. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/2354>.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe-CEPAL. (2005). *Estrategias nacionales para la sociedad de la información en América Latina y el Caribe*. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/4087>.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe-CEPAL. CEPAL. (2009). *La sociedad de la información en América Latina y el Caribe: Desarrollo de las tecnologías y tecnologías para el desarrollo*. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/2537>.

Congreso de la República (1999). *Ley 527 de 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones*. 18 de agosto de 1999. D.O. 43.673.

Congreso de la República (2004). *Ley 909 de 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*. 23 de septiembre de 2004. D.O. 45.680.

Congreso de la República (2005). Ley 962 de 2005. *Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.* 08 de julio de 2005. D.O. 46.023.

Congreso de la República (2009). Ley 1341 de 2009. *Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.* 30 de julio de 2009. D.O. 47.426.

Congreso de la República (2011). Ley 1437 de 2011. *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* 18 de enero de 2011. D.O. 47.956.

Congreso de la República (2011). Ley 1474 de 2011. *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.* 12 de julio de 2011. D.O. 48.128.

Congreso de la República (2014). Ley 1712 de 2014. *Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones.* 06 de marzo de 2014. D.O. 49.084.

Congreso de la República (2011). Ley 1755 de 2015. *Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* 30 de junio de 2015. D.O. 49.559.

Congreso de la República (2012). Ley 1564 de 2012. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.* 12 de julio de 2012. D.O. 48.489.

Congreso de la República (2012). Ley 1581 de 2012. *Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales.* 17 de octubre de 2012. D.O. 48.587.

Congreso de la República (2019). Ley 1952 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.* 28 de enero de 2019. D.O. 50.850.

Congreso de la República (2021). Ley 2080 de 2021. *Por medio de la cual se Reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.* 25 de enero de 2021. D.O. 51.568.

Congreso de la República (2021). Ley 2094 de 2021. *Por medio de la cual se reforma la Ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones.* 29 de junio de 2021. D.O. 51.720.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación 25000-23-36-000-2014-00328-01(AC). C.P. Susana Buitrago Valencia.

Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección A, Radicación 25000 23 42 000 2016 05102 01(AC) de 2017. C.P. William Hernández Gómez.

Consejo de Estado (2010), Sala de consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2010-00015-00 (1989) de 2010. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

Consejo de Estado (2012), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Radicación número: 17001-23-31-000-2003-14081-01(1579-09). CP: Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo Nacional de Política Económica y Social [CONPES]. (2013). Política Nacional de Eficiencia Administrativa al Servicio del Ciudadano. Documento CONPES 3785.<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Normograma/CONPES%203785%20de%202013.pdf>.

Corte Constitucional. Sentencia T-457 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón, 14 de julio de 1992.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-082 de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía, 1° de marzo de 1995.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-003 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo mesa, 22 de enero de 1998.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-563 de 1998. M.P. Antonio barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz, 7 de octubre de 1998.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-831 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis, 8 de agosto de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz, 8 de junio de 2000.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-090 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 13 de febrero de 2002.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-641 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil, 13 de agosto de 2002

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-681 de 2003. M.P. Ligia Galvis Ortiz, 6 de agosto de 2003.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-1114 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño, 25 de noviembre de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia T-632 de 2007. M.P. Humberto Sierra Porto, 15 de agosto de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia C-901 de 2008. Objeciones presidenciales: de inconstitucionalidad del proyecto de ley N° 117 de 2007 Senado – 171 de 2007 Cámara, "Por la cual se reforman algunos artículos de la Ley 909 de 2004, algunos artículos de las disposiciones que contienen los concursos de los sistemas específicos y especiales de origen legal y constitucional y se dictan otras disposiciones en materia de Carrera Administrativa".

Corte Constitucional. Sentencia C-588-09. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2008, "por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política".

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia T-210 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, 23 de marzo de 2010.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-089 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 16 de febrero de 2011.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-748 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 6 de octubre de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia C-012 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo, 23 de enero de 2013.

Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2014. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21 (parcial) de la Ley 909 de 2004.

Corte Constitucional. Sentencia C-097 de 2019. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 95 del Decreto Ley 407 de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia T-136 de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. 28 de marzo de 2019.

Corte Constitucional. Sentencia C-185 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. 8 de mayo de 2019.

Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-230 de 2020. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 7 de julio de 2020.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-242 de 2020. M.P. Cristina Pardo Schlesinger-Luis Guillermo Guerrero Pérez, 9 de julio de 2020.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Radicación 11001-02-03-000-2020-01025-00. M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; 03 de junio de 2020.

Crovi Druetta, D. (2005). *La sociedad de la información: una mirada desde la comunicación*. Revista de la Academia Mexicana de Ciencias, 56(4), 23-37. https://www.revistaciencia.amc.edu.mx/images/revista/56_4/la_sociedad.pdf.

Cotino Hueso, L. (2021). *La preocupante falta de garantías constitucionales y administrativas en las notificaciones electrónicas*. Revista General de Derecho Administrativo. RGDA Iustel, N° 57 2021, pp. 1-46. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?numero=57&id=1.

Cotino Hueso, L. (2018). *La obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración y sus escasas garantías*. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. N° 26, págs. 3-14. <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i26.3112>.

Cubero Marcos, J. I. (2017). *¿Son válidas las notificaciones practicadas mediante correo electrónico?* Revista de Administración Pública, 204, 133-163. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.204.05>

Departamento Administrativo de la función Pública, Concepto Marco 07 de 2017, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84333>.

Departamento Administrativo de la función Pública, Concepto 173051 de 2021, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=164657#:~:text=%2D%20Subtema%3A%20Cargos%20de%20Elecci%C3%B3n%20Popular,estar%20adscritos%20a%20esos%20despachos>.

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2022). Distribución de los Servidores Públicos en Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/web/sie/servidores-publicos-en-el-estado>.

Departamento Nacional de Planeación-DNP (2000). Documento CONPES 3072. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3072.pdf>.

Departamento Nacional de Planeación-DNP (2010). Documento CONPES 3650. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Económicos/3650.pdf>.

Díaz Díaz, M. C. (2010). *El empleado público ante el procedimiento administrativo: deberes y obligaciones de una buena administración*. [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca]. <http://hdl.handle.net/10366/108955>

Flórez, G. D. (2014). *La validez jurídica de los documentos electrónicos en Colombia a partir de su evolución legislativa y jurisprudencial*. *Verba Iuris*, (31), 43–71. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.31.54>.

Guerrero Guerrero, B. (2020). *Protección de datos personales en el Poder Judicial: Una nueva mirada al principio de publicidad de las actuaciones judiciales*. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 9(2), 33–56. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2020.54372>

Llanes-Font, M. & Díaz-de Ceballos Z, M., & Salvador-Hernández, Y. (2020). *Administración pública y cuarta revolución industrial. ¿Qué nos lleva hasta allí?* Concurso del CLAD sobre Reforma del Estado y Modernización de la Administración Pública. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/12/Mención-Honorífica-Lorena-Mariluz-Llenez-et-al.pdf>.

La Torre, M. (2016). *Contra la tradición. Perspectivas sobre la naturaleza del derecho*. Universidad Externado de Colombia.

López Medina, D. (2006). *EL SUEÑO WEBERIANO: Claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del Estado colombiano*. *Revista de Derecho Público* (19), 1-42. Universidad de los Andes. https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub128.pdf.

Macareno López, R. A. (2012). *Notificación electrónica de los actos administrativos: ¿hay violación del debido proceso?* *Revista Iter Ad Veritatem* 10. Universidad Santo Tomás, Tunja. <http://ustatunja.edu.co>

Ministerio de Educación Nacional (2018). De Gobierno en Línea a Gobierno Digital, https://www.mineducacion.gov.co/1759/w3-article-371073.html?_noredirect=1.

Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática (2015). Ley Orgánica 39 de 2015, del 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (España). <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10565-consolidado.pdf>.

Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática (2015). Ley Orgánica 40 de 2015, Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (España). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-10566>.

Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática (2015). Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (España). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-5032>.

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (2020). Resolución 1519 de 2020. Por la cual se definen los estándares y directrices para publicar la información señalada en la Ley 1712 del 2014 y se definen los requisitos materia de acceso a la información pública, accesibilidad web, seguridad digital, y datos abiertos. 24 de agosto de 2020. https://normograma.mintic.gov.co/mintic/docs/resolucion_mintic_1519_2020.htm

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (2021). Manual de Gobierno Digital. <https://gobiernodigital.mintic.gov.co/portal/Politica-de-Gobierno-Digital/Manual-de-Gobierno-Digital/>.

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (2018). MinTIC y OCDE presentaron los resultados de la Revisión de Gobierno Digital de Colombia. <https://mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Noticias/74034>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), (2018). *Revisión del Gobierno Digital en Colombia: Hacia un Sector Público Impulsado por el Ciudadano*. <https://www.oecd.org/colombia/revision-del-gobierno-digital-en-colombia9789264292147-es.htm>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), (2019). Índice de Gobierno Digital OCDE 2019. <https://www.oecd.org/gov/digital-government/digital-government-index-2019-highlights-es.pdf>.

Orjuela Barrientos, V. C. (2019) *El correo electrónico como medio de notificación en la gestión del Estado Colombiano* [Tesis de Maestría, Universidad Externado de Colombia]. <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/2899>.

Palomar Baget, J. (2016). *La capacitación y la formación de los empleados públicos para el uso de redes sociales y herramientas digitales: estudio de caso de la Escuela de Administración Pública de Cataluña*. *Estado, Gobierno y Gestión Pública*, (27), pp. 65 – 87. <https://revistaeggp.uchile.cl/index.php/REGP/article/view/47257>.

Pastrana Ramírez, A. A. (2016). *Notificación electrónica en la jurisdicción contenciosa administrativa y su régimen jurídico*. [Trabajo de Grado. Abogado. Universidad Católica de Colombia]. <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/10169>.

Presidencia de la República (1960). Decreto Ley 1732 de 1960. Sobre Servicio Civil y Carrera Administrativa.

Presidencia de la República (1968). Decreto Ley 3135 de 1968. Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Presidencia de la República (1969). Decreto 1848 de 1969. Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

Presidencia de la República (1998). Decreto Ley 1567 de 1998. Por el cual se crean el Sistema Nacional de Capacitaciones y el sistema de estímulos para los empleados públicos. 5 de agosto de 1998.

Presidencia de la República (2000) Directiva Presidencial 02 de 2000. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6399>.

Presidencia de la República (2012) Decreto Ley 019 de 2012 (Departamento Administrativo de la Función Pública). Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. 10 de enero de 2012.

Presidencia de la República (2015) Decreto 1078 de 2015 (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 26 de mayo de 2015.

Presidencia de la República (2015) Decreto 1081 de 2015 (Departamento Administrativo de la Función Pública). Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República. 26 de mayo de 2015.

Presidencia de la República (2015) Decreto 1083 de 2015 (Departamento Administrativo de la Función Pública). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública. 26 de mayo de 2015.

Presidencia de la República (2018). Decreto 1008 de 2018 (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones). Por el cual se establecen los lineamientos generales de la política de Gobierno Digital y se subroga el Capítulo 1 del Título 9 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto número 1078 de 2015, Decreto Único Reglamentario del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 14 de junio de 2018.

Presidencia de la República (2020). Decreto Legislativo 491 de 2020. Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. 28 de marzo de 2020. D.O. 51.270.

Presidencia de la República (2022). Decreto 767 de 2022 (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones). Por el cual se establecen los lineamientos generales de la Política de Gobierno Digital y se subroga el Capítulo 1 del Título 9 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1078 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 16 de mayo de 2022. D.O. 52.036.

Parlamento Europeo (2000). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Consultada el 14 de noviembre de 2021. <https://www.right-to-education.org/es/resource/carta-de-los-derechos-fundamentales-de-la-uni-n-europea>.

Pineda Carvajal, J. C. (2017) Efectividad y validez de la comunicación y/o notificación de los actos administrativos a través de los medios electrónicos en Colombia [Trabajo de grado especialización, Universidad La Gran Colombia]. <http://repository.ugc.edu.co/handle/11396/3913>.

Polo Roca, A. (2020). *El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado*. Revista de Derecho Político, 1(108), 165–194. <https://doi.org/10.5944/rdp.108.2020.27998>.

Restrepo Medina, M. (2009). *Burocracia, Gerencia Pública y Gobernanza*. Revista Diálogos de Saberes (30), 167-185. <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/18369?show=full>

Restrepo Medina, M. (2011). *La administración pública en la Constitución de 1991: sincretismo involuntarios entre la burocracia, el gerencialismo y la gobernanza*, Revista estudios socio-jurídicos 13 (1), 365-388. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1512>

Rodríguez Arango, Leonardo (2012). *El verdadero concepto de servidor público*. Memorando de Derecho, 3 (3), pp. 171-180.

Sánchez Acevedo, M. E. (2015). *El derecho a la buena administración electrónica*. [Tesis doctoral, Universidad de Valencia]. <https://roderic.uv.es/handle/10550/50882>.

Sánchez Torres, J. M. (2006). *Propuesta metodológica para evaluar políticas públicas de promoción del e-government como campo de aplicación de la sociedad de la información. El caso colombiano*. [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=34621>.

Sánchez-Torres, Jenny Marcela, & González-Zabala, Mayda Patricia, & Sánchez Muñoz, María Paloma (2012). *La Sociedad de la Información: Génesis, Iniciativas, Concepto y su Relación con Las TIC*. Revista UIS Ingenierías, 11(1), 113-129. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=553756873001>.

Santofimio Gamboa, J. O. (2011). *Procedimientos administrativos y tecnología*. (Primera Edición) Universidad Externado de Colombia.

Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.

Soriano Bautista, P. (2021). *El tránsito desde la administración papel hacia la administración electrónico: antecedentes, regulación actual, organización e implantación de procedimientos*. [Tesis doctoral, Universidad de Córdoba]. <http://hdl.handle.net/10396/22229>.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 79573 de 30 de septiembre de 2015. Radicación 14-64778.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 15339 de 31 de marzo de 2016. Radicación 13-127492.

Vela Delfa, C. (2006). *El correo electrónico: el nacimiento de un nuevo género*. [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/7400/>.

Villa Villa, S.I., & González Gil, K.P. (2019). *El debido proceso en la notificación electrónica de los actos administrativos proferidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN*. Revista Erg@omnes, 11 (1), 104-122. <https://revistas.curn.edu.co/index.php/ergaomnes/article/view/1398>.

Younes Moreno, D. (2013). *Procedimiento Administrativo Laboral, Régimen de los servidores públicos en Colombia*. Editorial Temis.

Unión Internacional de Telecomunicaciones – UIT (s.f.) Cumbre Mundial sobre Sociedad de la Información. <http://www.itu.int/net/wsis/index-es.html>.

ANEXO 1

Categorías de los empleados públicos

Denominación	Descripción	Norma
Elección popular	Son cargos que se proveen con los candidatos elegidos democráticamente por los ciudadanos en un proceso electoral, a través del ejercicio del voto, para un periodo fijo determinado por la ley. Son empleos públicos de elección popular los de Presidente de la República, vicepresidente, gobernador y alcalde. Estos cargos tienen funciones precisas en la Constitución y la ley (DAFP, 2021).	Artículo 1° de la Ley 909 de 2004
Periodo fijo	<p>Son aquellos clasificados en la Constitución o en la ley con esta naturaleza, como son el Personero, el Contralor, el Director de las Empresas Sociales del Estado, entre otros (DAFP 2017).</p> <p>Si bien la regla de los cargos del nivel directivo y asesor es que sean de libre nombramiento y remoción, la ley ha creado algunas excepciones, donde se permite el libre nombramiento pero no la remoción discrecional. Este es el caso de los jefes de control interno y de los comisarios de familia.</p> <p>Para el caso de los jefes de control interno, la Ley 87 de 1993, dispone que en las entidades del orden territorial el “<i>funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador</i>” (Art. 11). Por su parte, establece la Ley 2126 de 2021⁴⁵, que “<i>El empleo de comisario y comisaria de familia será del nivel directivo. Tendrá un período institucional de cuatro (4) años, el cual comenzará a contarse desde el 1 de enero del segundo año del periodo de gobierno municipal o distrital.</i>” (Art. 11). Este artículo entrará en vigencia el 4 de agosto de 2023, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la misma Ley.</p>	Artículo 11 de la Ley 87 de 1993, modificado por el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011. Artículo 11 de la Ley 2126 de 2021

⁴⁵ Ley 2126 de 2021. Artículo 47. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de su promulgación, salvo el parágrafo 1 del artículo 5o, los artículos 6o, 8o, 9o, 11, 22, 25, el inciso 1 del artículo 27, el artículo 28, el artículo 29 a excepción de su parágrafo 3o, y el Capítulo VII, que entrarán a regir a partir de los dos (2) años de su entrada en vigencia.

<p>Provisionales</p>	<p>Según la Ley 909 de 2004, los empleos cuyos titulares estén separados de su cargo de manera temporal o definitiva, pueden ser provistos de forma provisional, cuando no se pueden proveer mediante un encargo con servidores públicos de carrera del nivel inmediatamente inferior.</p> <p>Estas personas al no tener derechos de carrera, no tienen acceso a muchos beneficios que ofrecen las entidades públicas para las cuales trabajan, como poder cubrir otros bajo la figura del encargo.</p> <p>Respecto de los provisionales en vacantes definitivas, la Corte Constitucional ha señalado que cuentan con una estabilidad laboral relativa, en tanto no tienen el derecho a permanecer en esos cargos de manera indefinida porque son transitorios, pero sí el de permanecer hasta que llegue la persona que ha superado el concurso público de méritos (Sentencia T-464 de 2019). No obstante, siempre se debe motivar el acto administrativo que da por terminada la provisionalidad (Corte Constitucional, T-147 de 2013).</p>	<p>Artículo 25 de la Ley 909 de 2004</p>
<p>Libre nombramiento y remoción</p>	<p>Aunque la regla general es que los empleos sean provistos por carrera administrativa, hay cargos que tienen cierta libertad para nombrar y retirar los empleados en virtud del grado de confianza que se exige para su desempeño (Consejo de Estado, 2012). Este es el caso por excelencia de los cargos de gerencia jurídica. Son cargos de manejo, dirección y confianza.</p> <p>Ambas situaciones de nombramiento y declaratoria de insubsistencia son discrecionales del nominador y no requiere de motivación.</p> <p>Estos empleos deben ser provistos en forma definitiva por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en la Ley 909 de 2004 y/o las normas que la modifiquen o sustituyan. Asimismo, están sujetos al cumplimiento de la Ley 581 de 2000 que establece la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la</p>	<p>Ley 909 de 2004 artículos 5, 41 y 47.</p>

	Administración. Cada ente territorial debe reportar a la Función Pública, anualmente, el porcentaje de participación de las mujeres en estos niveles (DAFP, 2017).	
Carrera administrativa	<p>La Constitución Política otorgó al Régimen de Carrera Administrativa una preeminencia en el Estado Social, Pluralista y Democrático de derecho y la consagró en tres disposiciones: (i) el artículo 123 define lo que debe entenderse por servidores públicos; (ii) el artículo 150-23 autoriza al Congreso de la República para expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y, (iii) el artículo 125 implanta el régimen de carrera administrativa como regla general para todos los empleos en los órganos y entidades del Estado colombiano (Corte Constitucional, C-288-14).</p> <p>Existe entonces “una relación intrínseca” entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado a través 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” (Corte Constitucional, C-901 de 2008 y C-588 de 2009).</p> <p>Conforme la Ley 909 de 2004, la carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.</p> <p>La carrera administrativa se enmarca en principios tales como el mérito (soportado en los títulos académicos, la experiencia y las pruebas de competencia), la libre concurrencia, la</p>	Ley 909 de 2004 artículos 27 y 41

	<p>igualdad, la transparencia, la publicidad, entre otros. El mérito, se materializa en el acceso al empleo público a través de concursos públicos, abiertos, realizados por un órgano independiente: la Comisión Nacional del Servicios Civil que no hace parte de ninguna de las ramas del poder público. La superación del concurso implica un periodo de prueba, la inscripción en el Registro Público de Carrera Administrativa, la obligación de ser calificado y el derecho a la capacitación, a ser ascendido luego de un proceso meritocrático. Y, finalmente, el derecho a ser retirado del servicio, solo por las causales expresas contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en algunos casos, luego de un proceso sancionatorio donde se debe garantizar el derecho fundamental al debido proceso.</p>	
<p>Empleos temporales</p>	<p>La Ley 909 de 2004, autoriza a las entidades a que se creen de manera excepcional empleos de carácter temporal o transitorio, para realizar funciones que no hacen parte de las actividades permanentes de la entidad y que no realizan el personal de planta; para desarrollar proyectos o programas específicos, de una duración fija; suplir necesidades excepcionales para atender la sobrecarga de trabajo; para realizar asesorías y consultorías no superiores a 12 meses.</p> <p>Estos empleos se deben proveer del listado de elegibles vigentes, mediante acto administrativo que debe indicar la fecha de terminación, momento a partir del cual queda retirado del servicio de manera automática. Pero el nominador puede declararlo insubsistente si no se cumplen las metas o las actividades para el cual fueron creados.</p>	<p>Ley 909 de 2004 artículo 21 de la</p>

ANEXO 2

Situaciones administrativas de los empleados públicos

Se encuentran reguladas en el artículo 18 del Decreto Ley 2400 de 1698 y su Decreto reglamentario 1950 de 1973, este último compilado en el Decreto 1083 de 2015 en su artículo 2.2.5.5.1.

Situación	Descripción	Norma
2.4.1. En servicio activo.	Es el ejercicio efectivo de las funciones propias del empleo del cual ha tomado posesión.	Artículo 2.2.5.5.2 Decreto 1083 de 2015.
2.4.2. En licencia.	Consisten en la separación del empleado de las funciones propias de su cargo, sin que ello implique terminación de la relación laboral (Younes, 2011, p. 325). Durante las licencias, el empleado no podrá desempeñar otro cargo en entidades del Estado, ni celebrar contratos con el Estado, ni participar en actividades que impliquen intervención en política, ni ejercer la profesión de abogado, salvo las excepciones que contemple la ley. Estas se clasifican en licencias remuneradas y licencias no remuneradas.	Artículo 2.2.5.5.3 del Decreto 1083 de 2015.
2.4.2.1 Licencias no remuneradas.	Entre estas se encuentran: i) licencia ordinaria, que se otorga al empleado por solicitud propia y sin remuneración, hasta por sesenta (60) días hábiles al año, continuos o discontinuos, y	Artículo 2.2.5.5.5 Decreto 1083 de 2015.
	ii) licencia no remunerada para adelantar estudios, que se otorga al empleado para separarse del empleo, con el fin de cursar estudios de educación formal y para el trabajo y el desarrollo humano por un término que no podrá ser mayor de doce (12) meses, prorrogable por un término igual hasta por dos (2) veces.	Artículo 2.2.5.5.6 Decreto 1083 de 2015.
2.4.2.2 Licencias remuneradas.	i) para actividades deportivas, que se concede a los empleados seleccionados para representar al país en competiciones o eventos deportivos internacionales en calidad de deportistas, dirigentes, personal técnico y auxiliar, científico y de juzgamiento,	Artículo 2.2.5.5.8 Decreto 1083 de 2015.

	ii) por enfermedad, maternidad, y paternidad, se rigen por las normas del régimen de Seguridad Social, en los términos de la Ley 100 de 1993, la Ley 755 de 2002, la Ley 1822 de 2017 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.	Artículo 2.2.5.5.12 Decreto 1083 de 2015.
	v) por luto, que se concede por un término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del fallecimiento del cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y segundo civil, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1635 de 2013, o las normas que la modifiquen o adicionen.	Artículo 2.2.5.5.15 Decreto 1083 de 2015.
2.4.3. En permiso.	Son situaciones que tienen como finalidad que los empleados públicos puedan atender situaciones de orden personal o familiar (Younes, 2011. p. 339-340). Entre estos se encuentran las siguientes modalidades:	Decreto 1083 de 2015.
	i) permiso remunerado, el cual debe solicitarse por escrito cuando medie justa causa y hasta por tres (3) días hábiles. Corresponde al nominador o a su delegado la facultad de autorizar o negar los permisos;	Artículo 2.2.5.5.17 Decreto 1083 de 2015.
	ii) permiso sindical, según el cual el empleado puede solicitar los permisos sindicales remunerados necesarios para el cumplimiento de su gestión, a la luz de lo establecido en el Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo y las normas que lo modifiquen, sustituyan o adicionen;	Artículo 2.2.5.5.18 Decreto 1083 de 2015.
	iii) permiso académico compensado, que se podrá otorgar hasta dos (2) horas diarias o hasta cuarenta (40) horas mensuales, por dos (2) años, prorrogables por un (1) año, para adelantar programas académicos de educación superior en la modalidad de posgrado en instituciones legalmente reconocidas y;	Artículo 2.2.5.5.19 Decreto 1083 de 2015.
	iv) permiso para ejercer la docencia universitaria en hora cátedra, que se podrá otorgar hasta por cinco (5) horas semanales.	Artículo 2.2.5.5.20 Decreto 1083 de 2015.

<p>2.4.4. En comisión</p>	<p>Conforme lo dispone el Decreto 1083 de 2015, el empleado se encuentra en comisión cuando cumple misiones, adelanta estudios, atiende determinadas actividades especiales en sede diferente a la habitual o desempeña otro empleo, previa autorización del jefe del organismo. La comisión puede otorgarse en el interior del país o en el exterior. (Art. 2.2.5.5.21). Las comisiones pueden ser:</p>	
	<p>i) De servicios. Se otorga para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.</p> <p>Esta comisión hace parte de los deberes de todo empleado, por tanto, no puede rehusarse a su cumplimiento. La comisión de servicios se puede conferir al interior o al exterior del país.</p>	<p>Artículo 2.2.5.5.25 Decreto 1083 de 2015.</p>
	<p>ii) Para adelantar estudios. Se pueden conferir para que el empleado reciba formación, capacitación o perfeccionamiento en el ejercicio de las funciones propias del empleo del cual es titular, o en relación con los servicios o competencias a cargo del organismo o entidad donde se encuentre vinculado el empleado, quien tendrá derecho a percibir el salario y las prestaciones sociales que se causen durante la comisión. El empleado público deberá suscribir convenio mediante el cual se comprometa a prestar sus servicios a la entidad que otorga la comisión o a cualquier otra entidad del Estado, por el doble del tiempo de duración de la comisión.</p>	<p>Artículos 2.2.5.5.31 y ss, Decreto 1083 de 2015.</p>
	<p>iii) Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de periodo. Consiste en el derecho del empleado de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, a ser nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción o de período hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos,</p>	<p>Artículo 26 Ley 909 de 2004.</p>

	<p>pudiendo ser prorrogado por un término igual. La comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años.</p>	
	<p>iv) Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros o de organismos internacionales, en la cual medie invitación de un gobierno extranjero u organismo internacional. Debe tenerse presente que de conformidad con el artículo 129 de la Constitución, ningún servidor público podrá aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, ni celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno.</p>	<p>Artículo 2.2.5.5.40 Decreto 1083 de 2015.</p>
<p>2.4.5. En ejercicio de funciones de otro empleo por encargo.</p>	<p>Los empleados pueden ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo, sin que se interrumpa el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, y sin afectar sus derechos de carrera. El encargo puede ser en empleos de carrera y en empleos de libre nombramiento y remoción. Asimismo, el Decreto 1083 de 2015 contempla el encargo interinstitucional.</p>	<p>Artículo 2.2.5.5.41 Decreto 1083 de 2015.</p>
<p>2.4.6. Suspendido o separado en el ejercicio de sus funciones.</p>	<p>Se presenta como consecuencia de una orden de autoridad judicial, fiscal o disciplinaria, decretada mediante acto administrativo motivado, lo cual genera la vacancia temporal del empleo. Este tiempo no es computable como tiempo de servicio para ningún efecto y durante el mismo no se cancela la remuneración fijada para el empleo, pero la entidad debe continuar cotizando al Sistema Integral de Seguridad Social, en la proporción que por ley le corresponde.</p>	<p>Artículos 2.2.5.5.42, 2.2.5.5.43 y 2.2.5.5.45 Decreto 1083 de 2015.</p>
<p>2.4.7. En periodo de prueba en empleos de carrera.</p>	<p>Esta situación se presenta cuando el empleado público inscrito en carrera administrativa supera un concurso público para ocupar otro empleo de carrera administrativa, deberá ser nombrado en periodo de prueba en éste último y su empleo se declarará vacante temporal mientras dura el período de prueba.</p>	<p>Artículo 2.2.5.5.47 Decreto 1083 de 2015.</p>

<p>2.4.8. En vacaciones.</p>	<p>Según lo dispuesto en el Decreto Ley 1045 de 1978, los empleados públicos tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios y deben concederse dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho a disfrutarlas. (Art. 8 y 12).</p>	<p>Artículo 2.2.5.5.49 Decreto 1083 de 2015.</p>
<p>2.4.9. Descanso compensado.</p>	<p>El empleado público podrá disfrutar de un descanso compensado para Semana Santa y festividades de fin de año, siempre y cuando haya compensado el tiempo laboral equivalente al tiempo del descanso, de acuerdo con la programación que establezca cada entidad, la cual deberá garantizar la continuidad y no afectación en la prestación del servicio.</p>	<p>Artículo 5 Decreto 770 de 2021.</p>