



Concepto 198941 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000198941

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000198941

Fecha: 23/05/2023 12:31:14 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: SERVIDORES PÚBLICOS. Responsabilidades. Radicado: 20239000228782 del 19 de abril de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a la siguiente pregunta:

¿Un servidor público de planta puede hacer crítica frente al Gobierno Nacional de Colombia y su presidente, a través de sus redes sociales, compartiendo información, memes no ofensivos, videos y demás que noten inconformismo?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

Sobre el particular es preciso destacar que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹ este Departamento realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, no le corresponde dirimir controversias como es el caso de la configuración de inhabilidades e incompatibilidades, así como decidir si como servidor público incurrió en alguna prohibición constitucional o legal, competencia atribuida a los jueces de la República.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, la Ley 1952 de 2019², sobre los deberes y las prohibiciones de los servidores públicos, estipula:

ARTÍCULO 38. *Deberes.* Son deberes de todo servidor público:

Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

(...)

Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

(...)

Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas, responder por el ejercicio de la autoridad que se le delegue, así como por la ejecución de las órdenes que imparta, sin que en las situaciones anteriores quede exento de la responsabilidad que le incumbe por la correspondiente a sus subordinados. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.

(...)

Ejercer sus funciones consultando permanentemente los intereses del bien común, y teniendo siempre presente que los servicios que presta constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y buscan la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos.

(...)

ARTÍCULO 39. *Prohibiciones.* A todo servidor público le está prohibido:

Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los Tratados Internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.
(...)

Proferir expresiones injuriosas o calumniosas contra cualquier servidor público o contra personas con las que tenga relación por razón del servicio.
(...)

Proporcionar noticias o informes sobre asuntos de la administración, cuando no esté facultado para hacerlo.
(...)

De acuerdo a la normativa en cita, es deber de los servidores públicos, entre otros, dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, utilizar los bienes y recursos asignados y la información reservada a que tenga acceso por razón de su función. Por su parte, los servidores públicos tienen prohibido, entre otras, proporcionar noticias o informes sobre asuntos de la administración, cuando no esté facultado para hacerlo.

En ese sentido, si bien, entre los deberes y prohibiciones atribuidas a los servidores públicos, no se encontró un ítem específico o relacionado con la publicación en medios informáticos actuales o redes sociales. De la lectura general de las obligaciones que se le imponen, se infiere que de ellos se espera un comportamiento probo y respetuoso, acorde con las exigencias de lo que significa el “servicio público”, como garantía y derecho social.

El tema de las publicaciones en las redes sociales por parte de los servidores públicos no cuenta con una reglamentación específica. Sin embargo, se considera pertinente traer los razonamientos y la decisión adoptada por la Corte Constitucional, en su sentencia T-155 de 2019, que señaló:

Parámetros constitucionales para establecer el grado de protección que debe recibir la libertad de expresión cuando entra en conflicto con derechos de terceras personas

Como se ha señalado a lo largo de esta Sentencia, en ocasiones el derecho a libertad de expresión entra en conflicto con otros derechos, especialmente con los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad. En estas situaciones se debe hacer uso de la ponderación para solucionar el conflicto de derechos, teniendo presente en todo caso la presunción de primacía de la libertad de expresión. Por tanto, el operador jurídico debe valorar las particularidades de cada caso para establecer si, dadas las circunstancias, debe protegerse la libertad de expresión o esta debe ceder ante los derechos al buen nombre, a la honra o a la intimidad de terceras personas, y de qué manera se debe reparar la vulneración de tales derechos.

Así entonces, a continuación se exponen algunos parámetros constitucionales que recogen en gran medida lo establecido por la jurisprudencia constitucional en esta materia y que sirven para demarcar el contexto en el que se da el acto de comunicación y, de esta manera, determinar el equilibrio entre los derechos y cuál es la manera adecuada de garantizarlos, de tal forma que no se impongan condiciones irrazonables para el ejercicio de la libertad de expresión. Los aspectos que deben ser tenidos en cuenta parten de considerar, al menos, cinco dimensiones del acto comunicativo, a saber: (i) quién comunica; (ii) de qué o de quién se comunica; (iii) a quién se comunica; (iv) cómo se comunica; y (v) por qué medio se comunica.

6.1. Quién comunica: debe tenerse en cuenta quién es la persona que emite la opinión y si esta es la autora del mensaje que se comunica. Deben valorarse sus cualidades y el rol que ejerce en la sociedad. En concreto, debe apreciarse, entre otras situaciones, si quien se expresa es un particular, un funcionario público, una persona jurídica, un periodista, o pertenece a un grupo históricamente discriminado, marginado o que se encuentra en una especial situación de vulnerabilidad.

6.1.1. *Particular o funcionario público*: la jurisprudencia constitucional e interamericana han coincidido en señalar que el derecho a la libertad de expresión, cuando es ejercido por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, tiene limitaciones mayores a las que ostenta cuando lo ejerce un ciudadano del común. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

[75]

Por su parte, en la Sentencia T-949 de 2011, la Corte Constitucional resaltó que el derecho a la libertad de expresión de los funcionarios públicos se restringe debido al mayor compromiso social que tienen respecto de un particular:

“[S]i bien es cierto que los servidores públicos mantienen su libertad de información y de opinión, en su calidad de ciudadanos, también lo es que se les restringe, por su mayor compromiso social y debido a que el servicio público es una actividad altamente reglada, que impone mayor prudencia y respeto, por ejemplo, al expedir opiniones y dar información. En esa medida, claro está que deviene diferente el ámbito de la libertad de expresión de los servidores públicos, cuando en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales debe activar su derecho/deber de difundir o expresar información oficialmente relevante”.[76]

No obstante, debe considerarse que las limitaciones a la libertad de expresión de los servidores públicos tienen algunas especificidades dependiendo del sector del poder público al que pertenezca el respectivo funcionario. Por ejemplo, si el mensaje proviene de un congresista en

el ejercicio de sus funciones, no debe perderse de vista que a estos funcionarios los ampara la inviolabilidad parlamentaria “por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo”, tal como lo establece el artículo 185 de la Constitución Política, por lo que el ejercicio de la libertad de expresión en estas circunstancias es amplísimo. Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha admitido que en virtud de la disciplina y la estructura militar, así como de la seguridad, “pueden establecerse límites razonables a la libertad de expresión en relación a los funcionarios al servicio de las fuerzas armadas en el marco de una sociedad democrática”. [77] Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los miembros de la rama judicial tienen restricciones en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, las cuales apuntan a garantizar la imparcialidad y autonomía de la administración de justicia, pues, por ejemplo, “existe un consenso regional en cuanto a la necesidad de restringir la participación de los jueces en las actividades político-partidistas”. [78]

En suma, dado que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión por parte de funcionarios públicos tiene un impacto mucho mayor en el imaginario colectivo, dado el grado de confianza y credibilidad que las personas suelen tener en las afirmaciones de quienes ocupan estos cargos, se justifica que tengan una diligencia mayor a la que debería tener un particular al momento de expresar sus opiniones.

(...)

6.2. De qué o de quién se comunica: el mensaje que se comunica puede ser preciso y detallado o general y ambiguo, dependiendo, entre otros factores, de la forma en que este se transmite, tal como se analizará en el apartado 6.4. de esta Sentencia. En todo caso, el juez debe interpretar y valorar no sólo el contenido del mensaje para determinar si la opinión que se emite respeta los límites constitucionales del derecho a la libertad de expresión, sino también, de ser el caso, la forma en que se obtuvo la información que se publica.

6.2.1. Es preciso determinar si el discurso es uno de aquellos sobre los cuales se ha desvirtuado la presunción de cobertura constitucional de la libertad de expresión, a saber: (a) la propaganda en favor de la guerra; (b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cubre las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (c) la pornografía infantil; y (d) la incitación directa y pública a cometer genocidio.

6.2.2. Así mismo, el juez deberá analizar, en el contexto de cada caso, si las opiniones que se profieren en uso de la libertad de expresión resultan irrazonablemente desproporcionadas o tienen una intención dañina o se evidencia una negligencia al presentar hechos parciales incompletos o inexactos, pues en estas situaciones pueden vulnerarse los derechos al buen nombre, a la honra o a la intimidad. No obstante, esto no va a depender de la valoración subjetiva que de la manifestación realice el afectado, sino de un análisis objetivo y neutral que de la misma haga el juez, teniendo en consideración todas las particularidades que encierra el caso, tal como se expuso en el apartado 5.3. de esta Sentencia en el que se abordaron los límites del derecho a la libertad de expresión.

6.2.3. También resulta esencial que el juez identifique si se trata de un discurso especialmente protegido. En efecto, como se indicó en el apartado 5.4. de esta providencia, si bien en principio todo tipo de discursos o expresiones están protegidas por la libertad de expresión, existen algunos que reciben una protección acentuada:

(i) El discurso político y sobre asuntos de interés público (ver acápite 5.4.).

(ii) El discurso sobre funcionarios o personajes públicos (ver acápite 5.4.).

(iii) Los discursos que constituyen, en sí mismos, el ejercicio de otros derechos fundamentales distintos a la libertad de expresión. En estos casos la libertad de expresión se constituye en el medio para materializar otros derechos, de lo cual se deriva la especial protección en estos ámbitos, a saber: (a) la correspondencia y demás formas de comunicación privada, (b) los discursos estéticos, morales, emotivos o personales, manifestados a través de expresiones verbales, artísticas, o de conductas simbólicas o expresivas, sin perjuicio de la protección constitucional explícita de la libre expresión artística; (c) la objeción de conciencia; (d) el discurso religioso; (e) el discurso académico, investigativo y científico; (f) las expresiones realizadas en el curso de manifestaciones públicas pacíficas; (g) el discurso cívico o de participación ciudadana, y (h) el discurso de identidad, que expresa y refuerza la propia adscripción cultural y social. [86]

En consecuencia, el juez debe advertir si la opinión que se expresa hace parte de un discurso especialmente protegido, pues en estas situaciones cualquier restricción que se imponga está sujeta a condiciones más rigurosas y a un nivel más estricto de escrutinio judicial.

6.3. A quién se comunica: en la ponderación que realice el juez para solucionar el conflicto entre los derechos a la libertad de expresión y los derechos de terceras personas, es importante fijar quién es el receptor del mensaje, para lo cual debe tenerse en cuenta tanto sus cualidades y características como su cantidad o número.

6.3.1. Sobre lo primero (sus cualidades) debe considerarse si el mensaje fue comunicado a una audiencia indeterminada o si se pretende transmitir a un público particular, lo que puede implicar considerar algunas limitaciones a la libertad de expresión. Por ejemplo, si el mensaje se dirige a menores de edad o dentro del público al que se emite se incluyen menores de edad, la libertad de expresión puede tener restricciones especiales orientadas a preservar el interés superior, el desarrollo integral y los derechos fundamentales de los menores. En consecuencia:

[87]

[88]

6.3.2. Por otra parte, debe analizarse la cantidad o el número de receptores a los que llega el mensaje o tiene la potencialidad de alcanzar, ya

que mientras más grande sea la audiencia, mayor impacto puede tener una expresión sobre los derechos de terceras personas. En otras palabras, a mayor audiencia, mayor protección frente a excesos. Esta cuestión está asociada al medio que se usa para transmitir el mensaje, tal como se explicará más adelante en el apartado 6.5.

6.4. Cómo se comunica: la manera como se comunica el mensaje también se encuentra amparada por la libertad de expresión, por lo que se protegen todas las formas de expresión, como el lenguaje oral o escrito, el lenguaje de signos o símbolos, expresiones no verbales como imágenes u objetos artísticos o cualquier conducta con contenido o implicaciones expresivas. Sobre el particular, en la Sentencia T-391 de 2007 la Corte hizo tres precisiones que resultan importantes para el juez al momento de valorar la manera como se comunica el mensaje:

6.4.1. En este mismo sentido, la Corte entiende que el silencio también es una forma de expresión,[93] la cual puede venir acompañada de gestos o cualquier expresión simbólica que determine lo que se quiere expresar, o puede simplemente no estar acompañada de nada. (...)

6.4.2. Aunado a lo anterior, debe evaluarse en cada caso el grado de *comunicabilidad* del mensaje, esto es, la capacidad que tiene el mensaje para comunicar de manera sencilla y ágil lo que se desea expresar. (...)

6.5. Por qué medio se comunica: la jurisprudencia constitucional ha precisado que la libertad de expresión protege también el medio que se usa para comunicar. En efecto, *“la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio seleccionado por quien se expresa, y la protección constitucional se extiende a dicho proceso de transmisión y difusión, así como al medio utilizado, ya que la libertad constitucional que se estudia protege tanto el contenido de la expresión como su forma”*. [95] Por tanto, las opiniones pueden expresarse a través de libros, periódicos, revistas, videos, audios, películas, obras de teatro, pinturas, fotografías, programas de televisión, emisiones radiales, páginas de internet, redes sociales, cartas, manifestaciones públicas, el uso de prendas con mensajes expresivos, entre muchos otros. (...).

6.5.1. En efecto, debe determinarse la capacidad de penetración del medio y su impacto inmediato sobre la audiencia, ya que, por ejemplo, opiniones realizadas a través de medios privados como una carta o un correo electrónico, o proferidas en espacios privados como el domicilio de una persona, tienen un impacto muy reducido sobre los derechos de terceras personas, mientras que las expresiones realizadas a través de medios masivos de comunicación, dada su capacidad de transmitir el mensaje a una pluralidad indeterminada de receptores, potencian el riesgo de afectar derechos de otras personas. De igual manera, es preciso valorar también la potencialidad que tiene el medio para difundir el mensaje a una audiencia más amplia a la que inicialmente iba dirigido.

(...)

6.6. Esta Sala advierte que los anteriores parámetros constitucionales deben analizarse en conjunto en cada caso y no de manera inconexa, ya que todos ellos están relacionados directa o indirectamente, por lo que sólo su valoración agregada permitirá resolver de forma adecuada la tensión entre derechos. Así mismo, es importante señalar que dichos parámetros no constituyen una lista taxativa de todos los aspectos que se deben tener en cuenta al momento de resolver un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y los derechos de terceras personas, pues las particularidades de cada caso pueden ser infinitas, por lo que tales parámetros, lejos de constituirse en unos criterios cerrados y definitivos, sólo son una guía, extraída de la propia jurisprudencia constitucional, para orientar la labor del juez al resolver cada caso, quien siempre debe partir de la especial protección que tiene el derecho a la libertad de expresión en nuestro ordenamiento y, por tanto, encontrar el remedio judicial más adecuado para no sacrificar innecesariamente tal derecho y garantizar el máximo margen posible de expresión libre de cualquier interferencia.

En consecuencia, el juez debe hallar un delicado y complejo balance entre la amplia protección que se debe brindar a la libertad de expresión y el respeto de derechos como el buen nombre, la honra o la intimidad, apuntando siempre a buscar la medida menos lesiva para libertad de expresión,[106] pero asegurando al mismo tiempo que el ejercicio de esta no sea usado como una herramienta de difamación y desinformación en tiempos en donde las *“noticias falsas”* se apoderan de la opinión pública y se propagan rápidamente a través de los distintos escenarios digitales.

(...)

7.6.7. En suma, en un Estado que garantiza un amplio margen a la libertad de expresión como fundamento de una democracia deliberativa, las expresiones chocantes, irritantes u ofensivas que proferan los ciudadanos en contra de funcionarios o personajes públicos, en el marco de un debate sobre un asunto de interés general concerniente al escrutinio democrático, están, en principio, protegidas constitucionalmente, siempre y cuando no se advierta una intención dañina ni se realice una acusación precisa y detalla sobre una persona determinada por la comisión de una conducta contraria a la ley sin sustentar y fundamentar lo dicho.

7.6.8. Esta Sala concluye que reenviar mensajes a través de las redes sociales en los que se hacen acusaciones y señalamientos generales sobre funcionarios públicos por actuaciones en el ejercicio de sus funciones, de los cuales ya tiene conocimiento la ciudadanía, es un discurso amparado constitucionalmente. Sin embargo, el derecho a participar en el control político no puede desconocer los derechos de terceras personas, por lo que se hace necesario encontrar un delicado balance, que en el presente caso consiste en que la accionada aclare si lo expresado corresponde a una opinión, en este caso para elevar su voz de protesta e indignación por el manejo administrativo del Hospital en el que labora, o si se trata de una acusación precisa y detallada, a partir de hechos concretos, en contra del señor Fonseca González, esto es, si lo divulgado es una información y no una mera opinión. Por supuesto, ninguna persona está obligada a precisar, desarrollar o fundamentar una

opinión, pues expresarla en un Estado Social de Derecho es un acto ampliamente libre, sobre todo en casos como el que se analiza, en el que el ejercicio de los derechos políticos (en especial, el ejercicio del control al poder) está en juego. Por eso, la única carga que debe soportar una persona como la señora Castro León es aclarar que su manifestación no correspondía a una información y que, por tanto, no se le puede exigir sustentar sus expresiones." (Se subraya).

Como se aprecia, la Corte Constitucional enfatiza la protección constitucional que tiene la libertad de expresión en un Estado democrático de derecho y advirtió que en caso que las publicaciones se realicen por un funcionario público, el derecho a la libertad de expresión, tiene limitaciones mayores a las que ostenta cuando lo ejerce un ciudadano del común. No obstante, señaló que la libertad de expresión puede entrar en conflicto con los derechos de terceras personas, por lo que fijó algunos parámetros constitucionales para establecer el grado de protección que debe recibir este derecho en estos casos.

Así, al momento de efectuar una valoración sobre el alcance de una publicación efectuada por un servidor público en redes sociales, se deben tener en cuenta 5 aspectos:

1) quién comunica; 2) de qué o de quién se comunica; 3) a quién se comunica; 4) cómo se comunica; y 5) por qué medio se comunica.

Estos parámetros deben analizarse en conjunto en cada caso y no de manera inconexa, ya que todos ellos están relacionados directa o indirectamente, por lo que sólo su valoración agregada permitirá resolver de forma adecuada la tensión entre derechos.

RESPUESTA A LA PREGUNTA OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, esta Dirección Jurídica considera que las publicaciones realizadas por un servidor público en redes sociales, están amparadas por el derecho constitucional a la libertad de expresión, y sólo en el evento que las afirmaciones hechas en las redes sociales entren en conflicto con otros derechos, especialmente con los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad, podrá optarse por acciones que limiten ese derecho constitucional, realizando previamente el análisis expuesto por la Corte Constitucional.

De requerir mayor información respecto a la utilización de las redes sociales puede dirigirse al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán

Revisó y aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 «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».

Fecha y hora de creación: 2024-07-23 03:41:54