



Función Pública

Concepto 366721 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000366721

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000366721

Fecha: 13/10/2021 11:32:02 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Incompatibilidad para realizar comentarios y dar opiniones sobre otra entidad pública. RAD. 20212060608212 del 2 de septiembre de 2021.

Cordial saludo.

La Procuraduría General de la Nación, mediante su oficio con Radicado Salida: S-2021-036758 del 2 de septiembre de 2021, remitió a este Departamento su solicitud, mediante la cual consulta si un concejal electo tiene algún impedimento para hablar sobre temas relacionados con la salud en entidades de servicios públicos y E.S.E Hospital El Carmen Sede San Vicente de Chucurí, específicamente cuando se tienen cuotas burocráticas en estas organizaciones, es decir, dar opiniones ya sean positivas o negativas en estas entidades cuando estas tienen vinculados a algún familiar del mismo en estas sociedades, me permito manifestarle lo siguiente:

La incompatibilidad es *“una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado¹”*

Las incompatibilidades correspondientes a los concejales, están contenidas en la Ley 136 de 1994, *“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”* y sus respectivas modificaciones que, sobre el particular, señala:

“ARTÍCULO 45.- Incompatibilidades. Los concejales no podrán:

1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura. Tampoco podrán contratar con el respectivo municipio o distrito y sus entidades descentralizadas.
2. Ser apoderado antes las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.
3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.
4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.
5. Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio. (Adicionado por el art. 41, Ley 617 de 2000.)

(...). (Se subraya).

Como se aprecia, entre las causales de incompatibilidad para los concejales en ejercicio no se establece alguna relacionada con las apreciaciones o críticas que éste haga sobre el desempeño de las funciones desarrolladas por otros servidores públicos, así que se puede

señalar que estas acciones no están enmarcadas como incompatibilidades de un concejal.

La situación expuesta en su consulta, está relacionada al derecho constitucional de libre expresión y de información, razón por la cual es pertinente citar la Sentencia T-244 del 26 de junio de 2018, con ponencia del Magistrado José Fernando Reyes Cuartas, emitida dentro del proceso de Acción de Tutela instaurada por el Alcalde Mayor de Bogotá, Enrique Peñalosa Londoño, contra Manuel Sarmiento Argüello, Concejal de Bogotá por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre por las apreciaciones o manifestaciones hechas por el concejal en una sesión de la corporación. Indicó la sentencia lo siguiente:

“Ahora bien, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos², en publicación denominada “Marco jurídico interamericano del derecho a la libertad de expresión” afirmó:

<<la jurisprudencia interamericana ha definido la libertad de expresión como, “el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad”³; ha enfatizado que la libertad de expresión es una de las formas más eficaces de denuncia de la corrupción; y ha señalado que en el debate sobre asuntos de interés público, se protege tanto la emisión de expresiones inofensivas y bien recibidas por la opinión pública, como aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos, a los candidatos a ejercer cargos públicos, o a un sector cualquiera de la población.>>

Entonces, para la Corte, sin ninguna duda, un aliento para el fortalecimiento de la democracia es la libertad que tienen los ciudadanos y quienes estos han decidido que los representen, para examinar y criticar el trabajo de los servidores públicos⁴. Esta libertad es, a su vez, el motor que dinamiza el progreso y el avance, tanto de la sociedad misma como de las formas para gobernarla particularmente como ejercicio de control político.

41. En este contexto, surge la figura del discurso político sobre los cuales la sentencia T-546 de 2016 explicó que *“comprende tanto aquellos de contenido electoral como toda expresión relacionada con el gobierno y, con mayor razón, las críticas hacia el Estado y los funcionarios públicos. (...) para calificar un asunto como uno de valor público debe examinarse que el contenido de la información sea de interés público, real, serio y actual de conformidad con la trascendencia e impacto en la sociedad”*. (Resaltado fuera del texto original).

En esa misma oportunidad se agregó que el discurso respecto de funcionarios o personajes públicos se dirige *“a quienes por razón de sus cargos, actividades y desempeño en la sociedad se convierten en centros de atención con notoriedad pública e inevitablemente han aceptado el riesgo de ser afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas, en razón a que buena parte del interés general ha dirigido la mirada a su conducta ética y moral”*.⁵ Además, su mayor exposición en el escenario público fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión.⁶ En estos eventos, ha dicho la Corte Constitucional, el derecho a informar se torna más amplio⁷. (El subrayado es del texto original, no así las negrillas).

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional⁸, se entiende que los funcionarios del Estado *“voluntariamente se sometieron al escrutinio de su vida pública y de aquellos aspectos de su fuero privado sobre los cuales le asiste a la ciudadanía un legítimo derecho a conocer y debatir, por estar referidos: (i) a las funciones que esa persona ejecuta; (ii) al incumplimiento de un deber legal como ciudadano; (iii) a aspectos de la vida privada relevantes para evaluar la confianza depositada en las personas a las que se confía el manejo de lo público; (iv) a la competencia y capacidades requeridas para ejercer sus funciones”*.⁹,¹⁰

En ese orden, ha concluido la Corte, *“esta perspectiva implica que la información y la opinión sobre ellos y sus actuaciones son relevantes desde el punto de vista de la sociedad en general, que está interesada en conocer y escuchar opiniones sobre personajes ubicados en el centro de atención de la comunidad. La importancia de la opinión acerca de estos personajes es especialmente valorada desde el escenario constitucional, pues los derechos a la información y a la libertad de expresión cobran especial relevancia para la formación de una opinión pública informada y en capacidad de discernir libremente sobre los asuntos de su interés”*.¹¹

Sin embargo, no toda manifestación está amparada por el discurso político y, en consecuencia, los personajes públicos *“tienen unas garantías a la privacidad, al honor, a la honra flexibilizadas”*.¹² *Incluso se ha hablado de el „derecho a la crítica como método profiláctico social y, por ello, deseable”*¹³, *pero también no se pone en tela de juicio que siendo posible que el cargo público pueda ser blanco de las críticas, ellas jamás podrán extrapolarse o „centrarse en la persona que lo ostenta”*.¹⁴,¹⁵

(...)

V. CASO CONCRETO

(...)

Para la Corte es indiscutible que el acto de exponer las actividades profesionales y laborales del actor antes de asumir el destino de la ciudad, las cuales tienen íntima relación con los asuntos de interés público que ahora ocupan la atención del Gobierno distrital y del Concejo de la capital, busca generar inquietudes sobre el criterio del Alcalde y, por supuesto, propiciar un pensamiento reflexivo y crítico en los demás concejales y en los ciudadanos respecto de las soluciones de movilidad propuestas.

11. Ahora bien, esa actuación no desencadena automáticamente en un exceso en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información, ni la vulneración de los derechos a la honra y al buen nombre de quien recibe los señalamientos, en tanto aquella es permitida a quienes tienen la obligación de examinar las propuestas que los administradores públicos presentan para lograr el bien común, además propician el intercambio de ideas y reflexiones que facilitan la construcción de la opinión pública y la materialización de los principios que gobiernan la función administrativa (art. 209 de la Constitución).

Lo anterior no significa que quienes tienen competencias constitucionales y legales para debatir los proyectos de acuerdo y de esta manera el destino de la colectividad en un ambiente de discusión jurídico político tengan la libertad absoluta de exponer opiniones e informaciones irrazonables y/o desproporcionadas entorno de la gestión, la honra o el buen nombre de quienes cumplen labores administrativas, ya que se mantiene vigente e inmutable el celo que deben precederlas cuando conciernen a la probidad de quien presenta proyectos de acuerdo y/o de desarrollo. Este cuidado está centrado en el deber de fundamentar las manifestaciones en información verificable, que concuerde con el cuestionamiento expresado a quienes complementan la tarea administrativa (los demás concejales), como a los electores y ciudadanos.

12. De otro lado, la discusión generada al interior del Concejo Distrital no solo hace parte de las libertades de expresión de *pensamiento y opinión*, sino también de la libertad de *información*, comoquiera que el escenario en el cual se produjeron está previsto justamente para que aquellos que cumplen la tarea de representar a sus electores le den cuenta a estos de todo aquello que consideren necesario para la gestión de sus intereses, así como a los demás miembros de la Corporación a fin de que las decisiones se adopten con el mayor contexto posible.

(...)

14. Tanto las apreciaciones expuestas, como la información que ofreció a los demás concejales y a la comunidad sobre las actividades del Alcalde Mayor, antes de ejercer su segundo mandato, esto es, mientras se desempeñó como particular, recaen sobre una figura pública del ámbito político y, en consecuencia, aquel debe soportar una carga mayor frente a la controversia, la crítica y la contradicción¹⁶.

(...)

El objetivo de esas manifestaciones es generar una prevención en el público, lo cual, no puede considerarse una actuación desprovista de abrigo constitucional y legal, en tanto los demás actores del Estado y la comunidad tienen el derecho de conocer todos aquellos aspectos que pueden generar recelo, crítica, dudas y, eventualmente, investigaciones respecto de la gestión pública.

(...)

17. Como se expuso, en el entorno político la libertad de expresión, cuando se ejerce en pro del interés público tiene límites menos rigurosos y merece mayor deferencia por el margen de apertura de un debate amplio y reflexivo frente a las opiniones como actos de control del poder público predicables de la democracia constitucional; luego, los funcionarios públicos han tener mayor consciencia de la tolerancia con la cual deben asumir el discurso político de sus opositores y de los ciudadanos, aun cuando se trate de expresiones chocantes o inquietantes, dado que su connotada posición en el ámbito social y administrativo flexibiliza sus derechos a la honra y al buen nombre.

18. En esta oportunidad se considera que las declaraciones del Concejal están amparadas por el discurso político, dialéctica que goza de un especial nivel de protección por su importancia para la democracia, la participación y el pluralismo¹⁷. Teniendo en cuenta que el accionante es un funcionario público, la información usada para criticar sus propuestas no solo es de dominio, sino que es relevante y trascendental para la comunidad." (El sombreado es nuestro).

De acuerdo con el fallo, el individuo y la comunidad tienen derecho a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad, en debatir asuntos de interés público, cobijando este derecho tanto la emisión de expresiones inofensivas y bien recibidas por la opinión pública, como aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos, a los candidatos a ejercer cargos públicos, o a un sector cualquiera de la población. Esta posibilidad es un aliento para el fortalecimiento de la democracia y permite examinar y criticar el trabajo de los servidores públicos a quienes por razón de sus cargos, actividades y desempeño en la sociedad se convierten en centros de atención con notoriedad pública y quienes han aceptado el riesgo de ser afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas, en razón a que buena parte del interés general ha dirigido la mirada a su conducta ética y moral, sin que por ello se expongan opiniones e informaciones irrazonables y/o desproporcionadas en torno de la gestión, la honra o el buen nombre de quienes cumplen labores administrativas. Así las cosas, en el entorno político ofrece libertad de expresión, cuando se ejerce en pro del interés público, tiene límites menos rigurosos y merece mayor deferencia por el margen de apertura de un debate amplio y reflexivo frente a las opiniones como actos de control del poder público predicables de la democracia constitucional.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que no existe impedimento para que un concejal electo se manifieste en pro o en contra sobre temas relacionados con la prestación de los servicios de salud en entidades de servicios públicos y de una E.S.E, pues hace parte de su derecho como ciudadano y como figura política de la región, buscar la protección de los ciudadanos e incentivar el sano debate, sin caer en aseveraciones irrazonables, desproporcionados o lesivas al buen nombre de los respectivos servidores públicos.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

111602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

2. En libro publicado en el año 2010. Disponible en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_MJIAS.html. Consulta realizada el 17 de abril de 2018.

3. CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Transcritos en: Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72. c).

4. En nuestro país, así como lo describe Juan P. Ramos para la Argentina –*Los delitos contra el Honor*. 2ª ed. Abeledo-Perrot, s/f., p. 81-- , no existe un tipo especial –como si sucede en otros países que consagran el llamado delito de *desacato*-- que describa las injurias contra funcionarios. De la misma opinión, Jesús Bernal del Castillo, *Honor, Verdad e información*. Oviedo, Universidad de Oviedo, s/f, p 171.

5. *Ibidem*.

6. *Ibidem*.

7. Sentencias T-312 de 2015 y SU-1723 de 2000.

8. Cfr. Sentencia T-546 de 2016.

9. Sentencia T-256 de 2013.

10. Corte I.D.H., Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párrs. 86- 88; Corte I.D.H., Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 83; Corte I.D.H., Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69; Corte I.D.H., Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 152 y 155, Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 83; Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 125 a 129; Corte I.D.H., Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 87; Corte I.D.H., Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 115

11. Sentencia T-731 de 2015.

12. Sentencia T-312 de 2015.

13. Fernando Herrero-Tejedor. *Honor, intimidad y propia imagen*. Madrid, Colex, 1990, p. 212

14. Fernando Herrero-Tejedor. *Honor, ...* p. 210, 211 y 212.

15. Sentencia T-546 de 2016.

16. Cfr. Sentencias T-731 de 2015 T-546 de 2016 citada *ut supra*.

17. Sentencia T-312 de 2015.

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:54:37