

MEDIO DE CONTROL – Protección de los derechos e intereses colectivos / ACCIÓN POPULAR – En contra del presidente de la república por supuesta intervención en el proceso electoral para elegir el próximo presidente / AUTO – Resuelve solicitud de medida cautelar / MEDIDAS CAUTELARES – Requisitos de procedibilidad en procesos que tienen por finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos / MEDIDAS CAUTELARES – Procedencia en acciones populares / APARIENCIA DE BUEN DERECHO - Fumus boni iuris / APARIENCIA DE BUEN DERECHO – Prohibiciones del artículo 30 de la Ley 996 de 2005 se predicen cuando en una elección presidencial el presidente aspira igualmente como candidato

(...) De conformidad con lo previsto en el artículo 230 y el párrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos que tengan por finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos y que sean de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, podrán ser decretadas de oficio o a solicitud de parte, medidas cautelares de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión, siempre y cuando: i) tales medidas tengan relación directa con las pretensiones de la demanda y sean necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; ii) se cumpla con los requisitos de que trata el artículo 231 ibidem para su adopción; y iii) se observe el procedimiento descrito en el artículo 233 de la misma normatividad, salvo cuando se evidencia que por su urgencia no es posible agotar tal trámite (artículo 234 de la Ley 1437 de 2011). (...) 2.5.1.1. Que la solicitud de medida cautelar se presente en cualquier estado del proceso y que tenga por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos (Art. 229 del CPACA) Este aspecto se cumplió a cabalidad (...) 2.4.1.2. La medida guarde relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda (Art. 230 del CPACA). Tal como se infirió de la problemática planteada con la solicitud de medida cautelar y las respectivas pretensiones de la demanda, la medida invocada guarda relación directa con dicha súplica (...) 2.5.1.3 Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho. (...) la Corte Constitucional en la sentencia C-1153 de 2005 (...) sobre el artículo 30 de la Ley 996 de 2005, precisó en su estudio previo de constitucionalidad, que se trata de prohibiciones necesarias y razonables pero que se predicen cuando en una elección presidencial, el presidente aspira igualmente como candidato, esto es, reúne la condiciones de candidato presidente (...) como en la actual campaña presidencial, el presidente de la República no es candidato, no manifestó su aspiración a participar en la elección para presidente de la República para el periodo 2022-2026, la apariencia de buen derecho de la demanda en ese aspecto (artículo 30 de la Ley 996 de 2005) resulta desdibujada. (...) 2.5.1.4. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados. Al tratarse del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, no se exige calidad especial alguna para acceder a la administración de justicia y dado que el accionante se encuentra actuando en representación de la colectividad, y por ende no se predica la titularidad de los derechos en cabeza de una sola persona, sino que son colectivos o difusos. 2.5.1.5. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla. La parte demandante

solicita se adopte la medida cautelar, con ocasión a presuntas intervenciones políticas realizadas por el presidente de la República en diversos medios de comunicación, en las que concretamente se refiere a los candidatos presidenciales y sus campañas o programas de gobierno, y particularmente en contra del candidato Gustavo Petro y a favor del candidato Federico Gutiérrez. (...)

MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Tiene doble connotación constitucional / MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Como principio rector de la administración / MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Como derecho colectivo / MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Presupuestos para determinar su afectación o vulneración / JUICIO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Implica un razonamiento objetivo por parte del fallador y con respeto por las normas establecidas y el principio de legalidad

(...) La moralidad administrativa. Frente a la moralidad administrativa como derecho colectivo, es preciso señalar que en los antecedentes de la Ley 472 de 1998, se precisó como derecho colectivo (...) Sin embargo, su contenido no se limita a la prevención y combate de cualquier acto de corrupción, por cuanto posee una doble connotación constitucional, por una parte, como derecho colectivo – artículo 88- y por otra como principio rector de la administración – artículo 209-. En ese sentido, es un derecho colectivo que abarca conceptos en el campo no solo axiológico, sino también político, social y jurídico, de donde se desprende que permea todas las actuaciones del Estado y por ende conlleva a una aplicación directa, sin que sea necesario supeditarla a la existencia de una definición o limitación normativa y bajo ese alcance, el juez debe propender por dotarla de eficacia material y así garantizar su protección en todas las esferas de la función administrativa. (...) como presupuestos para determinar que se ha afectado o vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa se ha establecido jurisprudencialmente que se debe acreditar i) la existencia de unos bienes jurídicos afectados con la conducta de quien ejerce la función administrativa; ii) una forma clara de afectación y iii) la existencia de una reacción jurídica necesaria frente a la lesión. Adicionalmente, el juicio de moralidad administrativa implica un razonamiento objetivo por parte del fallador y con respeto por las normas establecidas y el principio de legalidad, toda vez que éste conlleva una valoración de la vulneración al derecho colectivo desde un doble contenido, el moral y el jurídico de la norma, para lo cual las normas se constituyen en un elemento objetivo al definir la correspondiente amenaza o vulneración y de ahí el carácter normativo de jerarquía superior que se le ha dado al concepto de moralidad administrativa. (...) la moralidad administrativa en la actualidad constituye una de las herramientas por excelencia que permiten lograr el cumplimiento más que de las normas y exigencias de la legalidad de su contenido axiológico, materializar los valores y principios que hacen parte esencial de la sociedad y que propenden por un adecuado obrar de la administración y la efectiva realización de lo fines del Estado. (...) Y como principio, la moralidad administrativa orienta no solo las políticas de las autoridades administrativas y su ejecución, sino también las actuaciones de quienes ejercen función pública, pues es allí donde se materializan los valores y preceptos fundamentales que rigen el Estado Social y Democrático de Derecho. (...)

RÉGIMEN PRESIDENCIAL / JEFE DE ESTADO – Es la máxima representación de la unidad nacional y su representación no implica una opción partidista o de políticas parcializadas / JEFE DE GOBIERNO - Representa la opción que fue elegida por mayoría / JEFE DE ESTADO – Debe mediar entre aquellos partidos o fuerzas políticas que se enfrentan o que se exponen en un escenario político / JEFE DE ESTADO – No puede intervenir, interferir u opinar sobre las candidaturas presidenciales

(...) Desde la formación de Estado moderno, se ha considerado que en el régimen presidencial convergen dos calidades en la misma persona, esto es, el de jefe de gobierno y el de jefe de Estado, siendo este último la máxima representación de la unidad nacional y su representación no implica una opción partidista o de políticas parcializadas, como si lo es el jefe de gobierno, que representa una opción que fue elegida por mayoría. (...) De este modo, el jefe de Estado debe mediar entre aquellos partidos o fuerzas políticas que se enfrentan o que se exponen en un escenario político, dada su connotación de unión, y en un contexto electoral, debe propender por mediar y tener una posición imparcial y neutral entre quienes acuden a esa contienda, y no atizar o agudizar las diferentes posturas, pues debe consolidarse como integrador y no como extremo partidista, característica del jefe de gobierno. (...) la figura del presidente, como jefe de Estado, representa no solo la unidad nacional, sino también el reflejo de las garantías democráticas y el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, por lo que, una vez es elegido presidente, y ante el escenario de una jornada electoral constitucionalmente prevista, este no puede intervenir, interferir u opinar sobre las candidaturas presidenciales que se postulen, pues su imparcialidad y neutralidad, es lo que debe primar como reflejo del cumplimiento de los postulados democráticos establecidos en la Constitución que aseguró cumplir y proteger al realizar su juramento y posesión para ostentar dicha investidura. En el caso concreto, se trata de las actuaciones desplegadas por el presidente de la República, Iván Duque Márquez, quien ostentando esa calidad especial y única de connotación nacional, tal y como lo dispone el artículo 188 de la Constitución Política 1991, al señalar que la figura del presidente de la República simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos y por ende, también es el jefe del estado, jefe del gobierno y suprema autoridad administrativa. (...)

DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN / LIBERTAD DE EXPRESIÓN – Limitaciones deben estar expresamente fijadas por la ley / LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL JEFE DE ESTADO - En un proceso electoral / DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN – Tiene limitaciones convencionales, constitucionales y legales / PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA - Es servidor público y tiene restricciones en su prerrogativa de comunicar sus opiniones respecto de las calidades de quien podría ser su sucesor / LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL JEFE DE ESTADO - Se encuentra limitada y no es absoluta / MEDIDA CAUTELAR – No procede / PERJUICIO IRREMEDIABLE – No demostrado

(...) las limitaciones al derecho a la libertad de expresión para estar conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos, de un lado, deben estar expresamente fijadas por la ley, y de otro, deben tener como propósito proteger la intimidad, la honra, la dignidad, la reputación y el buen nombre de los demás, y lo atinente a seguridad, salud, moral pública u orden público, estos últimos por cuanto se pretende salvaguardar el interés general, pues si se vulnera alguno de esos aspectos, se afecta en conjunto a la sociedad y en general a cada uno de los ciudadanos. (...) refiere la apodera del accionado que aquel puede en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, manifestar las opiniones sobre la situación actual de país, aun cuando esta no sea de agrado de algunos sectores. (...) hay que recordar que dicha prerrogativa no es absoluta, tiene limitaciones convencionales, constitucionales y legales, que la jurisprudencia ha ido decantado, que posee un núcleo duro de protección pero una mayor o menor realización según el quién, qué, cómo, dónde, cuándo dice lo que dice, y contra cuales otros derechos o principios entra en colisión o conflicto, lo cual impone el análisis de la calidad del emisor del mensaje, el contenido del mismo y su contexto. Así por ejemplo, al tratarse de una alocución presidencial, resulta evidente la connotación pública que reviste su mensaje, que le dota a su vez de mayor difusión y confianza, al ser el Presidente de la República y reunir además las tres jefaturas administrativas más altas: Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, pero a su vez, sus intervenciones requieren de la más alta medida, prudencia, aplomo y contundencia para mantener la cohesión social, la unidad de la nación y la institucionalidad con mayor rigor en los tiempos de crisis. Considerando lo anterior, se evidencia que el servidor público Iván Duque Márquez, en su calidad de presidente, es decir, en la investidura de jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, ha realizado comentarios y opiniones sobre candidaturas actuales, sino también les ha asignado calificativos concretos, aunque de una manera ambigua frente a ideas o discursos desplegados en campaña a la presidencia 2022-2026 (...) se concluye que el señor presidente no se ha limitado a realizar apreciaciones sobre la situación actual nacional o internacional (lo cual estaría dentro de su prerrogativas y obligación como mandatario), sino que ha hecho calificativos particulares respecto de las propuestas que han elevado ciertos candidatos en relación al ESMAD, ICETEX, fondos de pensiones, posturas políticas, entre otras. En ese contexto, ha de tenerse en cuenta que quien ha realizado las manifestaciones respecto de los candidatos de las próximas contiendas electorales no es un ciudadano del común o un particular, sino Iván Duque Márquez en su calidad de Presidente de la República y servidor público, por ende, tiene restricciones en su prerrogativa de comunicar sus opiniones respecto de las calidades de quien podría ser su sucesor, pues como ya se indicó, es el primer líder y magistrado de la nación, por ende, sería una transgresión profunda a la democracia en sí misma, permitir que alguien con semejante poder político, como el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno, Suprema Autoridad Administrativa, presente proposiciones a favor, en contra o calificando las propuestas de gobierno de quienes aspiran tener esa investidura y adelantan una batalla de ideas, programas, gestos, sentimientos y emociones para obtener el mayor respaldo popular. Sin embargo, de las declaraciones por diferentes medios que ha efectuado el presidente de la República que se encuentran en este expediente, no puede inferirse que esté promoviendo, favoreciendo o pidiendo votar a favor de un candidato o campaña política a la presidencia 2022-

2026, es decir, que esté rompiendo su imparcialidad como Jefe de Estado para favorecer a un determinado candidato o brindando expresa y abiertamente su apoyo a un candidato (promoción activa, positiva) y de contera, transgreda la moralidad administrativa. (...) La dificultad en este escenario radica en que las palabras utilizadas por el primer mandatario, se mueven en una línea entre la afirmación y la insinuación, entre la contundencia de lo dicho pero la ambigüedad del destinatario, entre la sugerencia abierta y la complementación de sentido(s) a cargo del receptor del mensaje, responden a preguntas de periodistas, y se enmarcan en alocuciones con un gran matiz de espontaneidad, por lo que resulta muy forzado desprender un único sentido, la univocidad del acto comunicativo, intencional y su afinamiento en los predios de lo prohibido, porque su paso es fugaz y se devuelve a las sendas de la medida. (...) Así las cosas, tenemos por un lado que (i) la libertad de expresión del Jefe de Estado se encuentra limitada, no es absoluta; (ii) que su papel en estos momentos tan polarizantes por el nivel desbordado que la campaña por la presidencia de la República ha tomado, requieren que la primera magistratura del país obre con la mayor prudencia para que el juego democrático pueda transcurrir en condiciones de igualdad, transparencia e imparcialidad, sin descuidar las funciones constitucionales asignadas; y (iii) que la moralidad administrativa exige un comportamiento ético del mayor compromiso, se exhortará al señor presidente a continuar obrando con la medida propia que como Jefe de Estado reclaman estos momentos en los que se define la conformación de un nuevo gobierno. En ese orden de ideas, no se accederá a decretar la medida cautelar solicitada por el demandante ni la de emitir la orden de guardar silencio sobre el proceso de elección del próximo presidente de la República en los términos del artículo 30 de la Ley 996 de 2005, como quiera que esta disposición hace referencia parcialmente al Acto Legislativo 02 de 2004, norma que si bien regula la elección de presidente de la República, no guarda relación con la prohibición que se ha analizado frente al presidente actual, y tampoco se refiere al presidente – candidato (durante la vigencia del Acto Legislativo 02 de 2004), así como tampoco se está cuestionando o analizando el desarrollo de las campañas presidenciales existentes bajo esa normativa. Finalmente no se aprecia que se cause un perjuicio irremediable en la medida que la conducta del presidente de la República no es sistemática ni pone en peligro la expresión libre de la voluntad popular en el sufragio, la vida y suerte de candidato (s) ni el proceso electoral. En cuanto al juicio de ponderación entre el interés general que representa la búsqueda y realización de la moralidad en toda la actuación del Estado y sus agentes y la imposición de una orden al presidente de la República ante afirmaciones ambiguas, sin lugar a dudas, resulta más benéfico para el interés general, salvaguardar la institucionalidad exhortando a mantener los caminos de la medida y la prudencia. (...)

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los requisitos para decretar medidas cautelares en el trámite de las acciones populares, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-284 de 2014; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, expediente: 08001-23-31-000-2005-03595-01, providencia del 18 de julio de 2007.

En cuanto a la moralidad administrativa, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de

2004, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Exp. 25000-23-25-000-2001-90550-01(AP); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 2004-992-01; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 2014, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo, Exp. 25000-23-15-000-2010-02404-01(AP).

Respecto del derecho a la libre expresión, leer: Corte Constitucional, sentencia T-155 de 2019 del 4 de abril de 2019. MP: Diana Fajardo Rivera.

FUENTE FORMAL: Constitución Política (Art. 88, 127, 188, 189, 209); Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Art. 125, 229, 230, 231, 233, 243); Ley 2080 de 2021 (Art. 20); Ley 996 de 2005 (Art. 30); Ley 472 de 1998; Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 13); Declaración Americana de Derechos Humanos (Art. IV); Carta Democrática Interamericana (Art. 4).



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

AUTO INTERLOCUTORIO N° 2022-05-228- AP

Bogotá D.C., Veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

EXP. RADICACIÓN: 250002341000 2022 00446 00
MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE: INSTITUTO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS ANTICORRUPCIÓN (IIEA)
ACCIONADO: IVÁN DUQUE MÁRQUEZ, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
TEMAS: MORALIDAD ADMINISTRATIVA- INTERVENCIÓN EN PROCESO ELECTORAL
ASUNTO: RESUELVE MEDIDA CAUTELAR

MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Vista la constancia secretarial obrante en el ítem 33 del expediente digital, procede el despacho, a efectuar pronunciamiento de fondo en torno a la solicitud de medida cautelar radicada por el extremo actor, previos los siguientes,

I. ANTECEDENTES:

El Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción- IIEA, presentó demanda de acción popular en contra del presidente de la República, IVÁN DUQUE MÁRQUEZ, por considerar amenazado el derecho colectivo a la moralidad administrativa, como quiera que está usando sus presentaciones públicas en medios de comunicación para intervenir en el proceso electoral para elegir el próximo presidente, concretamente realizando ataques en contra de candidatos opuestos a su postura política.

Como pretensiones solicita:

PRIMERA.: MEDIDA CAUTELAR.: *Sea ordenado al señor presidente de la República, Iván Duque Márquez guardar silencio sobre el proceso de elección del próximo presidente de la República en los términos de la Ley 996 de 2005 sobre Garantías Electorales, instruyendo al mandatario a abstenerse de opinar, generar valoraciones, influir, sugerir, atacar, comentar ninguna de las propuestas de campaña de ningún candidato, como tampoco hacer mención sobre sus cualidades personales o políticas. Durante el periodo que resta del periodo electoral hasta el día 29 de mayo de 2022.*

SEGUNDA.: *Sea ordenado al Consejo Nacional Electoral realizar el seguimiento adecuado al comportamiento del señor presidente de la República para que mantenga su comportamiento ceñido a la moralidad administrativa y se abstenga de violar el mandato legal en materia de garantías electorales.*

TERCERA.: *Sea ordenado a la Comisión Nacional para la Coordinación y Seguimiento de los Procesos Electorales en cabeza del Ministerio del Interior, haga el*

correspondiente llamado al presidente de la República a respetar la Ley de Garantías Electorales y desista de su conducta de incidir en el proceso electoral.

CUARTO.: *Sea ordenado al señor presidente de la República, Iván Duque Márquez ofrecer excusas públicas a los ciudadanos colombianos por sus declaraciones sobre el proceso electoral. Esta medida de satisfacción está encaminada a desagraviar el efecto en la opinión pública que han generado las declaraciones del mandatario.*

QUINTO.: *Sea ordenada la compulsión a las entidades que corresponda para la correspondiente investigación y sanción ante la posible ocurrencia de hechos que constituyen delitos y violaciones al Código Disciplinario Único.”*

Adicionalmente, solicita se adopte como **MEDIDA CAUTELAR:**

“Sea ordenado al señor presidente de la República, Iván Duque Márquez guardar silencio sobre el proceso de elección del próximo presidente de la República en los términos de la Ley 996 de 2005 sobre Garantías Electorales, instruyendo al mandatario a abstenerse de opinar, generar valoraciones, influir, sugerir, atacar, comentar ninguna de las propuestas de campaña de ningún candidato, como tampoco hacer mención sobre sus cualidades personales o políticas. Durante el periodo que resta del periodo electoral hasta el día 29 de mayo de 2022.”

La demanda fue admitida el 21 de abril de 2022 (072022-446 ADMITE) y de la solicitud de medida cautelar radicada por el extremo actor se corrió traslado a la parte demandada, mediante Auto de sustanciación de la misma fecha (082022-446CORRE TRASLADO).

Dentro del término previsto en el inciso 2 del artículo 233 del CPACA, el demandado se pronunció sobre la medida cautelar, mediante escrito presentado el 6 de mayo de 2022.

Para resolver, el Tribunal desarrolla las siguientes,

II. CONSIDERACIONES:

2.1. Competencia.

El artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, establece que la decisión de adoptar medidas cautelares debe ser emitida por el Magistrado Ponente, así:

“ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.
La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

*El Juez o **Magistrado Ponente** al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.*

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

*El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. **En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente** deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.*

*Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por **el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.**"¹*

No obstante, debe decirse que la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado no ha sido pacífica en sus interpretaciones del alcance del referido artículo 233 y de los artículos 125 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo que incluso al interior de una misma Sección del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, coexistían dos interpretaciones: 1) que es el Magistrado Ponente el competente para proveer sobre la solicitud de medida cautelar que se formule en cualquier etapa del proceso, y; 2) que es la Sala de decisión de la Corporación la competente para resolver esas solicitudes cuando el proceso es de primera instancia.

Ahora en atención a la Reforma al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011) introducida a través de la Ley 2080 de 2021, en su artículo 20, dispuso: “*Modifíquese el artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así: Artículo 125. De la expedición de providencias. La expedición de las providencias judiciales se sujetará a las siguientes reglas: (...) h) El que resuelve la apelación del auto que decreta, deniegue o modifica una medida cautelar. En primera instancia esta decisión será de ponente. (...)*”, de esta manera se unifica por el legislador esta divergencia interpretativa estableciendo claramente que la providencia mediante la cual se decide en primera instancia una medida cautelar será de ponente.

2.3 Medida Cautelar Solicitada.

Como medida cautelar el actor popular solicitó se ordene al presidente de la República, guardar silencio sobre el proceso de elección del próximo presidente de la República en los términos de la Ley 996 de 2005, instruyendo al mandatario a abstenerse de opinar, generar valoraciones, influir, sugerir, atacar, comentar las propuestas de campaña de los candidatos, así como tampoco hacer mención sobre sus cualidades personales o políticas, durante el tiempo que resta del periodo electoral hasta el día 29 de mayo de 2022.

Sustenta su solicitud en los argumentos expuestos en la demanda consistentes en que Iván Duque Márquez, presidente de la República de Colombia, está usando sus presentaciones públicas para intervenir en el proceso electoral para elegir el próximo presidente, conducta con la que se afecta de manera grave los derechos políticos de todos los ciudadanos y viola las prohibiciones expresas establecidas por el legislador en el artículo 30 de la Ley 996 de 2005.

Concretamente esas declaraciones públicas consisten en:

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Radicado 11001-03-26-000-2013-00090-00(47694) 24 de enero de 2014.

“PRIMERO: El 28 de febrero de 2022, durante el periodo de campañas electorales establecido por la Ley 996 de 2005 y faltando cuatro meses para la elección del próximo presidente, Iván Duque Márquez afirmó:

“Hay candidatos que tienen una cercanía de años con el régimen de Chávez y de Maduro, y han sido justificatorios de lo que pasa con ese régimen y han tratado de mantenerse al margen de lo que está pasando en Ucrania y han tratado de minimizar esa situación. Este es un tema donde el mundo no puede quedarse callado y quien quiera dirigir esta nación no puede ser indiferente a una agresión de esa vileza”²

En dicha entrevista con el medio de comunicación el presidente Iván Duque continuó con su intervención en la campaña presidencial diciendo:

“Que haya posturas claras con estos hechos, pues es lo mínimo de cualquiera que quiera regir los destinos de Colombia. [...] Por qué para algunos estos son temas de indiferencia o por qué se quieren mantener al margen, será que no quieren incomodar a algunos o no quieren poner bravos a los rusos” (Negrilla original). Estas declaraciones fueron replicadas la misma fecha en otros medios de comunicación como el periódico El Tiempo³. (...)

El día 30 de marzo de 2022 el presidente de la República volvió a intervenir en el proceso electoral, en esta ocasión.

Frente a las propuestas del candidato Gustavo Petro Urrego sobre el sistema de financiamiento educativo hizo declaraciones públicas que fueron documentadas por Semana Noticias⁴.

En discurso público el presidente afirmó:

“(...) por eso mucho cuidado con los que proponen ahora acabar el Icetex, y que dicen que entonces ahí se cancelan todas las deudas, 9 billones de pesos, entonces qué pasa con los que ya están en el programa (...)”

Ese mismo día otros medios de comunicación replicaron las declaraciones del mandatario y señalaron lo evidente. Por ejemplo, el portal Infobae tituló “Condonar la deuda del Icetex y otras propuestas de Gustavo Petro que ha criticado Iván Duque: El presidente de Colombia ha mostrado una posición política frente a las propuestas del candidato del Pacto Histórico, lo que le podría ganar una investigación por participación en política”⁵

El día 19 de marzo de 2022 Gustavo Petro había explicado a los medios de comunicación su propuesta pensional,

² Por qué se quieren mantener al margen” la pregunta de Duque a la postura de candidatos sobre situación en Ucrania” En: La FM. 28 de febrero de 2022. Periodista: Erika Villanueva. Enlace: <https://www.lafm.com.co/politica/porque-se-quieren-mantener-al-margen-la-pregunta-de-duque-la-postura-de-candidatos-sobre>

³ “¿Indirecta a Petro? Duque rechazó que candidatos hagan silencio sobre Rusia” En: El Tiempo. 28 de febrero de 2022. Periodista: redacción política. En: <https://www.eltiempo.com/politica/gobierno/duque-rechazo-que-candidatos-hagan-silencio-sobre-el-tema-rusia-ucrania-654929>

⁴ “Cuidado con los que proponen acabar el Icetex, eso es populismo”: ¿Pulla de Duque a Petro” En: Semana, 30 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/cuidado-con-los-que-proponen-acabar-el-icetex-eso-es-populismo-pulla-de-duque-a-petro/202214/>

⁵ “Condonar la deuda del Icetex y otras propuestas de Gustavo Petro que ha criticado Iván Duque” En: Infobae. 30 de marzo de 2022. En: <https://www.infobae.com/america/colombia/2022/03/30/condonar-la-deuda-del-icetex-y-otras-propuestas-de-gustavo-petro-que-ha-criticado-ivan-duque/>

TERCERO: El 17 de marzo de 2022, el señor Iván Duque Márquez durante la Asamblea de ProAntioquia, afirmó que “se debe derrotar el autoritarismo de las tres P”. Dijo:

“Pero esos autócratas “tres P” que utilizan el populismo, son los que se atreven a decirle a la gente que le van a quitar el ahorro de toda una vida en un fondo de pensiones para volverlo plata de rapiña para poder cabalgar en aspiraciones y repartijas”⁵(Negrilla incluida)Estas declaraciones fueron recogidas por el Noticiero CM& en su redacción del mismo día.”⁶

CUARTO: El día 30 de marzo de 2022 el Presidente de la República Iván Duque Márquez, usó la cuenta en la red social Twitter @IvanDuque para escribir un mensaje donde replicó sus declaraciones públicas:

“Mucho cuidado con quienes proponen acabar el@ICETEX, diciendo que se cancelan las deudas, es decir, \$9 billones, ¿qué pasa con los que están en el programa? ¿los dejan afuera? Esto arruinaría el sistema de financiamiento educativo. Eso es populismo” (...)

QUINTO: El 5 de abril de 2022 el señor Iván Duque Márquez en su calidad de presidente de la República volvió a repetir su intervención en la campaña presidencial. En un artículo titulado por El Espectador como “Duque sobre pensiones: de fondo, más de lo mismo y un pésimo momento político”, se recogieron las declaraciones del mandatario.

“Cualquier situación que busque expropiar los recursos del ahorro de las personas en los fondos de pensión tiene que ser rechazado de manera clara y contundente porque echarles mano a los recursos del ahorro de las personas para nacionalizarlos y convertirlos en dinero de bolsillo del Gobierno es un robo, un atraco. La mejor forma de demostrar porque hay una institucionalidad en el país que contribuye a canalizar ese ahorro hacia proyectos estratégicos lo estamos viendo hoy con esta nueva expresión de inversión estratégica de los fondos de pensión”⁷. (sic)

Desde el 15 de abril de 2022 el candidato Gustavo Petro Urrego había explicado en medios de comunicación su propuesta pensional, a saber:

“En lugar de tener fondos privados de pensiones con cotizaciones para ahorro individual administradas al 30 por ciento que cobran en un banco, usted manda esa plata a un fondo público: Colpensiones. Con esa plata se paga inmediatamente las actuales pensiones que hoy está pagando el Estado. Entonces liberas al Estado de 18 billones de pesos anuales en el Presupuesto y los gastasen los que no tienen pensión”⁸ (sic)

SEXTO.: El 8 de abril de 2022, durante la Clausura del Congreso Nacional de Municipios, el presidente Duque afirmó:

“(…) hay que tener mucho cuidado con la otra P... con la P de populismo. Le dicen a la ciudadanía: pan para hoy, pan para todos, cuando lo que están incubando es hambre

⁶ Duque aseguró que se tiene que derrotar el autoritarismo de las “tres P” En: Redacción digital CM& del 17 de marzo de 2022. Disponible en: <https://noticias.canal1.com.co/nacional/duque-aseguro-que-se-tiene-que-derrotar-el-autoritarismo-de-las-tres-p/>

⁷ Duque sobre pensiones: de fondo, más de lo mismo y un pésimo momento político” En, El Espectador. 5 de abril de 2022. Redacción economía. Disponible en: <https://www.elespectador.com/economia/duque-sobre-pensiones-de-fondo-mas-de-lo-mismo-y-un-pesimo-momento-politico/>

⁸ Que es verdad y mentira de lo que dijo Petro sobre sistema pensional” En: Portafolio, 15 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/gustavo-petro-verdades-y-mentiras-durante-debate-presidenciales-562949>

*para mañana. Le venden a la sociedad soluciones facilistas, los mismos discursos fallidos de otros lugares (...)*⁹

Sus afirmaciones fueron recogidas por un artículo de Caracol Radio.

SÉPTIMO.: El 9 de abril de 2022, el periódico El Espectador recopiló las intervenciones del presidente Iván Duque Márquez, denominado “Las indirectas de Iván Duque a las propuestas de Petro”. (...)”

En consecuencia, considera que configuran los elementos para declarar la medida cautelar solicitada ante la existencia inminente de un perjuicio irremediable, pues se generaría por la intervención de un presidente en política se vería manifestado en las elecciones próximas que ocurrirán el 29 de mayo del 2022 y todas las declaraciones han estado enfocadas en las propuestas de uno de los candidatos presidenciales, por lo que señala que es claro que el perjuicio que se genera por la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Además refiere que la oficina del Presidente de la República cuenta con considerables recursos y atención por parte de los medios tradicionales de comunicación y también desde las redes sociales, incluso las alocuciones del presidente se hacen por canales institucionales y son replicadas por medios de comunicación de amplia circulación en el país incluyendo a la Revista Semana, los periódicos El Tiempo y El Espectador, la cadena radial La FM, el noticiero CM& y portales de internet como Infobae.

Por tanto, considera que *“La causalidad entre las declaraciones del Presidente, su presencia en redes sociales y el medios de comunicación, y los resultados electorales tiene suficiente sustento como para que se entienda que el perjuicio causado tendrá una relación directa con las apariciones públicas del Presidente.”.*

Finalmente, el 12 de mayo de 2022 el demandante allega una nueva intervención del presidente para una entrevista en Revista Semana, consistente en un vídeo en el que afirma que se manifiesta su apoyo al candidato Federico Gutiérrez (30-31.allegaprubadocumnetla.pdf-video Duque-html)

2.4. Pronunciamento de la parte demandada

El presidente de la República, Iván Duque Márquez presenta oposición a la medida cautelar solicitada, afirmando en primer lugar que conforme los presupuestos de la procedencia de medidas cautelares no se configura el perjuicio alegado por el demandante.

Refiere que en relación con el derecho colectivo invocado, no hay prueba de algún daño causado en concreto, pues no explica exactamente en qué forma se supone que está vulnerado, ya que solo expone apartes descontextualizados de algunas afirmaciones realizadas por el primer mandatario, sin que en alguna de ellas haya hecho referencia explícita a ningún candidato presidencial o a ninguna campaña en particular, constituyéndose en solo presunciones del demandante.

⁹ Mucho cuidado con la otra P”: Duque dice que la democracia está en riesgo. En: Caracol Radio, 8 de abril de 2022. Periodista: Sebastián Cortés. Disponible en: https://caracol.com.co/radio/2022/04/08/politica/1649444576_016008.html

Afirma que *“las afirmaciones del señor presidente de la República, enunciadas en los hechos de la demanda, constituyen una defensa de los principios que pregona en pro del bienestar de la Nación y son sus opiniones en relación con temas que atañen a la población colombiana, sin que por ello sea cierto que constituyan una interviniendo en política, reitero, porque se trata de su opinión en relación con temas de la realidad, no solo de Colombia, sino, del mundo entero.”*.

Indica que la norma que el demandante invoca, el artículo 127 constitucional, no aplica particularmente a las actuaciones del presidente, pues *“el señor presidente de la República está celebrando, por sí o por interpuesta persona, no en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales. El primer mandatario no se desempeña en la Rama Judicial, ni en los órganos electorales, de control y de seguridad, ni tampoco es miembros de la Fuerza Pública. Evidente es que el señor presidente de la República no es sujeto pasivo de los supuestos de hecho contenidos en los dos primeros incisos de la norma.*

Ahora frente a la referencia de “empleados” no contemplados, considera:

En cuanto al contenido del tercero, al ser un “empleado” no contemplados en las anteriores prohibiciones, el supuesto de hecho sería que “solo podrá participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria (996 de 2005). Sobre el particular, es preciso decir, desde ya, que es importantísimo advertir que cuando se expidió la Ley Estatutaria 996 de 2005 existía la posibilidad de la reelección presidencial, de modo que las normas se enfocaron y establecieron pensando siempre en el “presidente-candidato”; sin embargo, esa es una situación ajena a la realidad jurídica actual y, en consecuencia, hay normas inaplicables, entre ellas, la contenida en el artículo 301 que el apoderado de la parte actora citó como violada por mi representado, y que tienen como sujeto activo al “presidente o vicepresidente - candidato”, que no es la situación del señor presidente de la República, aunque, en todo caso, Vale decir que los supuestos allí contenidos tampoco han sido desatendidos por el primer mandatario.

Finalmente, manifiesta que *“en cuanto a la prohibición de “la utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política” que “constituye causal de mala conducta.”, es imperativo señalar que no es cierto, ni existe prueba alguna de que el señor presidente de la República de Colombia haya utilizado su cargo para presionar a ciudadano alguno para que respalde una causa o campaña política. Sería un despropósito enlodar el buen nombre del primer mandatario si se afirmara semejante cosa, pues nada está más alejado de la realidad. El señor presidente Iván duque Márquez jamás ha incurrido en semejante actuación.*

En consecuencia, refiere que las opiniones del presidente, respecto a cualquier tema sobre el que se pronuncie y que tengan relación con la realidad colombiana o de cualquier otro país del mundo *“pueden no gustarles a algunas personas, pero no por ello se constituyen en vulneración de derechos, menos aún del derecho a la moralidad administrativa (...)”*. Por tanto, solicita se respete el derecho a la libre expresión del presidente y se niegue la medida cautelar invocada, ya que no ha incurrido en ninguna conducta reprochable según el ordenamiento jurídico.

2.5. Examen de los requisitos para el decreto o denegación de la medida.

De conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos podrán solicitarse o decretarse de oficio medidas cautelares, previo cumplimiento de las reglas de procedencia y los requisitos para su adopción, establecidos en el mismo Estatuto normativo.

En ese sentido se torna pertinente traer a colación apartes de la Sentencia C-284 de 2014, a través de la cual, la Honorable Corte Constitucional declaró exequible el párrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 (en lo que tiene que ver con las acciones populares):

“Resultaba entonces necesario ampliar el catálogo de medidas cautelares, con el fin de asegurar instrumentos efectivos de protección provisional que pudieran usarse en las controversias contenciosas no originadas en un acto administrativo, sino por ejemplo en una omisión o un hecho de la administración. También era imperativo morigerar la radical limitación de la suspensión provisional, con el fin de asegurar una protección previa a la sentencia frente a actos administrativos, que garantizara el derecho a una justicia pronta y efectiva.

(...) Tras examinar el contenido de la regulación prevista en los artículos 229 a 241 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Corte concluye que el legislador no violó los artículos 13, 88, 89, 228 y 229 de la Constitución al ordenar la aplicación del mismo a los procesos iniciados con la finalidad de proteger derechos e intereses colectivos. En síntesis, las razones que desarrollará la Sala a continuación son las siguientes: primero, la norma acusada no infringe ninguno de los atributos constitucionales que los artículos 88, 89, 228 y 229 Superiores les confieren a las acciones para la defensa de derechos colectivos; segundo, la Corte Constitucional juzga razonable, según la actual distribución de competencias judiciales en esta materia, prever un régimen de medidas cautelares especial para las acciones fundadas en derechos e intereses colectivos cuando sean de conocimiento de la justicia administrativa, y que no se extienda a las acciones del mismo orden cuando las conozca un juez vinculado a una jurisdicción distinta. A continuación se expondrán estas razones con mayor detalle.

*(...) En definitiva, a juicio de la Sala, el párrafo del artículo 229, Ley 1437 de 2011, no viola los artículos 13, 86, 88, 89, 228 y 229 de la Carta, **al extender la regulación de medidas cautelares previsto en capítulo XI, Título V, del CPACA, a los procesos que busquen la protección de derechos e intereses colectivos que sean de conocimiento de la justicia administrativa, por las siguientes razones: i. no reduce las medidas que puede decretar el juez, sino que las complementa; ii. el juez puede, en virtud suya, adoptar medidas cautelares de oficio o a petición de parte; iii. Sin necesidad de prestar caución, por parte de quien las solicita; iv. si bien en general se prevé un espacio previo al decreto de la medida cautelar, dispuesto para darle traslado a la otra parte y para que esta pueda oponerse, se admite también la posibilidad medidas de urgencia que pretermitan esa oportunidad; iv. la decisión de decretar las medidas es susceptible de recurso de apelación o súplica, según el caso, pero de concederse sería en el efecto devolutivo; v. estas medidas se aplicarían en tales procesos, pero cuando sean de conocimiento de la justicia administrativa, lo cual en esta materia responde a un principio de razón suficiente”**¹⁰. (Subrayado fuera del texto).*

¹⁰ Corte constitucional, expediente D-9917, Sentencia C-284 del 15 de mayo de 2014, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

Así las cosas, el Máximo Tribunal Constitucional encontró no sólo exequible el párrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, en lo que concierne a la procedencia de medidas cautelares en procesos que tengan por finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, sino que también destacó la pertinencia de ampliación del catálogo de medidas cautelares que se adoptan en la jurisdicción contencioso administrativa y la posibilidad del decreto de medidas cautelares de urgencia, en los eventos que así se requieran, dada la inminencia y urgencia que imposibilita el trámite ordinario de traslado a la entidad demandada.

2.5.1. Requisitos de procedibilidad.

De conformidad con lo previsto en el artículo 230 y el párrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos que tengan por finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos y que sean de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, podrán ser decretadas de oficio o a solicitud de parte, medidas cautelares de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión, siempre y cuando: i) tales medidas tengan relación directa con las pretensiones de la demanda y sean necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; ii) se cumpla con los requisitos de que trata el artículo 231 *ibidem* para su adopción; y iii) se observe el procedimiento descrito en el artículo 233 de la misma normatividad, salvo cuando se evidencia que por su urgencia no es posible agotar tal trámite (artículo 234 de la Ley 1437 de 2011).

Ahora bien, como quiera que la naturaleza del medio de control que aquí se analiza no se contrajo a la declaratoria de nulidad de unos actos administrativos ni al restablecimiento del derecho del demandante, de conformidad con lo previsto en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, se debe analizar la concurrencia de los siguientes requisitos, a fin de determinar si la medida cautelar solicitada debe ser decretada o denegada:

“En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1) Que la demanda esté razonablemente fundada;*
- 2) Que el demandante haya demostrado “así fuere sumariamente”, la titularidad de los derechos invocados;*
- 3) Que el demandante haya presentado “los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones” que permitan concluir mediante un juicio de ponderación de intereses que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida que concederla;*
- 4) Que adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones: a) que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”.*

Adicionalmente es necesario tener en cuenta que el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado respecto de las medidas cautelares en acciones populares y ha precisado:

“Es importante señalar que acorde con la finalidad protectora de los derechos e intereses colectivos de la Ley 472 de 1998, las medidas previas buscan hacer efectiva dicha protección, cuando de esperarse a la culminación del proceso, las medidas que

se adopten en el fallo podrían resultar ineficaces, es decir, buscan conjurar de manera previa al fallo, un peligro o vulneración que se está presentando o que se percibe como de inminente ocurrencia y que no da tiempo a esperar por un fallo definitivo.

(...) En el caso concreto, el actor solicita que como medida previa “se disponga que el impuesto de alumbrado público se cobre con las tarifas estipuladas en el Acuerdo 022 de 2.004”, ello con miras a evitar un daño contingente.

Al respecto, considera esta Sala de decisión que para establecer si es viable decretar la medida previa solicitada por el actor, es necesario indagar si el daño contingente señalado por la parte actora se evidencia de forma manifiesta, si los fundamentos fácticos tienen un principio de prueba sobre su ocurrencia y, si la medida solicitada tiene el efecto útil de “prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado”, como lo exige el artículo 25 de la ley 472 de 1998. Lo anterior por cuanto la procedencia de la medida cautelar pende de la demostración o de la inminencia a un daño, para prevenirlo, o de la causación actual de un daño, para hacerlo cesar.

Al respecto, considera la Sala que en este momento, en el cual aún no se ha trabado la relación jurídico procesal, con la notificación de la demanda a los demandados, no es posible concluir con base en los hechos planteados en la demanda y con fundamento en las pruebas aportadas con ésta, las cuales en su mayoría no se encuentran en estado de valoración, que exista un daño contingente que se pueda conjurar con que la medida previa pedida en la demanda.”¹¹ (Negrita y subrayado fuera de texto)

Considerado lo anterior, la Sala estudiará cada uno de esos presupuestos con el fin de verificar si hay lugar o no al decreto de la medida cautelar solicitadas en el siguiente orden:

2.5.1.1. Que la solicitud de medida cautelar se presente en cualquier estado del proceso y que tenga por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos (Art. 229 del CPACA)

Este aspecto se cumplió a cabalidad, como quiera que se formuló y sustentó la solicitud de medida cautelar al momento de interposición de la demanda y en concordancia con el derecho colectivo invocado en la misma, esto es, la moralidad administrativa, el cual aduce el demandante pretende proteger con la orden al presidente de abstenerse de dar declaraciones que constituyan una intervención política, y que guarde silencio sobre el proceso de elección de próximo presidente de la República en los términos de la Ley 996 de 2005, instruyendo al mandatario a abstenerse de opinar, generar valoraciones, influir, sugerir, atacar, comentar ninguna de las propuestas de campaña de ningún candidato, como tampoco hacer mención sobre sus cualidades personales o políticas, durante el periodo que resta del periodo electoral hasta el día 29 de mayo de 2022.

2.4.1.2. La medida guarde relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda (Art. 230 del CPACA)

Tal como se infirió de la problemática planteada con la solicitud de medida cautelar y las respectivas pretensiones de la demanda, la medida invocada guarda

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Expediente: 08001-23-31-000-2005-03595-01. Providencia del 18 de julio de 2007.

relación directa con dicha súplica, como quiera que busca que se ordene al presidente de la República Iván Duque Márquez abstenerse de declarar e intervenir en el proceso de elección del año 2022 y se ordene a otras entidades realizar llamados de atención, así como también la presentación de excusas públicas por parte del demandado y la respectiva compulsión de copias a otras autoridades.

2.5.1.3 Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.

En el *sub judice* el demandante presentó en debida forma los argumentos y fundamentos de hecho y derecho en los que sustenta sus pretensiones, así como también indicó el derecho colectivo que (en su sentir) se encuentra en riesgo de afectación.

En ese sentido, se advierte de un lado que el deber de “fundar razonablemente una demanda en derecho”, se traduce en una carga procesal que la Ley 1437 de 2011 le impone al demandante a fin de esclarecer y precisar el objeto del litigio, garantizar la materialización de los derechos de contradicción y defensa de su contraparte, y facilitar el ejercicio de las facultades oficiosas de interpretación de la *causa petendi* y adecuación a las vías procesales adecuadas, en los eventos de indebida elección del medio de control.

Desde luego, el análisis no se circunscribe a la sola estructuración de los capítulos de la demanda por cuánto ese aspecto corresponde a un requisito formal (art. 162 CPACA), por tanto, se trata del planteamiento de una *teoría del caso plausible* que encuentra en principio *respaldo en el ordenamiento jurídico* (normas, principios, prácticas jurisprudenciales, conceptos, teorías jurídicas, etc., generalmente aceptados y que constituyen el estado del arte de la cuestión tratada o en debate) en la medida en que la *situación fáctica permite una inferencia inmediata* con dicho ordenamiento, su *uso en el caso concreto es coherente* y no anfibológico, equívoco o forzado, que se mueve en los márgenes claros del derecho en estudio y no en los que la “zona de penumbra” resulta prevaleciente, con la salvedad por supuesto, de que la moralidad administrativa en su concepto sea analizada y que su vulneración sea acreditada, es decir, que con suficiencia se reúnan los requisitos. Pero en todo, caso, es apenas una apariencia, no una certeza, dado que estamos al comienzo del proceso y no su culminación.

Bajo esta perspectiva, el *fumus boni iuris* en este caso se predica de la relación entre los hechos inminentes denunciados con la demanda que refiere de forma clara y precisa las presuntas afectaciones al derecho e interés colectivo que se ha invocado a través del presente medio de control y en esa medida, está fundada razonablemente en la afectación de un bien jurídico protegido de naturaleza colectiva como lo es la moralidad administrativa (Art. 4 Literal B. Ley 472/1998) con ocasión de presuntas intervenciones políticas del presidente en medios de comunicación relacionadas con los candidatos a las elecciones presidenciales del año 2022. Empero, respecto de la aplicación de la Ley 996 de 2005 surgen *prima facie* varias reservas, que desdibujan la apariencia de buen derecho respecto de este supuesto normativo, por cuanto en efecto, no se trata de un candidato presidente que esté aspirando a ser reelegido, como lo exige la norma invocada como desconocida, sino de la imparcialidad del jefe de Estado y la moralidad administrativa, debilitando el *fumus*, aunque no desapareciéndolo.

En efecto la Ley 996 de 2005 tiene como propósito definir (A) el marco legal dentro del cual debe desarrollarse (i) el debate electoral a la Presidencia de la República, (ii) o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o (iii) el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley, y (B) reglamentar la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición.

De ahí que el primer escenario (i) del primer campo de regulación (A), como el segundo (B) de la ley invocada, tienen en principio una relación de pertinencia, de apariencia de buen derecho. Sin embargo, como la precisa disposición que se alega afectada, y con ella, la moralidad administrativa es la contenida en el artículo 30 de esa reglamentación, tal relación de adecuación se difumina, desaparece, porque requiere un sujeto especial al cual predicar el mandato negativo de abstención, esto es, al Presidente sí, pero cuando es también candidato, cuando está aspirando al finalizar su mandato a renovar en las urnas un segundo periodo de gobierno, y por eso, es candidato presidente.

El texto legal es el siguiente:

**“Ley 996 de 2005
... CAPITULO VII
Regulaciones especiales durante la campaña presidencial**

Artículo 30. Prohibiciones al Presidente durante la campaña presidencial. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de votación en primera vuelta, y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso, el candidato que ejerce la Presidencia o la Vicepresidencia de la República no podrá:

1. Asistir a actos de inauguración de obras públicas.
2. Entregar personalmente recursos o bienes estatales, o cualquier otra suma de dinero proveniente del erario público o producto de donaciones de terceros al Gobierno Nacional.
- 3. Referirse a los demás candidatos o movimientos políticos en sus disertaciones o presentaciones públicas, como Jefe de Estado o de gobierno, (excepto en situaciones que hagan referencia a asuntos de seguridad nacional, seguridad de los candidatos o sus campañas políticas, soberanía, emergencias o desastres).**
4. Utilizar o incluir la imagen, símbolos o consignas de su campaña presidencial en la publicidad del gobierno.
5. Utilizar bienes del Estado, diferentes a los propios de sus funciones y aquellos destinados a su seguridad personal, en actividades de su campaña presidencial.”

[Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-1153 de 2005](#); el resto del artículo fue declarado EXEQUIBLE en el entendido que las prohibiciones a que se refiere se hacen efectivas para el Presidente o el Vicepresidente de la República desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º;]

De hecho, la Corte Constitucional en la sentencia C-1153 de 2005, señaló que las prohibiciones, además de ser legítimas en cuanto persiguen la igualdad electoral, son manifestación del desarrollo de los fines de la administración (artículo 209 constitucional) en particular de la moralidad administrativa, es decir, que su transgresión afecta el principio de moralidad, pero sobre el artículo 30 de la Ley 996 de 2005, precisó en su estudio previo de constitucionalidad, que se trata de prohibiciones necesarias y razonables pero que se predicen cuando en una elección

presidencial, el presidente aspira igualmente como candidato, esto es, reúne las condiciones de candidato presidente:

“...En primer lugar, una prohibición de tal tipo no encuadra dentro del título del artículo en análisis, puesto que éste pretende realizar una enumeración de lo prohibido al presidente-candidato y no a los funcionarios públicos en general ... en cuanto, como ya se indicó, el propósito del artículo 30 es abordar las prohibiciones del Presidente candidato...”¹²”

¹² Corte Constitucional, sentencia C-1153 de 2005, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

El análisis del proyecto de ley que luego se convirtió en el artículo 30 de la Ley 996 de 2005 fue el siguiente:

“Artículo 30. Prohibiciones del Presidente durante la campaña presidencial

En búsqueda de un equilibrio de condiciones entre el candidato Presidente y los demás candidatos a la Presidencia -y, por tanto, en desarrollo del artículo 13 constitucional del cual se desprende un mandato de trato diferencial a aquellos sujetos que se encuentren en situaciones diferentes al Presidente- durante el tiempo en el cual el primero realice su campaña presidencial, es decir, durante los cuatro meses previos a la primera vuelta de las elecciones presidenciales y hasta la segunda vuelta si llega a darse, se le prohíben las conductas indicadas en el artículo 30.

Las prohibiciones, además de ser legítimas en cuanto persiguen la igualdad electoral, son manifestación del desarrollo de los fines de la administración (artículo 209 constitucional) en particular de la moralidad administrativa.

El Procurador indica que el término de cuatro meses debe ser declarado exequible bajo el entendido de que éste inicie desde que el Presidente manifieste su intención de ser candidato, pues de lo contrario se generaría un periodo más largo dentro del cual el Presidente podría actuar sin restricciones. Para la Sala tal condicionamiento es necesario, puesto que manifestar que se va a participar en la campaña para elección de Presidente implica realizar actuaciones políticas.

Al realizar un análisis puntual de cada uno de los numerales, la Corte encuentra que se ajustan a la Carta. En efecto, el asistir a actos de inauguración de obras públicas, es una limitación proporcionada, en cuanto si bien la realización de obras públicas indispensables para el mejoramiento de la infraestructura física del país no puede ser suspendida por el hecho de que el Presidente esté en campaña, para que no se tome la realización de la obra como consigna personal de la campaña del Presidente es válido no permitirle asistir a los actos de inauguración que personalizan la obra pública y la desligan del ejercicio corriente de una de las actividades de la administración pública. Además, según el artículo 40, los funcionarios que incumplan las prohibiciones del capítulo VII, dentro del cual se encuentra el artículo 30, responderán según lo establecido en la Ley 734 de 2002; es decir, tendrán responsabilidad disciplinaria la cual echa de menos el Procurador.

La Vista Fiscal señala que también se debe prohibir a los funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones realicen los actos de inauguración que lo hagan a nombre del candidato-presidente o se haga cualquier manifestación alusiva a la campaña. En primer lugar, una prohibición de tal tipo no encuadra dentro del título del artículo en análisis, puesto que éste pretende realizar una enumeración de lo prohibido al presidente-candidato y no a los funcionarios públicos en general. Además, la extralimitación que pretende evitar el Procurador en el ejercicio de la labor de los funcionarios públicos en general es innecesaria en cuanto el artículo 38 del proyecto de ley, en procura de no hacer de las obras públicas un medio de campaña política, prohíbe a los gobernadores, alcaldes secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas, dentro de los cuatro meses previos a las elecciones, inaugurar obras públicas en eventos que participen el candidato a la Presidencia o voceros del candidato. En la medida que dentro del género candidato presidencial se incluye al presidente-candidato en caso de que algún funcionario público que asista a la inauguración de obras públicas, incluso quien inaugura la obra, pretenda actuar como vocero del candidato presidente no se podrá llevar a cabo la inauguración de las obras públicas mencionadas por parte de los funcionarios indicados en el artículo 38.

El numeral 2º del artículo 30 indica que el Presidente no puede entregar personalmente recursos o bienes estatales o suma alguna proveniente del erario público o de donaciones de terceros al Gobierno. La Sala advierte que esta prohibición es un claro desarrollo de la moralidad administrativa (artículo 209 C.P.) y, por tanto, se ajusta a la Constitución. No existe una omisión legislativa en la medida en que la prohibición no se extiende a todos los funcionarios que puedan entregar tal dinero a nombre del Presidente-candidato, en cuanto, como ya se indicó, el propósito del artículo 30 es abordar las prohibiciones del Presidente candidato.

El numeral 3º, en complemento con el artículo 29, limita legítimamente la libertad de expresión del Presidente candidato al no permitirle referirse a los demás candidatos o movimientos políticos en sus labores como jefe de Estado o de gobierno.

No obstante, la Sala encuentra que si bien el Presidente no abandona la responsabilidad del cumplimiento de sus funciones mientras se encuentra como candidato no es legítimo que se excluya de la prohibición mencionada las referencias de los demás candidatos en situaciones que aborden asuntos de seguridad nacional, o seguridad de los candidatos o sus campañas políticas, soberanía, o emergencia o desastre. Se podría pensar que en este tipo de afirmaciones se desliga la referencia al otro candidato de lo político y se desplaza al estricto cumplimiento de las labores del Presidente según el artículo 189, numeral 4 constitucional (conservación y restablecimiento del orden público) y que, por tanto, con tal permisión no se genera un desequilibrio ventajoso para el candidato presidente derivado del ejercicio del poder.

Sin embargo, el grado de indeterminación semántica de expresiones tales como soberanía, seguridad, emergencia o desastres permitiría que el candidato Presidente o Vicepresidente haga referencia a los demás candidatos teniendo como sustento casi cualquier supuesto de hecho. Lo anterior terminaría haciendo ilusoria la prohibición, puesto que la excepción se convertiría en regla general. Además, el equilibrio que pretende la presente ley sería imposible de lograr. Por tanto, la expresión "excepto en situaciones que hagan referencia a asuntos de seguridad nacional, seguridad de los candidatos o sus campañas políticas, soberanía, emergencia o desastres" será declarada inexecutable.

Así las cosas, como en la actual campaña presidencial, el presidente de la República no es candidato, no manifestó su aspiración a participar en la elección para presidente de la República para el periodo 2022-2026, la apariencia de buen derecho de la demanda en ese aspecto (artículo 30 de la Ley 996 de 2005¹³) resulta desdibujada.

La restricción de la libertad de expresión del Presidente incluida en el numeral 4 del artículo 30 es legítima, a la luz del artículo 13 de la Constitución. En efecto, de no prohibirse utilizar o incluir imágenes, símbolos o consignas de la campaña presidencial en la publicidad del Gobierno se daría paso a convertir la imagen institucional de la Presidencia como órgano del Gobierno en imagen de uno de los candidatos a la Presidencia, lo cual rompería el equilibrio.

El artículo 127 constitucional en su último inciso señala "Durante la campaña, el Presidente y el Vicepresidente de la República no podrán utilizar bienes del Estado o recursos del Tesoro Público, distintos de aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los candidatos. Se exceptúan los destinados al cumplimiento de las funciones propias de sus cargos y a su protección personal, en los términos que señale la Ley Estatutaria." El numeral 5º repite la permisividad de utilización de algunos bienes del Estado en ejercicio de campaña por parte del Presidente.

El Procurador General señala que si bien es perfectamente válido que se permita el uso de bienes para la seguridad del Presidente en lo relativo a los bienes propios de sus funciones la norma es demasiado laxa, puesto que dejaría en duda si se podrían utilizar para la campaña, sin límite, el avión presidencial, las instalaciones públicas y las de su despacho e incluso a personal de su cargo.

Por su parte, la Defensoría del Pueblo considera que existe una omisión legislativa inconstitucional puesto que en el numeral 5 se echa de menos una relación detallada de la forma en la cual el Presidente puede hacer uso de los bienes del Estado sin incurrir en quebrantamiento de la asignación igualitaria de recursos para los candidatos. La omisión se presenta, según la Defensoría, en cuanto el artículo 30, numeral 5º, es la única disposición que desarrolla el último inciso del artículo 127 constitucional y al desarrollarlo lo repite literalmente. A pesar de que la afirmación de la omisión legislativa es realizada de manera genérica por la Defensoría, la entidad centra su preocupación en el aspecto relativo al uso de los medios de transporte y viáticos cuando el desplazamiento para el cumplimiento de sus funciones coincida con el lugar del desarrollo de la campaña. Por tal motivo, pide la Defensoría se incluya dentro del numeral 5 del artículo 30 la prohibición de utilizar los recursos de transporte y viáticos previstos para el desarrollo de sus funciones públicas en actividades proselitistas de la campaña presidencial.

La Corte comparte las preocupaciones de la Defensoría y la Procuraduría General. En efecto, el grado de indeterminación de la expresión propios de sus funciones permite, contrariando el propósito de la presente ley, que el Presidente-candidato cuente con más medios que los otros candidatos para el desarrollo de su campaña electoral.

Así las cosas, el Presidente sólo podrá usar los bienes propios de sus funciones para actividades oficiales. En esa medida, por ejemplo, no se podrá usar la Casa de Nariño como sede de campaña política, ni emplear el avión presidencial para su desplazamiento cuando éste conlleve el despliegue de la campaña.

Declarada la inexecutable sobre la expresión los propios de sus funciones y, la norma queda circunscrita a bienes destinados para la seguridad personal del candidato presidente, lo cual es razonable y no genera desequilibrio en relación con los otros candidatos. Ahora bien, la limitación del uso de los bienes propios de sus funciones sólo será aplicable cuando el Presidente esté actuando como candidato, mas no cuando únicamente esté ejerciendo las funciones constitucionales de Presidente.

Por último, es de precisar que las prohibiciones señaladas para el Presidente y el Vicepresidente durante la campaña presidencial serán aplicables desde que éstos manifiesten el interés previsto en el artículo 9º de la presente ley.

En consecuencia, el artículo 30 será declarado exequible bajo el entendido de que las prohibiciones se hacen efectivas para el Presidente o el Vicepresidente de la República desde que manifiesten el interés consagrado en el artículo 9º, a excepción de las expresiones "excepto en situaciones que hagan referencia a asuntos de seguridad nacional, seguridad de los candidatos o sus campañas políticas, soberanía, emergencias o desastres" contenida en el numeral 3º y la expresión "los propios de sus funciones y" incluida en el numeral 5º, las cuales se declararán inexecutable

¹³ Muy distinto de los artículos siguientes, en los que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ha interpretado que el resto de condiciones y prohibiciones si se extienden a todo tipo de elecciones y todo tipo de servidores públicos: "... En este orden de ideas, la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley—incluido el de Presidente de la República—; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del párrafo del artículo 38.

En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el párrafo del artículo 38. El hecho de que los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2.005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el periodo que precede las elecciones presidenciales, mientras que el párrafo del artículo 38 *ibidem*, abarca un periodo preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el artículo 33 consagra para las

Cosa distinta es la relativa a los principios éticos que tiene implícita la moralidad administrativa y sobre la cual, volveremos más adelante.

2.5.1.4. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

Al tratarse del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, no se exige calidad especial alguna para acceder a la administración de justicia y dado que el accionante se encuentra actuando en representación de la colectividad, y por ende no se predica la titularidad de los derechos en cabeza de una sola persona, sino que son colectivos o difusos.

2.5.1.5. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

La parte demandante solicita se adopte la medida cautelar, con ocasión a presuntas intervenciones políticas realizadas por el presidente de la República en diversos medios de comunicación, en las que concretamente se refiere a los candidatos presidenciales y sus campañas o programas de gobierno, y particularmente en contra del candidato Gustavo Petro y a favor del candidato Federico Gutiérrez.

Para respaldar sus argumentos, remite los siguientes videos, notas periodísticas y/o entrevistas en los medios de comunicación:

1. *“Por qué se quieren mantener al margen la pregunta de Duque a la postura de candidatos sobre situación en Ucrania”*, en la emisora nacional La FM, de fecha 28 de febrero de 2022. Periodista: Erika Villanueva. Enlace: <https://www.lafm.com.co/politica/porque-se-quieren-mantener-al-margen-la-pregunta-de-duque-la-postura-de-candidatos-sobre> Audio de 44:02 minutos

Allí se lleva a cabo la entrevista en la que se destaca:

Periodista: *“(…) No hay manera de no relacionar lo que ocurre en Ucrania con todo el ambiente político que se está dando también en Colombia, hay una declaración muy reciente (…) del precandidato Federico Gutiérrez que dice que Petro es el Putin colombiano, ¿hay alguna ideología, algún movimiento político, algún candidato incluso, en su opinión, señor presidente, que lleve o que tenga los intereses de Putin en Colombia?*

Presidente: *“Hay candidatos que tienen una cercanía de años con el régimen de Chávez y de Maduro, y han sido justificatorios de lo que pasa frente a las atrocidades de este régimen y obviamente han (…) tratado de*

prohibiciones y restricciones de los artículos 32 y 33, a las prohibiciones del artículo 38 parágrafo, pues no sólo se refiere a dos postulados de conducta diferentes, sino que se trata de normas de carácter negativo cuya interpretación es restrictiva; y además no puede olvidarse que el legislador en el artículo 32 de la ley en comento, expresamente extendió la excepción a las restricciones contenidas en el artículo 33, únicamente para los casos de prohibición enunciados por dicho artículo 32..” CE., Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1720 del 17 de febrero de 2006 y concepto No. 2011 de 10 junio de 2010, MP. William Zambrano Cetina.

mantenerse al margen de esta discusión sobre la invasión a Ucrania y han tratado de minimizar esa situación (...). Estamos frente a un tema donde el mundo no puede quedarse callado y quien aspire a dirigir los destinos de nuestra nación (...) no puede ser indiferente a una agresión de esa vileza (...)

“Que haya posturas (...) claras con estos hechos, pues es lo mínimo que se espera de quien quiera regir los destinos de Colombia. (...) Por qué para algunos estos son temas de indiferencia o por qué se quieren mantener al margen, será que no quieren incomodar a algunos o no quieren poner bravos a los rusos.”

2. *“¿Indirecta a Petro? Duque rechazó que candidatos hagan silencio sobre Rusia”, en: El Tiempo, de fecha 28 de febrero de 2022. Enlace: <https://www.eltiempo.com/politica/gobierno/duque-rechazo-que-candidatos-hagan-silencio-sobre-el-tema-rusia-ucrania-654929> Nota escrita.*

En esta, el medio de comunicación hace referencia a las declaraciones referidas en el ítem anterior, es decir, en la entrevista dada a La FM, y sobre sus declaraciones refiere:

“Algunas personas tomaron el mensaje como una indirecta hacia el precandidato del Pacto Histórico, Gustavo Petro, quien aseguró cuando le preguntaron por la guerra entre ambos países que en este momento lo “que tenemos que dedicarnos es a Colombia”.

“¡Qué Ucrania, ni qué ocho cuartos! Tenemos que dedicarnos es aquí a Colombia, cómo nos salvamos nosotros mismos”, precisó el exalcalde de Bogotá. (...)

El líder de Colombia Humana fue enfático al precisar que “no vamos a poder ayudar ni a Rusia ni a Ucrania ni a Estados Unidos, tenemos es que ayudarnos es nosotros, que estamos metidos en otra guerra y en un problema de hambre, como para ir ahora a matar jóvenes colombianos en los campos de Ucrania”.

Petro, quien en algún momento de su trayectoria política dijo tener simpatía con algunas de las políticas de Hugo Chávez en Venezuela, se volvió a pronunciar respecto al tema después de que, recientemente, se anunciaran los diálogos entre Rusia y Ucrania.”

3. *“Cuidado con los que proponen acabar el Icetex, eso es populismo”: ¿Pulla de Duque a Petro”, en: Semana, de fecha 30 de marzo de 2022. Enlace: <https://www.semana.com/nacion/articulo/cuidado-con-los-que-proponen-acabar-el-icetex-eso-es-populismo-pulla-de-duque-a-petro/202214/> Nota escrita.*

Considera el medio de comunicación que el presidente *“habría lanzado una fuerte pulla en contra del candidato del Pacto Histórico Gustavo Petro, en*

respuesta a la propuesta que este último lanzó sobre el Icetex y condonar las deudas que los jóvenes tienen a través de ese sistema de financiación.”

Además, expone las palabras textuales del presidente en la red social Twitter en donde afirmó que *“Mucho cuidado con quienes proponen acabar el @ICETEX, diciendo que se cancelan las deudas, es decir, \$9 billones ¿qué pasa con los que están en el programa?” ¿los dejan afuera? Esto arruinaría el sistema de financiamiento educativo. Eso es populismo.”* Cuenta: IvanDuque 3:30 p.m. 30 marzo de 2022.

Y que además agregó *“Mucho cuidado con los que proponen acabar el Icetex y que dicen ahí se cancelan todas la deudas. ¿Qué pasa con los que están en el programa, los dejan afuera? Y ¿qué pasa cuando no haya a quién más prestar el recurso?”.*

Y refiere puntualmente el medio de comunicación:

“A su vez, lanzó (Iván Duque) una advertencia a la sociedad en su discurso: “Eso es populismo señores, los que proponen eso están proponiendo la ruina del sistema de financiamiento educativo. Los que no están en la gratuidad deben tener las herramientas financiamiento”.

A renglón seguido, esta semana Petro volvió a insistir en la necesidad de condonar las deudas a los beneficiarios del Icetex, una polémica propuesta que también ha venido repitiendo el candidato Rodolfo Hernández y que pone a más de uno a pensar de dónde saldrían los recursos económicos para financiar los 3,6 billones de pesos aproximados que equivalen las acreencias.”

4. *“Condonar la deuda del Icetex y otras propuestas de Gustavo Petro que ha criticado Iván Duque”,* en Infobae, de fecha 30 de marzo de 2022. Enlace: <https://www.infobae.com/america/colombia/2022/03/30/condonar-la-deuda-del-icetex-y-otras-propuestas-de-gustavo-petro-que-ha-criticado-ivan-duque/> Nota escrita.

El medio de comunicación afirma que *“El presidente de Colombia ha mostrado una posición política frente a las propuestas del candidato del Pacto Histórico, lo que le podría ganar una investigación por participación en política. (...)”*

Además señala puntualmente:

“El presidente de la República, Iván Duque, se refirió una vez más a una de las propuestas que realizó el candidato del Pacto Histórico, Gustavo Petro, en su campaña para llegar a la Casa de Nariño. Si bien el mandatario no ha mencionado el nombre del también senador, es importante recordar que los funcionarios públicos no tienen permitido participar en el debate político electoral, y la Procuraduría General de la Nación puede investigarlos por esta participación indebida.

En esta ocasión el tema a discutir fue alrededor del Icetex. El pasado martes, Gustavo Petro participó en un debate presidencial en la Universidad Externado de Colombia y aseguró que la deuda de la entidad financiera del estado “hay que condonarla” y replantearía el programa para enfocarlo en créditos para estudiar en el exterior. (...)

Ante la propuesta, el primer mandatario aseguró que es una idea “populista” en un evento que realizó en Casanare para hablar de los logros de educación en el departamento. “Mucho cuidado con los que ahora proponen acabar el Icetex y que dicen que ahí se cancelan todas las deudas, es decir, 9 billones”, afirmó Duque y cuestionó qué pasaría con los que actualmente están en el programa: “¿Los dejan afuera? ¿Qué pasa cuando ya no haya a quién prestarle el recurso?”. (...)

Gustavo Petro le explicó cómo sería la reforma pensional para garantizarle la pensión a toda la población: “En lugar de tener fondos privados de pensiones, con cotizaciones para ahorro individual mal administradas al 30 % que cobran en un banco, usted manda esa plata a un fondo público: Colpensiones. Con esa plata se paga inmediatamente las actuales pensiones que hoy está pagando el Estado”.

Ante la propuesta, el presidente Iván Duque señaló que la propuesta tiene graves consecuencias para el país que resultaría en acabar con el sistema o fondos privados. “Hablar de quitarles esos recursos a los fondos es una expropiación, es un ‘corralito’ como vimos ya en América Latina y quitarles esa plata de bolsillo para financiar demagogia”, indicó el jefe de Estado.

Duque también indicó que “destruir” los fondos de pensión afectaría la financiación de obras clave de infraestructura en el país, las cuales, de acuerdo con el Gobierno nacional, han sido un potencializador para la reactivación económica.

A finales de febrero, Petro mostró su preocupación ante el panorama nacional respecto al hambre y reveló cuál sería su primer decreto presidencial: declarar una emergencia económica en Colombia. El objetivo de esta propuesta sería llevar alimento a la población vulnerable que se encuentra en zonas apartadas o flageladas por la misma inequidad.

“Los alimentos están en el supermercado, pero la gente no puede comprarlos y por eso estamos al borde de una hambruna. ¿Cómo se soluciona?, en el corto plazo, a día en el primer día de gobierno, un decreto de emergencia económica”, explicó el candidato del Pacto Histórico. Incluso, le recomendó a Duque declararla antes de que se acabe su mandato presidencial.

Por su parte, el primer mandatario fue enfático en que la idea del aspirante del Pacto Histórico es “populista y demagógica”. Duque señaló en una entrevista en Blu Radio que, “las declaratorias económicas no acaban con el hambre y si eso fuera así el hambre se hubiera acabado hace mucho rato”.

Además, el jefe de Estado les pidió a los colombianos “tener cuidado” con ese tipo de iniciativas y aseguró que el próximo Gobierno debería enfocarse en iniciativas basadas en estructuras que no solo beneficien a la economía colombiana, sino que contribuyan a acabar con el hambre.”

5. *“Duque aseguró que se tiene que derrotar el autoritarismo de las “tres P”, en: Redacción digital CM& del 17 de marzo de 2022. Enlace: <https://noticias.canal1.com.co/nacional/duque-aseguro-que-se-tiene-que-derrotar-el-autoritarismo-de-las-tres-p/> Nota escrita.*

El medio de comunicación afirmó que *“El presidente Iván Duque compartió una “reflexión” este jueves donde resaltó que “tenemos que derrotar el autoritarismo de las ‘tres P’.”*, cuyo contexto expuso así:

“El jefe de Estado intervino este jueves en la Asamblea de Afiliados de ProAntioquia, que se llevó a cabo en Medellín, en el cual, Duque realizó un balance de su Gobierno y destacó algunos logros alcanzados durante su cuatrienio que finaliza el próximo 7 de agosto. (...)

Sin embargo, durante su discurso llamó la atención cuando se refirió a “que se debe derrotar las autócratas tres P”.

“Moisés Naím en su último libro habla de los autócratas ‘tres P’. Autócratas que se rigen por 3 palabras que empiezan por P, como empiezan muchas otras cosas”, dijo Duque, haciendo referencia a la “posverdad, populismo y polarización”.

El mandatario inició con la “posverdad”, la cual hace referencia a sembrar en la sociedad “el negativismo, la desconfianza, la duda, la deslegitimación”.

“No crean, autócratas ‘tres P’ existen de todo tipo y en todo lugar. En gobiernos nacionales y también en gobiernos regionales, que quieren deslegitimar más cosas que se han construido y que quieren además utilizar falacias para generar ardentía y resentimiento”, dijo. (...)

“Pero esos autócratas ‘tres P’ que utilizan el populismo, son los que se atreven a decirle a la gente que le van a quitar el ahorro de toda una vida en un fondo de pensión para volverlo plata de rapiña para poder cabalgar en aspiraciones y en repartijas”, agregó. (...).”

6. *“Mucho cuidado con la otra P”: Duque dice que la democracia está en riesgo”, en Caracol Radio, 8 de abril de 2022. Periodista: Sebastián Cortés. Disponible en: https://caracol.com.co/radio/2022/04/08/politica/1649444576_016008.html Nota escrita.*

En esta se hace referencia al discurso del presidente en torno al populismo, la posverdad y la polarización.

Concretamente se señala:

“Durante su intervención en la Clausura del Congreso Nacional de Municipios, el presidente Iván Duque aseguró que la democracia está en riesgo, no solo en Colombia sino a nivel mundial, por cuenta de los discursos populistas y las soluciones irreales.

“La democracia está amenazada. En Colombia, y en el mundo entero. En su último libro, Moisés Naím habla sobre las ‘3 P’: Posverdad, Populismo y Polarización”, dijo el presidente. (...)

En medio de su discurso en la ciudad de Cartagena, el mandatario indicó que “hay que tener mucho cuidado con la otra P... con la P de populismo. Le dicen a la ciudadanía: pan para hoy, pan para todos, cuando lo que están incubando es hambre para mañana. Le venden a la sociedad soluciones facilistas, los mismos discursos fallidos de otros lugares”. (...)

Finalmente, Duque advirtió: “Mucho cuidado con ese populismo, y mucho cuidado con la otra P, de la Polarización, porque esa es la que busca destruir, confrontar; quieren trabajar siempre sobre las cenizas. Y esas son las hipocresías que también hemos visto en Latinoamérica”.

Previo a su asistencia al Congreso de Municipios, donde también instó a los alcaldes a “enfrentar el populismo con un real futurismo”, Duque estuvo en la Cumbre de Policías de América, en su XIII edición. Desde allí, destacó la importancia del ESMAD y criticó a quienes han propuesto desmontarlo.”

7. *“Las indirectas de Iván Duque a las propuestas de Petro”, en El Espectador del 9 de abril de 2022. Enlace: <https://www.elespectador.com/politica/elecciones-colombia-2022/en-video-las-indirectas-de-ivan-duque-a-las-propuestas-de-petro/> Nota escrita.*

El contenido de la nota periodística sostiene que el presidente lanzó varias pullas en contra de la propuesta minera del candidato del Pacto Histórico, así:

“En su discurso en Boyacá, el primer mandatario lanzó varias pullas en contra de la propuesta minera del candidato del Pacto Histórico, que ha señalado en su plan de gobierno que le pondría un coto a la minería a cielo abierto y revisaría las concesiones. (...)”

Allí se pone de presente un video de 2.28 minutos en el que se expone el discurso de presidente sobre la minería y “las tres P” dado en Boyacá, y se concluye afirmando que “Con esta intervención, ya son cuatro las veces en las que el presidente Iván Duque habla en contra de las ideas del candidato que lidera las encuestas. La primera vez fue para cuestionar la propuesta pensional, la segunda se refirió a los planes con Petro con Ictetex y la tercera nuevamente fue para hablar del tema pensional.”

Finalmente, el demandante allega un documento el 12 de mayo de 2022, en el que afirma que presenta un video, sin embargo, dicho archivo no se puede visualizar ni reproducir.

Ahora bien, para establecer si las pruebas reseñadas permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, es necesario hacer referencia al derecho colectivo invocado, esto es la moralidad administrativa, la jefatura de Estado y la libertad de expresión conforme los supuestos del caso concreto, y en ese marco analizar si se acredita o no una vulneración a ese derecho colectivo con las intervenciones presidenciales que se ponen de presente como fundamento a la medida cautelar.

La moralidad administrativa

Frente a la moralidad administrativa como derecho colectivo, es preciso señalar que en los antecedentes de la Ley 472 de 1998, se precisó como derecho colectivo el de “*la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos*”; y se dio como definición que “*Se entenderá por moralidad, administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario*”¹⁴.

Sin embargo, su contenido no se limita a la prevención y combate de cualquier acto de corrupción, por cuanto posee una doble connotación constitucional, por una parte, como derecho colectivo - artículo 88- y por otra como principio rector de la administración - artículo 209-. En ese sentido, es un derecho colectivo que abarca conceptos en el campo no solo axiológico, sino también político, social y jurídico, de donde se desprende que permea todas las actuaciones del Estado y por ende conlleva a una aplicación directa, sin que sea necesario supeditarla a la existencia de una definición o limitación normativa y bajo ese alcance, el juez debe propender por dotarla de eficacia material y así garantizar su protección en todas las esferas de la función administrativa.

Al respecto el Consejo de Estado ha señalado:

“La moralidad administrativa, entendida como concepto jurídico indeterminado - o norma en blanco - implica que, para establecer y determinar su contenido y alcance, debe ser integrada por el operador judicial, en cada caso concreto, de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada.

Lo anterior, como quiera que dada la textura abierta que ostenta la misma, su interpretación debe efectuarse con base en el contenido axiológico, político e ideológico del operador judicial (sic) que esté encargado de su aplicación.

*En efecto, **la moralidad administrativa**, como tantas veces se ha reiterado por la jurisprudencia y la doctrina, para el caso del ordenamiento jurídico colombiano, **presenta dos diferentes rangos normativos: i) como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.) y, ii) como derecho de naturaleza colectiva (art. 88 C.P.).** **1) Como principio de la función administrativa, debe entenderse como aquél parámetro normativo de conducta ética que radica, en cabeza de todos***

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2004, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Exp. 25000-23-25-000-2001-90550-01(AP).

los funcionarios, servidores públicos y particulares que ejercen función administrativa, una obligación axiológica y deontológica de comportamiento funcional según los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe, primacía del interés general y honestidad, sobre las cuales existe un consenso, por parte del conglomerado social, en un período de tiempo determinado.

En ese sentido, para la Sala es claro que no toda ilegalidad supone una inmoralidad y, en esa misma relación lógica, no toda inmoralidad presupone, necesariamente, una ilegalidad; en efecto, dada la connotación y estructura del principio bajo estudio, se tiene que su amplitud normativa permite inferir, con grado de certeza, que no toda conducta que trasgreda el mismo deba, necesariamente, tacharse de ilegal - en el sentido de vulneración de un precepto de dicho orden-. Es posible, por lo tanto, que ciertas acciones desconozcan fundamentos éticos o morales - en términos de la función administrativa-, pero no necesariamente constituyan el quebrantamiento de una disposición de rango legal.

En ese contexto, para la Sala resulta válido afirmar que es posible que el operador judicial encuentre probado un desafuero en relación con los parámetros del principio de la moralidad administrativa, sin que, previamente, tenga que verificarse la violación a una norma legal positiva. En ese orden de ideas, la Sala concluye que el concepto de moralidad administrativa, como principio de la función administrativa, desborda necesariamente, por su textura conceptual, el marco de lo legal y lo ilegal.

II) Ahora bien, la moralidad administrativa entendida como derecho colectivo se erige como uno de los grandes logros obtenidos con la transformación del Estado Liberal y del Estado de Bienestar de siglo XIX, en la fórmula político - jurídica Social y Democrático de Derecho, en la medida que implica un cambio de concepción política en torno al nuevo centro de legitimidad del poder público, en tanto se abandona la idea del principio de legalidad como principal y único instrumento de legitimidad para, en su lugar, aceptar una serie de derechos no sólo de rango fundamental sobre los cuales se basamenta y estructura la organización estatal. En esa medida, el nuevo catálogo de derechos de diversas generaciones se yergue como el principal derrotero a través del cual debe ejercerse el poder público.

En esa perspectiva, la moralidad administrativa se radica en cabeza de todos y cada uno de los miembros del conglomerado social. Así las cosas, como lo reconoce Tugendhat, el sustrato de los derechos no puede ser el principio de libertad e igualdad, sino el de necesidad, dado que no todos los individuos actúan de forma autónoma y autosuficiente en la reclamación de la protección de sus derechos subjetivos (fundamentales), sociales, o colectivos. Por consiguiente, la positivización que hace la Carta Política en relación con el derecho colectivo a la moralidad administrativa, es el reconocimiento expreso que se otorga a todos los miembros de la población para que, soliciten el respeto por los parámetros culturales, morales y éticos hegemónicos que se comparten y son aceptados - en un juicio de universalidad (imperativo categórico), en términos Kantianos - por la comunidad.

En esa medida, es válido afirmar que el derecho bajo estudio no sólo se estructura bajo el esquema clásico de un derecho subjetivo - de abstención- o de carácter social -prestacional-, sino que su naturaleza y fundamento son especiales y claramente diferenciables de lo que se ha definido doctrinalmente como derechos netamente subjetivos (dentro de los cuales encontraríamos a los fundamentales cimentados sobre los principios de libertad e igualdad) , y los denominados derechos sociales - que si bien parten del esquema de un derecho subjetivo, se reconoce en ellos un ingrediente adicional como lo es la posibilidad

de solicitar una acción positiva por parte del aparato estatal- . Así las cosas, el derecho colectivo a la moralidad administrativa supone una visión bifronte o dual, respecto a la formulación y en relación con los efectos que produce su eventual amenaza o vulneración, en tanto que, como derecho o interés colectivo, su protección puede ser deprecada en términos negativos (abstinencia de ciertas conductas), o en positivos (la realización material de un determinado acto o hecho).”¹⁵ (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

En efecto, la moralidad administrativa se manifiesta en el ejercicio de la función administrativa y para hablarse de su vulneración debe transgredirse el ordenamiento jurídico, acreditarse la mala fe de la administración y consolidarse como una desnaturalización de la función ejecutada que generalmente desemboca en la satisfacción de interés particulares sobre el interés general.

Ahora bien, no toda irregularidad administrativa o incumplimiento a la normatividad que regule determinado procedimiento o actuación implica *per se* una violación a la moralidad administrativa, ya que para ello se requiere la consolidación de unos presupuestos y principalmente que exista un propósito o finalidad contraria a los propósitos de cada institución o entidad, así como a los presupuestos previstos en los artículos 1 y 209 constitucionales.

De este modo, como presupuestos para determinar que se ha afectado o vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa se ha establecido jurisprudencialmente que se debe acreditar i) la existencia de unos bienes jurídicos afectados con la conducta de quien ejerce la función administrativa; ii) una forma clara de afectación y iii) la existencia de una reacción jurídica necesaria frente a la lesión¹⁶.

Adicionalmente, el juicio de moralidad administrativa implica un razonamiento objetivo por parte del fallador y con respeto por las normas establecidas y el principio de legalidad, toda vez que éste conlleva una valoración de la vulneración al derecho colectivo desde un doble contenido, el moral y el jurídico de la norma, para lo cual las normas se constituyen en un elemento objetivo al definir la correspondiente amenaza o vulneración y de ahí el carácter normativo de jerarquía superior que se le ha dado al concepto de moralidad administrativa.

Concretamente el Consejo de Estado precisó:

“En los criterios jurisprudenciales reseñados es fácil advertir consenso en torno a i) la naturaleza dual de la moralidad como principio y derecho de rango constitucional; ii) el carácter normativo de jerarquía superior de este concepto jurídico; iii) la necesidad de integrar sistemáticamente su contenido a partir de principios, valores y normas que integran el ordenamiento, iv) que su positivización está orientada a controlar eficazmente que las actuaciones de las autoridades públicas se enderecen en cada caso concreto al cumplimiento de los fines estatales y v) a que el juicio de moralidad se adecúe con rigor a las circunstancias particulares del caso, a partir de criterios objetivos, ajenos a las nociones morales o éticas del juez.”¹⁷

En ese orden de ideas, la moralidad administrativa no sólo implica materializar de

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2011, C.P. Enrique Gil Botero, Exp. 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP).

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 2004-992-01

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 2014, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo, Exp. 25000-23-15-000-2010-02404-01(AP)

forma efectiva la ley, sino también conlleva lograr la prevalencia de las normas, principios y valores constitucionales en todas las actuaciones de la administración, pues como principio rector de todas ellas, es una herramienta para lograr la consecución de los fines de la organización política y permite adecuar esos actos al cumplimiento de los fines y deberes de la organización política, con el fin de lograr esa eficacia material de los valores y principios rectores que rigen a la sociedad, organizados jurídica y políticamente por una Constitución Nacional.

En suma, la moralidad administrativa en la actualidad constituye una de las herramientas por excelencia que permiten lograr el cumplimiento más que de las normas y exigencias de la legalidad de su contenido axiológico, materializar los valores y principios que hacen parte esencial de la sociedad y que propenden por un adecuado obrar de la administración y la efectiva realización de los fines del Estado.

Finalmente cabe observar que la acreditación de la mala fe cuando se trata de la moralidad administrativa, no se pone de presente con un carácter excluyente frente a los demás elementos que deben establecerse para considerarse que ha ocurrido una vulneración o afectación a ese derecho colectivo. Es decir, si bien es un factor importante al momento de analizar la actuación de la administración en el ejercicio de sus funciones administrativas, lo cierto es que no es el único presupuesto que debe observarse para considerar que existe una efectiva vulneración a la moralidad administrativa, como quiera que comprende muchos otros elementos que también pueden acreditarlo, como los señalados *ut supra*.

De este modo, la moralidad aunque no tiene una definición expresa y concreta en el ordenamiento jurídico, la Ley 1437 de 2011 pretendió darle un contenido más específico cuando en su artículo 3, dispuso: “*en virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas*”, razón por la que ha sido la jurisprudencia la que ha precisado los alcances del concepto de moralidad administrativa.

Y como principio, la moralidad administrativa orienta no solo las políticas de las autoridades administrativas y su ejecución, sino también las actuaciones de quienes ejercen función pública, pues es allí donde se materializan los valores y preceptos fundamentales que rigen el Estado Social y Democrático de Derecho.

La Jefatura de Estado.

Ahora bien, a partir de la Constitución de 1991, resultado de un importante estallido social y la convergencia de diversas voluntades políticas Colombia se erigió como un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales.

Tal y como lo señala el profesor francés Georges Burdeau el Estado Unitario “*es el que sólo posee un centro de impulsión política y gubernamental. El poder público en la totalidad de sus atributos y funciones cuenta en él con único título, que es la persona jurídica Estado. Todos los individuos colocados bajo su soberanía*

obedecen una misma y única autoridad, viven debajo el mismo régimen constitucional y están regidos por las mismas leyes”¹⁸

Desde la formación de Estado moderno, se ha considerado que en el régimen presidencial convergen dos calidades en la misma persona, esto es, el de jefe de gobierno y el de jefe de Estado, siendo este último la máxima representación de la unidad nacional y su representación no implica una opción partidista o de políticas parcializadas, como si lo es el jefe de gobierno, que representa una opción que fue elegida por mayoría.

A diferencia del régimen parlamentario, donde estas calidades se representan en dos personas diferentes, por un lado, un jefe de gobierno (primer ministro), elegido por el partido mayoritario en el parlamento, es decir, quien realiza los actos propios de gobernar; y de otro lado, un jefe de Estado (rey o reina) que refleja la cohesión nacional y es símbolo de unidad y con funciones que no son propiamente las de ordenar.

De este modo, el jefe de Estado debe mediar entre aquellos partidos o fuerzas políticas que se enfrentan o que se exponen en un escenario político, dada su connotación de unión¹⁹, y en un contexto electoral, debe propender por mediar y tener una posición imparcial y neutral entre quienes acuden a esa contienda, y no atizar o agudizar las diferentes posturas, pues debe consolidarse como integrador y no como extremo partidista, característica del jefe de gobierno.

En otras palabras, se ha reconocido que el jefe de Estado “(...) *En términos generales (...) no ejerce facultades de naturaleza política (...) El jefe de estado queda sustraído a las tensiones agonistas del poder y la lucha de los partidos, colocándose por encima de las pugnas cotidianas de la política. Su función consiste en mantener el equilibrio y aguardar una relación de neutralidad con relación a todas las fuerzas políticas (...) Otro aspecto relevante es la relación del Jefe de Estado con algún partido político en particular. Mientras que es más razonable que el jefe de gobierno tenga una relación directa, incluso de liderazgo, con un partido, en el caso del Jefe de Estado es deseable, y así ocurre de manera general, que no practique la militancia política de partido. (...) La naturaleza de los jefes de Estado ha hecho que entre ellos y los partidos se establezcan relaciones de equilibrio y no de antagonismo. Su neutralidad política corresponde al poder de reserva a que alude Zippelius, y que convierte al jefe de Estado en un factor de estabilidad dentro del sistema constitucional.*”²⁰ (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En Colombia, el presidente desarrolla las funciones formales y materiales del poder, es decir, en una sola persona convergen ambas jefaturas, por lo que el gobierno forma parte del Estado, y en esa medida, gobernar implica un ejercicio de poder que complementa la representación con la responsabilidad política e impone el deber de mandar conforme lo dispone la Constitución Política.

¹⁸ Burdeau, Georges. Derecho Constitucional e instituciones políticas, Madrid, Editora Nacional, 1981.

¹⁹ Uprimny, Rodrigo, columna El Espectador, 24 de abril de 2022. “Elecciones sin jefe de Estado” <https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/rodrigo-uprimny/elecciones-sin-jefe-de-estado/>

²⁰ Valadés, Diego. El gobierno de gabinete y los gobiernos de coalición. Tercera Edición. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Ciudad de México, 2022. Capítulo Primero, Págs. 7 – 28.

De este modo, la figura del presidente, como **jefe de Estado**, representa no solo la unidad nacional, sino también el reflejo de las garantías democráticas y el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, por lo que, una vez es elegido presidente, y ante el escenario de una jornada electoral constitucionalmente prevista, este no puede intervenir, interferir u opinar sobre las candidaturas presidenciales que se postulen, pues su imparcialidad y neutralidad, es lo que debe primar como reflejo del cumplimiento de los postulados democráticos establecidos en la Constitución que aseguró cumplir y proteger al realizar su juramento y posesión para ostentar dicha investidura.

En el caso concreto, se trata de las actuaciones desplegadas por el presidente de la República, Iván Duque Márquez, quien ostentando esa calidad especial y única de connotación nacional, tal y como lo dispone el artículo 188 de la Constitución Política 1991, al señalar que la figura del presidente de la República simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos y por ende, también es el jefe del estado, jefe del gobierno y suprema autoridad administrativa.

En ese orden de ideas, es a él a quien le corresponde, dirigir las relaciones internacionales, la diplomacia, a la fuerza pública y disponer de ella como comandante supremo de las Fuerzas Armadas, nombrar el ministros y directores de departamentos administrativos, sancionar leyes, la ejecución presupuestal y en sí definir las políticas de Estado.

En su tenor literal el artículo 189 de la Carta Política dispone que las funciones correspondientes al presidente son las siguientes:

“Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

- 1. Nombrar y separar libremente a los Ministros del Despacho y a los Directores de Departamentos Administrativos.*
- 2. Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.*
- 3. Dirigir la fuerza pública y disponer de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República.*
- 4. Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado.*
- 5. Dirigir las operaciones de guerra cuando lo estime conveniente.*
- 6. Proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio; declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerla sin tal autorización para repeler una agresión extranjera; y convenir y ratificar los tratados de paz, de todo lo cual dará cuenta inmediata al Congreso.*

7. *Permitir, en receso del Senado, previo dictamen del Consejo de Estado, el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República.*
8. *Instalar y clausurar las sesiones del Congreso en cada legislatura.*
9. *Sancionar las leyes.*
10. *Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento.*
11. *Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.*
12. *Presentar un informe al Congreso, al iniciarse cada legislatura, sobre los actos de la Administración, sobre la ejecución de los planes y programas de desarrollo económico y social, y sobre los proyectos que el Gobierno se proponga adelantar durante la vigencia de la nueva legislatura.*
13. *Nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley. En todo caso, el Gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes.*
14. *Crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos. El Gobierno no podrá crear, con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.*
15. *Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley.*
16. *Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley.*
17. *Distribuir los negocios según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos.*
18. *Conceder permiso a los empleados públicos nacionales que lo soliciten, para aceptar, con carácter temporal, cargos o mercedes de gobiernos extranjeros.*
19. *Conferir grados a los miembros de la fuerza pública y someter para aprobación del Senado los que correspondan de acuerdo con el artículo 173.*
20. *Velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes.*
21. *Ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley.*
22. *Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos.*
23. *Celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y la ley.*
24. *Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades*

mercantiles.

25. Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley.

26. Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores.

27. Conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la ley.

28. Expedir cartas de naturalización, conforme a la ley.”

Así las cosas, es claro que en Colombia el presidente no solo es el eje central de la Rama Ejecutiva, sino que sin duda alguna, posee legitimidad para desarrollar su rol como líder y representante de la unidad nacional al ser electo mediante voto popular, confluyendo en él, la jefatura de Estado, que en otros regímenes se encuentra en cabeza de otra autoridad, como el rey o el presidente, distinto al primer ministro, precisamente para preservar y simbolizar la unidad de la nación, que se vuelve muy importante en tiempos de crisis, para mantener la cohesión y el tránsito pacífico entre un gobierno y otro.

Empero en el régimen presidencial o presidencialista, la figura de la presidente, tiene unas connotaciones que la Corte Constitucional ha precisado, de la siguiente manera:

(...) Desde la ciencia política es un lugar común concluir que en los regímenes presidenciales o presidencialistas, en contraposición con los parlamentarios, el presidente adquiere un alto peso específico, que hace al sistema político vulnerable en términos de concentración de poder. Esta consecuencia se deriva de, al menos, tres tipos de circunstancias. La primera, relacionada con el hecho que tanto el Congreso como el Presidente tienen origen democrático representativo directo, lo que implica que la permanencia del mandatario no dependa en modo alguno de las decisiones del legislador, salvo de un proceso eventual y generalmente complejo de juicio político. La segunda está vinculada al hecho de que en los regímenes en comento los poderes asignados al Ejecutivo son múltiples, por lo que su limitación a partir del ejercicio político requiere de un sistema de partidos lo suficientemente sólido para garantizar el ejercicio efectivo de la oposición, el cual es escaso en muchas democracias. Así, en aquellos casos en que concurren partidos políticos débiles y sustentados en la misma mayoría que el Presidente, los controles interorgánicos tienden a ser ineficaces. Finalmente, mientras que los congresos tienen una composición política plural y, por lo mismo, facilitan la participación de los grupos minoritarios, el Gobierno del modelo presidencial carece de tales rasgos, por lo cual su acción requiere de controles reforzados a fin de evitar déficits representativos o de protección de los derechos de dichas minorías”²¹

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C 253 de 2017 del 27 de abril de 2011. MP: Gloria Stella Ortiz Delgado

De este modo, la figura del presidente como Jefe de Estado representa no solo la unidad nacional, sino también el reflejo de las garantías democráticas y el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, por lo que en una campaña para definir un nuevo mandatario, no puede intervenir, interferir u opinar sobre las candidaturas presidenciales que se postulan en una jornada electoral, pues su imparcialidad y neutralidad al respecto es lo que debe primar como reflejo del cumplimiento de los postulados democráticos y éticos establecidos en la Constitución que aseguró cumplir y proteger al realizar su juramento y posesión para ostentar dicha investidura.

La libertad de expresión y la Jefatura de Estado en un proceso electoral

Ahora bien, frente a la obligación constitucional de hacer únicamente lo que le está permitido al servidor público, surge la tensión con el derecho a la libre expresión que sigue conservando como ciudadano, esto es, si se mantiene amplio o sufre una restricción por la función y el servicio que presta, derecho que está consagrado en la *Declaración Universal de DDHH (1948)* así:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

*3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo, entraña deberes y responsabilidades especiales. **Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones**, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*

a) asegurar el respeto a los derechos o a la libertad de los demás;

*b) **la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas.**”*

Por su parte, la Convención Americana de DDHH (1969), dispone en su artículo 13, el reconocimiento universal de este derecho:

“Art. 13 Libertad de pensamiento y expresión

*1. Toda persona tiene **derecho** a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de

información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. *Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*
5. *Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”*

Bajo dicha premisa, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 13 y la Declaración Americana de Derechos Humanos en su artículo IV y la Carta Democrática Interamericana en su artículo 4° consagran un conjunto de garantías en relación con la libertad de expresión, investigación, opinión y difusión de pensamiento.

Así pues, el estándar interamericano ha establecido que la libertad de expresión se deriva, entre otras razones, de su importante función en el sistema democrático, siendo justamente el objetivo del artículo 13 de la Convención Americana el fortalecer el funcionamiento de los sistemas democráticos, pluralistas y deliberativos mediante el fomento y protección de la libre circulación de información, ideas y expresiones de toda índole.²²

En consonancia, resulta palmario que la formación de una opinión pública informada y consciente de sus derechos, el control ciudadano sobre la gestión pública y la exigencia de responsabilidad de los funcionarios estatales, dependen de la garantía del derecho de acceso a la información pública y la libertad de expresión; de manera tal, que la función democrática de la libertad de expresión se convierte en una condición necesaria para prevenir el arraigo de sistemas autoritarios, para facilitar la autodeterminación individual y colectiva, así como para hacer operativos los mecanismos de control.

En tal sentido, el Estado tiene la obligación de generar las condiciones para que el debate sea público, esto es, se den los elementos necesarios para que pueda producirse una deliberación pública en materia de políticas públicas, incluidas educación, identidad étnica o cultural, entre otros asuntos que conciernen a todos los ciudadanos y ciudadanas.

Igualmente, se ha precisado que el funcionamiento de la democracia exige el mayor nivel posible de discusión pública sobre el funcionamiento de la sociedad y del Estado en todos sus aspectos, esto es, sobre los asuntos de interés público. En un sistema democrático y pluralista, las acciones y omisiones del Estado, y sus funcionarios, deben sujetarse a un escrutinio riguroso, no sólo por los órganos internos de control, sino también por la prensa y la opinión pública, fomentando la transparencia. De allí, que el adecuado desenvolvimiento de la democracia

²² Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párr. 70; Corte I.D.H Caso Claude Reyes y otros, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C N° 151, párr 85; Corte I.D.H Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C N° 107 párr. 112; Corte I.D.H Caso Ricardo Canese vs Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C N° 111, párr 82; Corte I.D.H Caso Ríos y otros vs Venezuela excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 28 de enero de 2009, serie C N° 194, párr 105; Corte I.D.H Caso Perozo y otros vs Venezuela excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de enero de 2009, serie C N° 195, párr. 116.

requiere la mayor circulación de informes sobre asuntos de interés público, teniendo un margen reducido a cualquier restricción del debate público o de cuestiones de interés público.²³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que la importancia de la discusión sobre asuntos de interés público conduce a la protección reforzada del derecho de acceso a la información bajo control del Estado para que los ciudadanos puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando cumplimiento adecuado a las funciones públicas;²⁴ en particular, en el caso *Tristán Donoso vs Panamá* la Corte Interamericana afirmó que los jueces deben valorar positivamente el debate democrático sobre temas de interés público al estudiar un caso relacionado con la libertad de expresión y sus restricciones,²⁵ en tanto éstas deben incorporar las exigencias justas de una sociedad democrática.²⁶

Bajo esta perspectiva, las *limitaciones* al derecho a la libertad de expresión para estar conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos, de un lado, deben **estar expresamente fijadas por la ley**, y de otro, deben tener como propósito proteger la intimidad, la honra, la dignidad, la reputación y el buen nombre de los demás, y lo atinente a seguridad, salud, **moral pública** u orden público, estos últimos por cuanto se pretende salvaguardar el interés general, pues si se vulnera alguno de esos aspectos, se afecta en conjunto a la sociedad y en general a cada uno de los ciudadanos.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el *sub lite* se plantea el debate del derecho de libertad de expresión que ejerció un servidor público, resulta importante señalar que la misma Corte Constitucional²⁷, teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinó:

*“(…) 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,

²³ Corte I.D.H Caso *Kimel vs Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008; Caso *Claude Reyes y otros vs Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006; Caso *Palamara Iribarne vs Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005; Caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004.

²⁴ Corte I.D.H Caso *Claude Reyes y otros*, sentencia 19 de septiembre de 2006.

²⁵ Corte I.D.H Caso *Tristán Donoso vs Panamá*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2009.

²⁶ CIDH Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV.

²⁷ Sentencia T 155 de 2019 del 4 de abril de 2019. MP: Diana Fajardo Rivera

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:

*“no sólo es legítimo, sino que en ciertas ocasiones es un deber de las autoridades estatales pronunciarse sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, **al hacerlo están sometidos a ciertas limitaciones en cuanto a constatar en forma razonable,** aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones, **y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares, en atención al alto grado de credibilidad de la que gozan y en aras a evitar que los ciudadanos reciban una versión manipulada de los hechos.** Además, deben tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una **posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden llegar a desconocer dichos derechos**”*

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:

*“**si 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”*

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. (...)

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 cobija 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. (...)”

Caso concreto

Ahora bien, descendiendo al caso en concreto, refiere la apodera del accionado que aquel puede en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, manifestar las opiniones sobre la situación actual de país, aun cuando esta no sea de agrado de algunos sectores.

Al respecto, hay que recordar que dicha prerrogativa no es absoluta, tiene limitaciones convencionales, constitucionales y legales, que la jurisprudencia ha ido decantado, que posee un núcleo duro de protección pero una mayor o menor realización según el quién, qué, cómo, dónde, cuándo dice lo que dice, y contra cuales otros derechos o principios entra en colisión o conflicto, lo cual impone el análisis de la calidad del emisor del mensaje, el contenido del mismo y su contexto. Así por ejemplo, al tratarse de una alocución presidencial, resulta evidente la connotación pública que reviste su mensaje, que le dota a su vez de mayor difusión y confianza, al ser el Presidente de la República y reunir además las tres jefaturas administrativas más altas: Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, pero a su vez, sus intervenciones requieren de la más alta medida, prudencia, aplomo y contundencia para mantener la cohesión social, la unidad de la nación y la institucionalidad con mayor rigor en los tiempos de crisis.

Considerando lo anterior, se evidencia que servidor público Iván Duque Márquez, en su calidad de presidente, es decir, en la investidura de jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, ha realizado comentarios y opiniones sobre candidaturas actuales, sino también les ha asignado calificativos concretos, aunque de una manera ambigua frente a ideas o discursos desplegados en campaña a la presidencia 2022-2026, así:

- En su entrevista realizada por La FM (emisora radial) el día 28 de febrero de 2022, al presidente se le cuestiona concretamente sobre los candidatos presidenciales, frente a su posición sobre la situación de Ucrania, y de forma directa, este responde concretamente frente a una afirmación que le ponen de presente respecto al candidato Gustavo Petro, y aunque no responde aduciendo su nombre en particular, sí procede a opinar sobre candidatos en general, e incluso cuestionando su omisión de pronunciarse frente a la situación internacional entre Rusia y Ucrania.
- Independientemente, de las consideraciones dadas por los medios de comunicación frente a las que consideran “indirectas” al candidato del Pacto Histórico, lo que se evidencia del contenido de lo dicho y afirmado por el presidente, frente a una propuesta concreta de Gustavo Petro, y posteriormente replicada por Rodolfo Hernández (según Semana, prueba # 3) relacionada con la condonación de deudas del Icetex, es que, así no mencionen sus nombres, les impone el calificativo de “populismo”, indicando afirmativamente que se trata de “*quienes proponen acabar el*

@ICETEX”, demostrándose que procede a opinar sobre propuestas de los candidatos, reprocharlas y asignarles adjetivos en su cuenta de la red social Twitter, que a la fecha, tiene alrededor de 2.458.813 seguidores²⁸. Esas opiniones, según informa los medios de comunicación, se vieron replicadas en otros escenarios como en Casanare y Boyacá, y en otros medios de comunicación como Blu Radio y CM& (Pruebas #4 y 5).

- Ahora bien, respecto a los calificativos u opiniones que pudiera haber dado a las propuestas de los candidatos relacionadas con el ESMAD, solo se encuentra la afirmación de un medio de comunicación (Prueba 6) indicando que el presidente criticó a quienes han propuesto desmontarlo en el discurso realizado en el *Congreso de Municipios*, no obstante, no se vincula allí prueba de ello, sino solo la opinión del medio de comunicación, por lo que no puede hacerse una valoración de su discurso sin contar con este.

Así pues, se concluye que el señor presidente no se ha limitado a realizar apreciaciones sobre la situación actual nacional o internacional (lo cual estaría dentro de su prerrogativas y obligación como mandatario), sino que ha hecho calificativos particulares respecto de las propuestas que han elevado ciertos candidatos en relación al ESMAD, ICETEX, fondos de pensiones, posturas políticas, entre otras.

En ese contexto, ha de tenerse en cuenta que quien ha realizado las manifestaciones respecto de los candidatos de las próximas contiendas electorales no es un ciudadano del común o un particular, sino Iván Duque Márquez en su calidad de Presidente de la República y servidor público, por ende, **tiene restricciones en su prerrogativa** de comunicar sus opiniones respecto de las calidades de quien podría ser su sucesor, pues como ya se indicó, es el primer líder y magistrado de la nación, por ende, sería una transgresión profunda a la democracia²⁹ en sí misma, permitir que alguien con semejante poder político, como el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno, Suprema Autoridad Administrativa, presente proposiciones a favor, en contra o calificando las propuestas de gobierno de quienes aspiran tener esa investidura y adelantan una batalla de ideas, programas, gestos, sentimientos y emociones para obtener el mayor respaldo popular.

Sin embargo, de las declaraciones por diferentes medios que ha efectuado el presidente de la República que se encuentran en este expediente, no puede inferirse que esté promoviendo, favoreciendo o pidiendo votar a favor de un candidato o campaña política a la presidencia 2022-2026, es decir, que esté rompiendo su imparcialidad como Jefe de Estado para favorecer a un determinado candidato o brindando expresa y abiertamente su apoyo a un candidato (promoción activa, positiva) y de contera, transgreda la moralidad administrativa.

Desde luego, la promoción también puede ser negativa, es decir que su intervención pública, ante o en los medios sea unívoca en estigmatizar a un determinado candidato con el propósito de descalificarlo, de afectar la credibilidad de su programa de gobierno, de minar la confianza del público en sus

²⁸ https://twitter.com/IvanDuque?ref_src=twsrc%5Egoogle%7Ctwcamp%5Eserp%7Ctwgr%5Eauthor

²⁹ Cabe recordar que la historia constitucional de Colombia, da cuenta del valioso sustrato compartido que hace parte de la vida republicana, según el cual, el Presidente de la República es el primer garante de la unidad nacional y la transición pacífica del poder.

ideas, propuestas o persona, para que sus posibilidades de lograr adhesión de las personas que puedan y quieran votar, se reduzcan drásticamente, y por esa vía, también favorecer a otro u otros candidatos.

La dificultad en este escenario radica en que las palabras utilizadas por el primer mandatario, se mueven en una línea entre la afirmación y la insinuación, entre la contundencia de lo dicho pero la ambigüedad del destinatario, entre la sugerencia abierta y la complementación de sentido(s) a cargo del receptor del mensaje, responden a preguntas de periodistas, y se enmarcan en alocuciones con un gran matiz de espontaneidad, por lo que resulta muy forzado desprender un único sentido, la univocidad del acto comunicativo, intencional y su afinamiento en los predios de lo prohibido, porque su paso es fugaz y se devuelve a las sendas de la medida.

Así las cosas, tenemos por un lado que (i) la libertad de expresión del Jefe de Estado se encuentra limitada, no es absoluta; (ii) que su papel en estos momentos tan polarizantes por el nivel desbordado que la campaña por la presidencia de la República ha tomado, requieren que la primera magistratura del país obre con la mayor prudencia para que el juego democrático pueda transcurrir en condiciones de igualdad, transparencia e imparcialidad, sin descuidar las funciones constitucionales asignadas; y (iii) que la moralidad administrativa exige un comportamiento ético del mayor compromiso, se exhortará al señor presidente a continuar obrando con la medida propia que como Jefe de Estado reclaman estos momentos en los que se define la conformación de un nuevo gobierno.

En ese orden de ideas, no se accederá a decretar la medida cautelar solicitada por el demandante ni la de emitir la orden de guardar silencio sobre el proceso de elección del próximo presidente de la República en los términos del artículo 30 de la Ley 996 de 2005, como quiera que esta disposición hace referencia parcialmente al Acto Legislativo 02 de 2004, norma que si bien regula la elección de presidente de la República, no guarda relación con la prohibición que se ha analizado frente al presidente actual, y tampoco se refiere al presidente - candidato (durante la vigencia del Acto Legislativo 02 de 2004), así como tampoco se está cuestionando o analizando el desarrollo de las campañas presidenciales existentes bajo esa normativa.

Finalmente no se aprecia que se cause un perjuicio irremediable en la medida que la conducta del presidente de la República no es sistemática ni pone en peligro la expresión libre de la voluntad popular en el sufragio, la vida y suerte de candidato (s) ni el proceso electoral. En cuanto al juicio de ponderación entre el interés general que representa la búsqueda y realización de la moralidad en toda la actuación del Estado y sus agentes y la imposición de una orden al presidente de la República ante afirmaciones ambiguas, sin lugar a dudas, resulta más benéfico para el interés general, salvaguardar la institucionalidad exhortando a mantener los caminos de la medida y la prudencia.

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la medida cautelar solicitada por la parte demandante.

SEGUNDO. - EXHORTAR al señor presidente de la República Iván Duque Márquez a continuar obrando con la mesura propia que como Jefe de Estado reclaman estos momentos en los que se define la conformación de un nuevo gobierno

TERCERO. - En firme esta providencia ingresar el proceso al despacho para continuar el trámite correspondiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Magistrado

Firmado electrónicamente

Constancia: La presente providencia fue firmada electrónicamente por el Magistrado de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 de CPACA y conserva plena validez, conforme lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 527 de 1999.