

Bogotá D. C., 08 de junio de 2020

Doctora
CAROLINA MARÍA MONCADA ZAPATA
Directora de Asuntos Jurídicos
Fiscalía General de la Nación
E.S.D.

REFERENCIA: Derecho de petición para que el Fiscal General de la Nación se aparte por completo de las investigaciones sobre presuntos delitos electorales en la campaña presidencial de Iván Duque Márquez y se inicie el proceso de designación de un Fiscal General Ad Hoc para el caso.

VIVIAN NEWMAN PONT y GERARDO ANDRÉS HERNÁNDEZ MONTES identificados como aparece al pie de nuestras firmas, ciudadanos en ejercicio y vecinos de esta ciudad, directora del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y director ejecutivo de Transparencia por Colombia, presentamos derecho de petición en ejercicio del derecho fundamental de petición establecido en el artículo 23 de la Constitución Política y en la Ley 1755 de 2015.

I. Fundamentos de hecho

1. El 5 de mayo de 2020 presentamos una respetuosa petición al Fiscal General de la Nación, Francisco Barbosa Delgado, en la que le expresábamos nuestra preocupación por las denuncias de presuntos delitos electorales en la campaña presidencial de Iván Duque Márquez y el posible conflicto de intereses que podría existir debido a la estrecha relación de amistad entre el Fiscal General de la Nación y el Presidente de la República. En la petición indicamos que los conflictos de interés no se tramitan únicamente a través de los impedimentos y recusaciones, y por lo tanto invitábamos al Fiscal General a transparentar la situación. Asimismo, expresamos que si bien los fiscales delegados tienen autonomía en la forma en la que desarrollan su labor, también es cierto que el Fiscal General es el encargado de

dirigir la institución y nombrar a los servidores bajo su dependencia. En ese orden de ideas, y teniendo la transparencia como el principio rector de la administración pública, le solicitamos dar inicio al proceso de designación de un fiscal *ad-hoc* que se encargue de las investigaciones sobre presuntos delitos electorales en la campaña presidencial de Iván Duque Márquez.

2. El 19 de mayo de 2020, su Despacho dio respuesta a nuestra petición por medio del Oficio No. DAJ-10400- en el Radicado No. 20201500022941. En su respuesta indica que la función de dirección que tiene el Fiscal General de la Nación no implica *“el desconocimiento de la autonomía de los fiscales al interior de los procesos de su competencia, pues ellos, como funcionarios de la rama judicial del poder público, obran con total independencia”*. En adición, expresa que *“en la actualidad el despacho del Fiscal General de la Nación no adelanta investigaciones penales por los presuntos delitos electorales cometidos en el marco de la campaña presidencial de Iván Duque Márquez”*. Por tal motivo, la Dirección a su cargo entiende que es totalmente improcedente la solicitud de impedimento o recusación. Por último, la respuesta indica que dentro de las competencias de la Fiscalía General de la Nación no se encuentra la de investigar al presidente de la República, pues esta corresponde a la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes. En ese orden de ideas, la supuesta amistad existente entre Iván Duque Márquez y Francisco Barbosa Delgado no equivale a un conflicto de intereses bajo ninguna circunstancia.
3. El 24 de mayo de 2020, a pesar de la respuesta de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía a nuestra petición, el periódico El Tiempo publicó una entrevista al Fiscal General, Francisco Barbosa Delgado, titulada *“Por ‘Ñeñepolítica’ se llamará a interrogatorio a Claudia Daza”* en la cual el Fiscal comentó con detalle sobre las tres líneas de investigación que se adelantan por los hechos relacionados con las grabaciones de Ñeñe Hernández, señalando la etapa procesal de cada una y los actos de investigación realizados como citaciones a declarar o solicitudes de información a la Dijin y a la Registraduría Nacional del Estado Civil¹. En el mismo sentido, el 27 de mayo de 2020, el Fiscal General de la Nación, en entrevista a la periodista Vicky Dávila para la Revista Semana, se pronunció, por segunda ocasión, con detalle sobre la forma en que se estaban realizando las investigaciones que se estaban adelantando respecto a los presuntos aportes de Ñeñe Hernández a las campañas presidenciales tanto de Gustavo Petro como de Iván Duque².

¹ El Tiempo, *“Por ‘Ñeñepolítica’ se llamará a interrogatorio a Claudia Daza”*, disponible en: <https://www.eltiempo.com/unidad-investigativa/los-100-dias-de-francisco-barbosa-frente-a-la-fiscalia-general-498860>

² Revista Semana: *“No hay investigación contra Petro en la Fiscalía”: Francisco Barbosa*, disponible en: <https://www.semana.com/semana-tv/vicky-en-semana/articulo/fiscal-general-dice-que-no-hay-investigaciones-contra-petro/674150>

II. Fundamentos de Derecho

A. Los impedimentos y las recusaciones no son la única forma de tramitar un conflicto de intereses

Tal como mencionamos en nuestra primera petición, los impedimentos y las recusaciones no son la única forma de tramitar un conflicto de intereses. Existen tanto los conflictos de interés aparentes como los conflictos de interés potenciales, situación que fue explicada en nuestra segunda petición. La forma de tramitar estos conflictos en un régimen democrático es mediante la transparencia oportuna. Así lo dispone la Ley 2013 de 2019, que ordena, en los términos de su artículo 4, “*registrar de manera obligatoria en el Sistema de Información y Gestión del Empleo Público (SIGEP), o herramientas que lo sustituyan, la declaración de bienes y rentas, el registro de conflictos de interés, y (...) la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios*”. Esta obligación pesa sobre todos los servidores públicos y, según el artículo 2, literal b, de la mencionada Ley, a título propio, sobre el Fiscal General de la Nación. Por este motivo, el formato dispuesto por el Departamento Administrativo de la Función Pública para transparentar los conflictos de interés incluye, en su sección 2.6., los conflictos de interés potenciales.

Asimismo, en la respuesta dada por su Despacho a nuestra petición se señaló que en la declaración de conflictos de interés que se encuentra en poder del Departamento Administrativo de la Función Pública en cumplimiento de la Ley 2013 de 2019, el señor Francisco Roberto Barbosa Delgado indica que no tiene **ningún conflicto de interés potencial**. En consecuencia, le solicitamos formalmente al Fiscal General de la Nación que teniendo en cuenta su cercanía y amistad con el señor Iván Duque Márquez diligencie correctamente el registro de conflictos de interés, reconociendo que tiene (tal como aparece en el formato a diligenciar) un conflicto de interés potencial con esta persona. Aunque la amistad no sea uno de los ejemplos indicados en dicho formato, según la definición aceptada por la OECD³ y por el Departamento Administrativo de la Función Pública⁴ de conflicto de interés potencial esta materializa precisamente uno de ellos. Lo anterior, en tanto según estas definiciones un conflicto de interés potencial nace cuando los intereses privados de un servidor público podrían llegar a influenciar su actuar en un futuro, sin que

³ OECD. *OECD Guidelines for Managing Conflict of Interests in the Public Service*. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/ethics/2957360.pdf>

⁴ Departamento Administrativo de la Función Pública. *Guía de Administración Pública. Conflictos de interés de servidores públicos*. Disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/admon/files/empresas/ZW1wcmVzYV83Ng==/archivos/1525712072_3a81e8f4a6052bcbff4f90ca61f6de90.pdf

estos intereses se limiten a los intereses comerciales o laborales, incluyendo situaciones como la cercanía personal, la amistad y los intereses familiares.

El hecho de que no exista un conflicto de interés actual no exime a los servidores públicos —y más a aquellos con cargos directivos como del Fiscal General de la Nación— de tener un conflicto de interés potencial o aparente que deba ser transparentado. Cuando existe un conflicto de intereses tanto potencial como aparente y este no ha sido públicamente manifestado, ni se ha hecho transparente, se mina la confianza de la ciudadanía respecto de la imparcialidad del funcionario y se desconoce un mandato expreso en una Ley de la República. Esto resulta de una relevancia superlativa en relación con la persona que ocupa el cargo de Fiscal General de la Nación, del cual se espera un cumplimiento celoso de la ley y un apego irrestricto al principio de imparcialidad.

En ese orden de ideas, argumentar que estas figuras no son procedentes en tanto el despacho del Fiscal General de la Nación no adelanta investigaciones penales por los presuntos delitos electorales en el marco de la campaña presidencial de Iván Duque Márquez, desconoce la existencia de un conflicto de intereses potencial o aparente, siendo que el conflicto de interés existe de forma independiente a la ocurrencia o no de investigaciones penales respecto de conductas realizadas por el Presidente. Que en este momento el despacho del Fiscal General no adelante ninguna de estas investigaciones, no quiere decir que el Fiscal no esté obligado a transparentar su conflicto de interés originado en su entrañable amistad con el ciudadano Iván Duque Márquez.

B. La autonomía de los fiscales delegados no es absoluta, pues deben seguir las directrices del Fiscal General de la Nación

Por otro lado, en su respuesta a nuestra petición, desde su despacho se afirmó que los fiscales delegados tienen autonomía en relación con los procesos bajo su competencia y obran con independencia. Asimismo, indica que *“las funciones de los fiscales delegados están sometidas exclusivamente al imperio de la ley, sin posibilidad de injerencia de ninguna especie”*, por lo que la jerarquía institucional del Fiscal General de la Nación tiene alcances *“netamente administrativos”*.

Si bien es cierto que los fiscales delegados deben obrar con autonomía en relación con los procesos a su cargo, también lo es que el numeral 3º, del artículo 251, de la Constitución Política establece como función del Fiscal General de la Nación *“asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos”*. En

un sentido similar el numeral 3º, del artículo 4, del Decreto Ley 16 de 2014, establece entre las funciones del Fiscal General de la Nación, “*asumir las investigaciones y acusaciones que ordena la Constitución y aquellas que en razón de su naturaleza, importancia o gravedad ameriten su atención personal*”, y, a su vez, el numeral 4, del artículo citado, lo faculta para “*asignar al Vicefiscal y a los Fiscales las investigaciones y acusaciones cuando la necesidad del servicio lo exija o la gravedad o la complejidad del asunto lo requiera*”. Asimismo, el numeral 2º, del artículo 251 constitucional faculta al propio Fiscal General de la Nación para “*nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia*”.

Es decir, un Fiscal General de la Nación puede tener influencia en una investigación de distintas maneras: (i) atrayendo a su despacho la investigación o acusación, decisión que es suya y es discrecional; (ii) nombrando o removiendo fiscales que participen en la investigación o, (iii) asignando al Vicefiscal o a otros fiscales a investigaciones o acusaciones. Un ejemplo de ello es lo sucedido con la exfiscal Amparo Cerón Ojeda, quien fue apartada del caso de Odebrecht al parecer por diferencias con el Fiscal General sobre el modo en que se desarrollaba la investigación⁵. En cualquiera de esos tres escenarios (entre otros, como los relacionados con el trámite de principios de oportunidad) un conflicto de interés que inicialmente es aparente o potencial se puede transformar en uno directo.

Por lo anterior, si el Fiscal General de la Nación tiene algún conflicto de interés —aunque sea potencial o aparente— es de trascendental importancia que lo transparente, no sólo en relación con el caso específico de los presuntos delitos electorales cometidos en el contexto de la campaña presidencial del año 2018, sino en general y frente a cualquier otro caso.

C. Las investigaciones que involucren a terceros diferentes al ciudadano Iván Duque Márquez son competencia de la Fiscalía General de la Nación

Otro de los argumentos de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación para sustentar la inexistencia de un conflicto de interés de Francisco Barbosa Delgado en relación con los presuntos delitos electorales cometidos en la campaña presidencial de 2018, es que dicha entidad no tiene la potestad constitucional para investigar al Presidente de la República. Esto es cierto y no es el punto de nuestra solicitud.

⁵ Al respecto: (1) Semana, “Renuncia la fiscal Amparo Cerón, quien estuvo a cargo del caso Odebrecht”, disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/renuncia-la-fiscal-amparo-aron-quien-estuvo-a-cargo-del-caso-odebrecht/675183>; (2) El Tiempo, “<https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/fiscal-que-lideraba-investigaciones-de-caso-odebrecht-envia-carta-a-francisco-barbosa-469076>”, disponible en: <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/fiscal-que-lideraba-investigaciones-de-caso-odebrecht-envia-carta-a-francisco-barbosa-469076> y; (3) Blue Radio, “Explosiva carta de fiscal de caso Odebrecht a fiscal general por salida del caso”, disponible en: <https://www.bluradio.com/judicial/explosiva-carta-de-fiscal-de-caso-odebrecht-fiscal-general-por-salida-del-proceso-243709-ie435/>

Lo cierto y pasado por alto en relación con nuestra solicitud es que la Fiscalía General de la Nación, en cabeza del Fiscal General de la Nación, doctor Francisco Barbosa Delgado, sí tiene la facultad constitucional de adelantar las investigaciones que involucren a personas diferentes a Iván Duque Márquez que participaron en la campaña electoral que finalmente llevó a este ciudadano a ganar la Presidencia de la República, y que podrían aportar elementos para sustentar o refutar la presunta financiación irregular, además de los posibles delitos que recaigan sobre ellos directamente.

La Fiscalía General de la Nación tiene la competencia para ejercer la acción penal y para adelantar la investigación de los presuntos delitos electorales en dicha campaña presidencial, en relación con todas aquellas personas que no tengan fuero constitucional. El punto sobre el que insistimos es el de la gravedad y delicadeza de los hechos denunciados sobre la posible comisión de delitos electorales en la campaña presidencial de 2018. Insistimos en los trascendentales efectos que el avance de estas investigaciones y la comprobación de estos delitos, en cabeza diferente del ciudadano presidente Iván Duque Márquez, podría llegar a tener en relación con la legitimidad institucional, con la legitimidad del proceso electoral y en general con la legitimidad de la última elección presidencial.

D. El Fiscal General de la Nación ha entregado al público información relacionada con las investigaciones en cuestión, sin transparentar sus conflictos de interés ni actuar en consecuencia

Es claro que el conflicto de interés del Fiscal General de la Nación genera un riesgo inaceptable de parcialidad en el desarrollo de las funciones investigativa y acusatoria en delitos que pudieran recaer sobre todas aquellas personas que no tengan fuero constitucional y que estén relacionadas con las presuntas irregularidades en el financiamiento de la campaña presidencial de Iván Duque Márquez. Aún más los desarrollos recientes del caso y las apariciones en medios de comunicación del señor Fiscal General muestran de forma más clara el problema.

El 24 de mayo de 2020 el periódico El Tiempo publicó una entrevista titulada “*Por ‘Ñeñepolítica’ se llamará a interrogatorio a Claudia Daza*”. Allí el señor Fiscal explicó que en la investigación por ingreso de dineros de narcotráfico a esa campaña se han abierto tres líneas de investigación, entregó fechas de actuaciones realizadas en el marco de estas e, incluso, detalló la llegada de elementos materiales probatorios al almacén de evidencias de la Fiscalía. El 27 de mayo de 2020, en las redes sociales de la revista Semana y de la periodista, Vicky Dávila, apareció una nueva entrevista. Allí el señor fiscal manifestó que

“se van a llamar a entrevista a las diferentes personas que hablaron con el señor Ñeñe Hernández” y que “aquí no hay investigaciones abiertas ni contra el señor Gustavo Petro ni contra el gerente de campaña de él. Tampoco contra el presidente Iván Duque ni su gerente de campaña”⁶.

El nivel de acceso necesario para conocer la información que el señor Fiscal General entregó a los medios, con el nivel de detalle con que cuenta, implican necesariamente contacto, directo o indirecto, con la investigación o los o las funcionarias que la desarrollan. Y además conllevan conocimiento sobre líneas de investigación, personas de interés en la investigación y disponibilidad de elementos materiales probatorios. Algo preocupante dados los conflictos de interés potenciales y aparentes sobre los que ya se ha desarrollado a profundidad tanto aquí como en la petición presentada el 5 de mayo de 2020.

Debe señalarse, además, que las declaraciones del Fiscal General a medios de comunicación son posteriores tanto a la petición que realizamos el día 5 de mayo de 2020, como a la respuesta negativa de su despacho el 19 de mayo de 2020. Ambas entrevistas contradicen lo señalado por ustedes y constituyen nuevos hechos que justifican realizar esta segunda petición para que el Fiscal General de la Nación se aparte del caso y se inicie el proceso orientado a designar un Fiscal General *ad hoc*, pues los hechos antes descritos ponen en duda la independencia del fiscal encargado del caso respecto a posibles injerencia o intromisiones del Fiscal General. Además, también plantean la duda sobre la legalidad de tener contacto con investigaciones respecto de las cuales el Fiscal General tiene un conflicto de intereses potencial.

E. Conclusión

Dada la extrema delicadeza y la gravedad de los presuntos delitos electorales cometidos en el contexto de la campaña presidencial de 2018, el perfil y la calidad de las personas involucradas en estos hechos, y teniendo en cuenta que de avanzar estas investigaciones y de resultar probados estos delitos electorales pueden derivarse insospechados efectos sobre la legitimidad de la última elección presidencial; y dada la existencia de una amistad entrañable entre el ciudadano Iván Duque Márquez, actual Presidente de la República, y el ciudadano Francisco Barbosa Delgado, actual Fiscal General de la Nación, quién detenta, por sí mismo o mediante uno de sus delegados, la potestad legal y constitucional de ejercer la acción penal y adelantar las investigaciones del caso, es que **reiteramos nuestra**

⁶ Semana, "No hay investigación contra Petro en la Fiscalía": Francisco Barbosa disponible en: <https://www.semana.com/semana-tv/vicky-en-semana/articulo/fiscal-general-dice-que-no-hay-investigaciones-contra-petro/674150>

solicitud inicial, de que el Fiscal General se separe de sus funciones en relación con estos hechos y que de esta manera se dé inicio al proceso legal correspondiente para el nombramiento de un fiscal ad hoc que adelante las investigaciones respectivas. Un fiscal ad hoc que, frente a una responsabilidad tan alta, pueda actuar bajo los principios de absoluta independencia y total imparcialidad, principios basilares de nuestro Estado constitucional y de Derecho. También solicitamos que **diligencie adecuadamente su registro de conflictos de interés en cumplimiento de la Ley 2013 de 2019 y transparente en dicho formato que tiene un conflicto de interés potencial con Iván Duque Márquez.**

III. Solicitudes

De acuerdo con hechos y fundamentos de derecho expuesto, solicitamos a la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación:

1. Se pronuncie de fondo sobre las preguntas planteadas en el derecho de petición del 5 de mayo de 2020.
2. Adicionalmente, responda a la siguiente consulta: ¿es constitucional que el Fiscal General de la Nación tenga contacto con investigaciones respecto de las cuales el Fiscal General tiene un conflicto de intereses potencial?
3. El Fiscal General argumenta que no se declara impedido ni transparenta su conflicto de interés potencial en tanto no tiene injerencia en las investigaciones. En ese sentido, ¿cómo obtuvo la información necesaria para hacer sus declaraciones de finales de mayo⁷ en medios de circulación nacional?

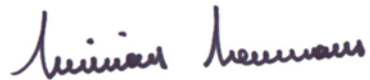
IV. Notificaciones

Recibimos notificaciones en la Calle 35 # 24-31 de la ciudad de Bogotá, y a las siguientes direcciones de correo electrónico: vnewman@dejusticia.org, andres.hernandez@transparenciacolombia.org.co y notificaciones@dejusticia.org

Se envía una copia de la presente solicitud a la Corte Suprema de Justicia para que resuelva lo que considere de su competencia.

⁷ El Tiempo, “Por ‘Ñeñepolítica’ se llamará a interrogatorio a Claudia Daza”, disponible en: <https://www.eltiempo.com/unidad-investigativa/los-100-dias-de-francisco-barbosa-frente-a-la-fiscalia-general-498860>; Revista Semana: “No hay investigación contra Petro en la Fiscalía”: Francisco Barbosa, disponible en: <https://www.semana.com/semana-tv/vicky-en-semana/articulo/fiscal-general-dice-que-no-hay-investigaciones-contrapetro/674150>

Atentamente y en espera de su oportuna respuesta,



Vivian Newman Pont
Directora
Dejusticia



Gerardo Andrés Hernández Montes
Director Ejecutivo
Transparencia por Colombia