

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP5120-2019

Radicación N° 103823

Acta No 98

Bogotá D.C., veintitrés (23) de abril de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la apoderada del accionante HANNER JOHAN VICUÑA MAZUERA, contra la sentencia de tutela emitida el 1º de marzo de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, mediante la cual negó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia, defensa e igualdad, presuntamente vulnerados por la Fiscalía General de la Nación, dentro de la investigación penal que se adelanta en su contra con el radicado 760016000000-2018-00002.

ANTECEDENTES

Se delimitaron por el Tribunal A quo así:

1. Explicó la apoderada del accionante, que:

1.1. En contra de su representando se adelantó investigación por el delito de prevaricato por acción, el cual le fue imputado por la Fiscalía 6ª Delegada ante el Tribunal Superior de

Cali, a título de “interviniente” el 1º de febrero de 2018, ante el Juzgado 31 Penal Municipal de esta ciudad.

1.2. El señor Vicuña Mazuera suscribió preacuerdo el 15 de mayo de 2018 con la Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, conforme a los artículos 348, 350 y 351 del C de P.P. y la Directriz No. 001 de 2006, expedida por la Fiscalía General de la Nación, el cual consistió en aceptación de responsabilidad en la comisión del delito imputado, en calidad de interviniente, para la obtención de un único beneficio, consistente en el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, establecida en el art. 56 del C.P.

1.3. La investigación a la que se viene haciendo referencia, fue reasignada mediante Resolución No. 0813 del 5 de julio de 2018, proferida por la Fiscalía General de la Nación, la cual fue (sic) no fue notificada al accionante, desconociendo que los actos administrativos, dependiendo de su carácter, tienen su forma de ser notificados, toda vez que dicho enteramiento permite a la persona interesada interponer los recursos a que haya lugar y así controvertir la decisión, tal como lo establece la Ley 1437 de 2011.

1.4. La Resolución de reasignación a la que se viene haciendo referencia advierte en su punto 4 que contra ella no procede recurso, lo cual contraviene los derechos fundamentales invocados.

1.5. El 5 de diciembre de 2018 se celebró audiencia de acusación, pero durante el acto el Fiscal 35 Delegado Bacrim de Bogotá, desconoció y advirtió de entrada que no le asistía interés en sostener el preacuerdo, apoyado en las directrices dadas por la Fiscalía General de la Nación en la Directiva 001 del 23 de julio de 2018 “por medio de la cual se adoptaron unos lineamientos generales para imputar o preacordar circunstancias de menor punibilidad contenidas en el artículo 56 del Código Penal” y con base en ella optó por no mantenerlo fundamentado, que el mismo se suscribió previo a la entrada en vigencia de la citada

directiva, sin embargo la fiscalía manifestó no estar en disposición de seguir adelante con el mismo y en su lugar continuar con el trámite procesal, dando un giro sustancial, en el que está de por medio la libertad del señor Vicuña Mazuera y la aplicación efectiva del criterio de justicia.

1.6. La Resolución 0813 del 5 de julio de 2018 contraría el principio de autonomía, transparencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, tal como lo ha indicado la jurisprudencia, entre la que se cuenta la sentencia del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo–Sección Segunda-, del 24 de junio de 2015. Tal conducta, dice, ignora los lineamientos a los que debe ceñirse la Fiscalía General de la Nación para la reasignación de investigaciones penales, cuando las circunstancias de cada caso lo impongan, en acatamiento a los principios de transparencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, arriba mencionada, a la vez que debe ser notificada a los interesados, lo que no ocurrió aquí y a simple vista denota falta de claridad en el procedimiento.

1.7. Los argumentos y consideraciones tenidos en cuenta para proferir la Resolución de reasignación -0813 del 5 de julio de 2018- que no admitió recurso, aparentemente no se compadecen con la realidad, habida cuenta que lo que en su parte motiva se contempla como argumento medular es la complejidad y trascendencia de los hechos, de manera que por una parte, se le está quitando la competencia y autonomía a un Fiscal Delegado ante el Tribunal que se entiende es de mayor jerarquía, y de otra, porque los fiscales en diferentes audiencias dentro de otros procesos que fueron objeto de reasignación por cuenta de la misma Resolución, han dejado entrever motivaciones muy diferentes a las reales, afirmando por el contrario que, la Resolución de reasignación obedeció a los preacuerdos que se venían adelantando con el atenuante de la marginalidad, así lo aseguró el ente acusador en otros actos procesales, dentro de los asuntos que fueron reasignados y que se desprendieron de la investigación matriz, por lo que tiene cabida resaltar que, llama poderosamente la atención que en la Resolución No. 0813 del 5 de julio de 2018 proferida por la Fiscalía General de la Nación, se erige como motivo para variar asignación, la complejidad y

trascendencia de los hechos, en parte alguna se hace referencia a preacuerdos.

1.8. Pese a que la Resolución de reasignación dice expresamente que el caso del accionante fue adjudicado a la Fiscalía 35 de Bacrim, quien ha asistido a las audiencias es el Fiscal 34 de esa misma unidad. Además, no resulta lógico que el caso pase del conocimiento de un Fiscal Delegado ante el Tribunal, a manos de un fiscal de menor rango.

1.9. El trámite de reasignación de una investigación a un Despacho diferente al de origen, conlleva per se un procedimiento específico, a más de que debe ser notificado a las partes, lo que en el caso que nos ocupa no ha ocurrido, valiendo aclarar que tuvo conocimiento de la reasignación por medios diferentes a la notificación personal y formal, pues solo conoció de la Resolución No. 0813 del 5 de julio de 2018, el 5 de diciembre de ese mismo año, cuando tuvo lugar audiencia de acusación en contra del señor Vicuña Mazuera.

1.10. En el presente asunto, el fiscal del caso, 35 Bacrim, descartó el preacuerdo, pese a que la Directiva No. 001 del 23 de julio de 2018, que limita y restringe las circunstancias de marginalidad, no había sido proferida cuando se suscribió el preacuerdo, es decir, no se encontraba vigente para el momento en que el mismo se adelantó. Con la emisión de la Directiva el Fiscal General de la Nación se atribuyó facultades que no le corresponden, limitando la autonomía de los fiscales delegados, a lo cual se encuentra sumado que solo pude impartir directrices cuando de facilitar el funcionamiento administrativo y prestaciones genéricas se trata.

1.11. Para el momento en que se suscribió el preacuerdo en este caso no se encontraba vigente la Directiva No. 001 de 2018, razón por la cual ella no debió ser tomada en cuenta como fundamento para desconocer el preacuerdo, y lo que se debe hacer es que no se aplique en el asunto concreto, máxime cuando ella contraría y limita la autonomía de jueces y fiscales, y afecta el principio de legalidad, así como el acceso a la justicia, específicamente en lo que atañe a la justicia premial, en tanto prohíbe preacordar.

1.12. El accionante ha presentado distintas solicitudes de preacuerdo, pero no ha recibido respuesta formal a ninguno.

1.13. Solicita además de la tutela de los derechos fundamentales de que es titular el señor Hanner Vicuña Mazuera y, en consecuencia, ordene la Fiscal General de la Nación que se sirva inaplicar, revocar, modificar, aclarar o variar la directiva 001 del 23 de julio de 2018. De igual forma que se ordene a la misma autoridad, proceder en idéntico sentido respecto de la Resolución 0813 del 5 de julio de 2018, por medio de la cual se varía la asignación de unas investigaciones y se adjudica especialmente su conocimiento.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

Avocado su conocimiento, se ordenó correr traslado de la demanda a la autoridad accionada y vinculados para que ejercieran el derecho de contradicción y aportaran la información pertinente, obteniéndose las siguientes respuestas:

1. La Fiscal 6ª Delegada ante el Tribunal Superior de Cali puso de presente que, efectivamente conoció de la investigación que se adelanta contra HANNER JOHAN VICUÑA MAZUERA por el punible de prevaricato por acción, en calidad de interviniente, actuación en la cual se suscribió preacuerdo con el prenombrado.

Precisó que, el 5 de julio de 2018, la Fiscalía General de la Nación reasignó el citado proceso al Fiscal 35 de la Unidad Nacional de Fiscalías contra el Crimen Organizado con sede en Bogotá, desconociendo el curso u orientación que dicho funcionario le ha dado al caso del actor.

2. Por su parte, el Fiscal Coordinador de la Dirección Especializada contra las Organizaciones Criminales informó que, el 28 de junio de 2018, solicitó al despacho del Fiscal General de la Nación, se estudiara la posibilidad de variar la asignación de investigaciones seguidas contra una organización delincuencial, ello, en razón a su

complejidad, gravedad, trascendencia, importancia de los hechos y calidad de los sujetos, sin que se evidencie vulneración alguna de los derechos del accionante.

3. El Fiscal 35 Seccional de la Dirección Especializada contra Organizaciones Criminales después de realizar un recuento de las diversas actuaciones adelantadas en el proceso penal que se surte contra el actor manifestó que, no ha vulnerado ninguna de las garantías constitucionales del accionante como quiera que, no se desconoció el preacuerdo que suscribió el aquí demandante, pues el mismo en ningún momento fue presentado ante el juez de conocimiento, por tanto, no se puede hablar que este se haya retirado, ya que discrecionalmente se resolvió no darle trámite.

4. La Coordinadora de Conceptos y Asuntos Constitucionales de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación refirió que no ha desconocido ningún derecho fundamental del demandante por la variación de asignaciones realizada a través de la Resolución No. 0-0813 de 5 de julio de 2018, por cuanto la misma se expidió bajo los principios de la unidad de gestión y jerarquía contenidos en el numeral 3º del artículo 251 de la Carta Política, que otorga la faculta de orientar la gestión del ente investigador y acusador, para fortalecer la institución.

Además, precisó que la citada resolución se profirió en vigencia de la Resolución No. 0-0689 de 2012 que reglamenta el procedimiento de asignación especial y variación de asignación de investigaciones, y no bajo lo dispuesto en la derogada Resolución 0-3605 de 2006, como lo asevera el accionante.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La profirió la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali el 1º de marzo de 2019, negando el amparo invocado, al considerar que la Resolución No. 0-0813 de 5 de julio de 2018 al tener el carácter de orden, emitida dentro de la investigación penal que se adelanta contra el actor, se considera una providencia judicial, lo cual implica que al no hallarse una

circunstancia excepcional que lo permita, opera la prohibición generalizada de controvertirla a través de la acción de tutela.

De igual modo refirió que, la decisión de preacordar o no, obedece a una potestad exclusiva de la fiscalía, razón por la que no se puede alegar la vulneración de derechos fundamentales frente a la determinación del ente acusador de no seguir adelante con el acuerdo al que inicialmente arribó el actor con la vista fiscal, el cual solo constituyó una mera expectativa, ya que nunca fue presentado ante el juez de conocimiento.

LA IMPUGNACIÓN

Notificada del contenido del fallo la apoderada del accionante lo impugnó, insistiendo en que la orden proferida por la Fiscalía General de la Nación, a través de la cual se reasignó la investigación que se adelantó contra HANNER JOHAN VICUÑA MAZUERA, debía ser notificada, más allá de que admita recurso o no, ello, en razón del principio de publicidad.

Además, refirió que el preacuerdo suscrito entre el procesado y la fiscalía no constituye una simple “expectativa” como se refirió en el fallo impugnado, en contravía del principio de confianza legítima, sin que se hallen fundados los motivos por los cual no sólo se decidió no continuar con dicho acuerdo, sino variar la asignación que se había efectuado para adelantar el asunto penal por parte de la Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal Superior de Cali.

Por último, señaló que a través de la Directiva 001 de 23 de julio de 2018, la Fiscalía General de la Nación, también desconoció los derechos del actor, pues la misma aunque restringe y limita la celebración de preacuerdos cuando se trata de reconocer circunstancias de marginalidad, lo cierto es que, no estaba vigente cuando se suscribió el acuerdo en referencia, siendo descartada la posibilidad de presentarlo ante el juez de conocimiento por parte del Fiscal 35 Seccional de la Dirección Especializada contra Organizaciones Criminales, ya que simplemente no era de su interés.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, en concordancia con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra la sentencia adoptada en primera instancia el 1º de marzo de 2019, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, al ser su superior funcional.

2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) estableció la acción de tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, ante el menoscabo o la amenaza derivados de acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o a los particulares, en las situaciones específicamente previstas en la ley.

3. Ha explicado la Sala que las características de subsidiariedad y residualidad que son predicables de la acción de tutela, aparejan como consecuencia que no pueda acudirse a tal mecanismo excepcional de amparo para lograr la intervención del juez constitucional en procesos en trámite, porque ello además de desnaturalizar su esencia, socava postulados constitucionales como la independencia y la autonomía funcionales que rigen la actividad de la Rama Judicial al tenor de la preceptiva contenida en el artículo 228 de la Carta Política.

Igualmente, tiene dicho que tampoco puede acudirse a este excepcionalísimo medio de defensa para reemplazar los procedimientos ordinarios, cuando el amparo se concibió precisamente para suplir la ausencia de éstos y no para resquebrajar los ya existentes, todo lo cual impide considerarlo como medio alternativo o instancia adicional al cual acudir para enderezar actuaciones judiciales supuestamente viciadas.

4. Del libelo presentado se establece que el problema jurídico a resolver por la Sala, se centra en determinar si procede el mecanismo de amparo deprecado, ante la supuesta

vulneración de las garantías constitucionales invocadas por la apoderada de HANNER JOHAN VICUÑA MAZUERA, ya que en su criterio, la Fiscalía General de la Nación de forma infundada reasignó la investigación que se adelanta en su contra, lo cual condujo a que el preacuerdo que había suscrito con el anterior delegado fiscal no fuera presentado ante el juez de conocimiento, ante el desinterés del nuevo representante del ente acusador de materializar dicha negociación.

5. De los elementos de prueba obrantes en la actuación, se constató que, el 28 de junio de 2018, la Dirección Especializada contra las Organizaciones Criminales, solicitó variar la asignación a dicha dirección de las noticias criminales «seguidas en contra de una organización delincuencial integrada por funcionarios públicos, abogados y miembros de organizaciones delincuenciales que allí se adelanta, como quiera que se advirtió la injerencia de las organizaciones delincuenciales para el tema de cooptación de estado y de continuidad de acciones delincuenciales desde los centros de reclusiones»¹, las cuales estaban siendo adelantadas por la Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, entre las que se encontraba la seguida contra VICUÑA MAZUERA.

Atendiendo la referida solicitud y con base en los motivos en ella enunciados, el Fiscal General de la Nación el 5 de julio de 2018 expidió la Resolución No. 0-0813, por virtud de la cual decidió “VARIAR LA ASIGNACIÓN” de varias actuaciones, entre ellas la adelantada contra el accionante y, en su lugar, resolvió asignarla especialmente al Fiscal Adscrito a la Dirección Especializada contra las Organizaciones Criminales, que por reparto correspondiera.

6. Ahora bien, de conformidad con el canon 250 de la Constitución Política, corresponde a la Fiscalía General de la Nación investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores de la ley penal, ante los juzgados y tribunales competentes.

Dentro de las facultades que la Ley 906 de 2004 le otorgó al Fiscal General de la Nación, el

artículo 116 estableció:

ARTÍCULO 116. ATRIBUCIONES ESPECIALES DEL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN. Corresponde al Fiscal General de la Nación en relación con el ejercicio de la acción penal:

[...]

2. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos, mediante orden motivada.

Al abordar el estudio de la facultad de la que goza el Fiscal General de la Nación para variar la asignación de las investigaciones; la Corte Constitucional encontró que tal atribución se circunscribía dentro de los cánones superiores y en armonía con las funciones que la Carta le confería a dicho dignatario.

Sin embargo, enfatizó que tal prerrogativa era indelegable, amén de que en la parte resolutive del acto respectivo “deberá exponer en forma concreta, en cada caso, los hechos que motivan su decisión y notificar por un medio idóneo dichas decisiones al Agente del Ministerio Público y los demás sujetos procesales y no podrá asignar a otro Fiscal las investigaciones o procesos que haya asumido directamente”².

7. Bajo este entendido, la Sala encuentra que la decisión adoptada por el Fiscal General de la Nación, no soslaya ninguno de los derechos fundamentales cuya protección deprecia el demandante.

Como ya se indicó, la resolución que dispuso variar la asignación de la investigación adelantada contra HANNER JOHAN VICUÑA MAZUERA, se fundó en la solicitud elevada por la Dirección Especializada contra las Organizaciones Criminales, en la cual, en síntesis, expuso

que dada la gravedad, trascendencia e importancia de los hechos que son objeto de indagación, se justificaba la variación de la asignación para que fue asumida por dicha dirección.

8. Aunado a lo anterior, recuerda la Sala que contra la resolución (acto administrativo) que realizó el cambio de asignación del proceso seguido contra el actor, no proceden los recursos de reposición y apelación, pero sí la revocatoria establecida en el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

De este modo, dado que lo que se pretende es demandar la legalidad de un acto administrativo (Resolución 00813 de 5 de julio de 2018), le asiste al accionante el deber de acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como el mecanismo idóneo para demandar la legalidad y el contenido de este acto, manifestando los repararos que trae vía tutela, para que los exponga al interior del proceso Contencioso Administrativo. En ese mismo acto puede solicitar una medida cautelar que se anticipe a la materialización de un perjuicio. En razón de ello, la Corte Constitucional, ha concluido que este tipo de asuntos quedan excluidos del ámbito de competencia del juez de tutela³.

Así las cosas, es evidente que el accionante cuenta con un medio judicial, no solo idóneo, sino también eficaz para debatir la presunta violación de sus derechos fundamentales, mediante un procedimiento con etapas instituidas para que las partes interesadas ejerzan sus derechos de contradicción y defensa, garantías que evidentemente se ven cercenadas en el trámite del proceso de tutela, debido a la brevedad, informalidad que lo caracteriza.

De este modo, la tutela no puede resolver, pues ello solo es del resorte del juez ordinario por otro medio de defensa, máxime cuando ni siquiera se alega que la actuación que se denuncia como vulneradora de los derechos de la demandante, no haya respetado el procedimiento establecido para el efecto.

De manera que si el tutelante no ha agotado todos los recursos ordinarios con los que cuenta, no resulta dable entrar a analizar por medio de la acción constitucional la solución de un litigio que ha de ser dirimido, de manera exclusiva, por el juzgador que está legalmente investido de la competencia para ello.

9. Recuérdese que la acción de tutela es un medio subsidiario llamado a aplicarse sólo cuando en el escenario del respectivo trámite no logran protegerse los derechos fundamentales invocados, pero en ningún momento el amparo se puede entender instituido para desplazar a los funcionarios a quienes la Constitución o la ley les ha asignado la competencia para resolver controversias como las aquí planteadas, supuesto que llevaría a invadir su órbita de acción y a quebrantar la Carta Política.

Aunado a lo anterior, para la Sala es indiscutible que dentro del trámite judicial al que se ha hecho referencia, es posible reclamar la suspensión provisional del acto administrativo considerado lesivo de los derechos del quejoso, según lo establece el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, medida sobre la cual, desde su consagración en la codificación precedente, se tiene establecido que de hallarse fundada es suficiente para frenar una eventual ilegalidad manifiesta de la administración, mientras se decide el asunto, lo cual descarta la posibilidad de conceder el amparo solicitado.

Sobre el particular, la Corte Constitucional manifestó (CC SU-544/01):

(...) La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepción (al, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto).

10. Ahora, esta Corporación ya ha fijado su posición acerca de la improcedencia de la acción de tutela cuando se utiliza para cuestionar las resoluciones por medio de las cuales el Fiscal General de la Nación dispone la variación de la asignación de una indagación o investigación penal⁴.

En efecto, en sentencia CSJ STP, 19 en. 2012, rad. 57832 y CSJ STP, 14 en. 2016, rad. 83224, se señaló:

En el presente asunto, es claro que la petición de amparo promovida por el ciudadano [C.H.I.R.] se orienta a censurar la decisión contenida en la Resolución No. 0-2354 de 2011, por cuyo medio la Fiscal General de la Nación varió la asignación de la segunda instancia de la investigación que se adelanta en su contra, y designó especialmente a la doctora [D.R.A.], para que asuma su conocimiento.

En orden a resolver la impugnación, necesario se impone precisar que la reasignación de la investigación es una de las funciones que corresponden al Fiscal General de la Nación, según prevé el artículo 115-4 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual:

“Durante la etapa de instrucción y cuando sea necesario para asegurar la eficiencia de la misma, ordenar la remisión de la actuación adelantada por un fiscal delegado al despacho de cualquier otro mediante resolución motivada.”

Por su parte, el Estatuto Orgánico de la Fiscalía, en el artículo 11, numeral 2º precisó entre otras funciones del Fiscal General de la Nación: “Designar al Vicefiscal y a los Fiscales de la Unidades como Fiscales Delegados Especiales cuando la necesidad del servicio lo exija o la gravedad o complejidad del asunto lo requiera”.

Según se tiene establecido, la determinación que ordena variar la asignación de una investigación específica, es de carácter administrativo, de manera que se expide a través de un acto de esa naturaleza.

De esa manera aparece claro que, si en el asunto analizado se presentó alguna irregularidad en el trámite de variación de asignación, no corresponde al juez de tutela pronunciarse acerca de la legalidad del acto administrativo que la contiene, en la medida que tal labor está asignada por mandato constitucional y legal a los jueces contencioso administrativos, facultados para suspender anular, en los eventos que determina la ley, los actos que contraríen las normas superiores en que debían fundarse, expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien lo expide.

A pesar de lo anterior, resulta pertinente destacar con base en las evidencias de la actuación, que la variación de asignación censurada por el actor no contiene irregularidades que la asemejen a una vía de hecho, que facultara la intervención del juez de tutela, pues se advierte que fue dispuesta por la Fiscal General de la Nación mediante resolución motivada y con fundamento en la norma que la autoriza, como que dicha determinación estuvo precedida de la solicitud elevada por el Director Seccional de Fiscalías de Bogotá donde se aducían razones como la naturaleza, cuantía y connotación de los hechos investigados, mientras que la Coordinación de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, sugirió que la asignación recayera en la doctora [D.R.A.], por haber sido la funcionaria que inicialmente conoció de la investigación.

Por otra parte, resulta de interés destacar que la resolución atacada dispuso la comunicación respectiva a los interesados, de manera que resultan infundadas las irregularidades que en sede de tutela expone el actor contra el trámite que se surtió al respecto.

Según lo expuesto, en ese asunto no se cumple con los requisitos de procedibilidad de la acción de manera que la petición de amparo es improcedente en la forma acertada como resolvió el Tribunal de instancia”.

Las anteriores consideraciones son aplicables al caso particular, pues no se advierte que la resolución por medio de la cual se dispuso la variación de la asignación de la investigación seguida contra el aquí demandante, haya sido expedida con desconocimiento de las normas que regulan tal figura, como en líneas precedentes se expuso⁵.

Así, la presunta irregularidad aducida por la apoderada del actor no se verifica, pues como lo informó la Fiscal 35 de BACRIM, el accionante sí estaba enterado de la reasignación del caso, pues su abogado presentó memorial el 5 de septiembre de 2018⁶, en el que solicitó la realización de la audiencia de verificación del preacuerdo suscrito con antelación con otra delegada fiscal, memorial que fue dirigido directamente a ese despacho fiscal.

11. Ahora bien, resulta necesario que la Sala verifique si el accionante demostró la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo como mecanismo transitorio.

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se estructura un perjuicio irremediable cuando el mismo cumpla con las siguientes características: (i) cierto e inminente; (ii) grave; y (iii) de urgente atención. Igualmente, ha reiterado que en los casos en los que se alega su existencia, no basta con las simples afirmaciones que hagan los tutelantes, sino que le incumbe a la parte que lo invoca, aportar las pruebas que permita su acreditación en sede de tutela⁷.

La Corte advierte que los hechos expuestos por el accionante como sustento del perjuicio irremediable, no tienen la entidad suficiente para ser calificados de ciertos, graves y urgentes. Esto por cuanto de los mismos se verifica que la única inconformidad del actor es que no se haya presentado ante el juez de conocimiento, para su verificación, el preacuerdo que había suscrito con la Fiscalía 6ª Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, lo que deja ver que no hay afectación alguna de los derechos fundamentales del demandante.

Frente a la anterior argumentación, la Corte Constitucional en sentencia T-682 de 2010,

aclaró:

“En síntesis, tomando en consideración la situación fáctica, es importante aclarar que cuando se está en presencia de un litigio en torno a derivaciones de actos administrativos, como mecanismo apto para superarlo se cuenta con:

i) La jurisdicción contenciosa administrativa, a cuyo cargo está el control de legalidad de esos actos administrativos, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con la eventualidad de la suspensión provisional, que podría acercarla en efectividad a la acción de tutela.

ii) Excepcionalmente, podría proceder la jurisdicción constitucional a neutralizar un real perjuicio injusto irremediable, que demande con urgencia que se contrarreste el inminente detrimento grave contra derechos fundamentales, generando que la acción sea impostergable para restablecer “el orden social justo en toda su integridad”, lo cual ya está claro que no ocurre en la situación bajo estudio.” – Negrillas fuera de texto-.

Lo anterior reitera que la vía idónea para debatir las inconformidades de estos actos administrativos no es la acción de tutela, y por ende el accionante debe acudir a la acción de nulidad para atacar la legalidad y el contenido de dicho acto.

12. Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, no existe mérito para acceder a la protección constitucional deprecada, dada la existencia de otros mecanismos de defensa judicial y teniendo en cuenta que no concurren los elementos para asignar la categoría de perjuicio irremediable a los supuestos de hecho mencionados por el accionante.

13. Así mismo, debe reiterársele al accionante que al encontrarse el proceso en curso puede de igual forma en cualquier etapa del proceso, exponer sus argumentos ante el Juez natural del caso, invocando una causal de nulidad por falta de competencia, y no acudiendo erróneamente a la acción constitucional exponiendo sus desacuerdos con las designaciones que se han realizado por la Fiscalía General de la Nación, para una mejor investigación.

En ese orden, se constata la existencia de mecanismos jurídicos idóneos para hacer valer los derechos que se estiman transgredidos, como todos los que establece el proceso penal, a los cuales tuvo -y aún tiene- acceso el actor, por lo que la tutela resulta improcedente, pues se está utilizando la acción constitucional para suplir los mismos, buscando que esta Corporación dirima, en sede de tutela, el asunto cuestionado.

Al respecto, el máximo órgano constitucional ha señalado que:

« (...) la acción de tutela no es procedente frente a procesos en trámite o ya extinguidos en los cuales el ordenamiento jurídico tiene establecido medios de defensa judiciales idóneos y eficaces para asegurar la protección de los derechos y las garantías fundamentales, pues en el evento de desconocer esta situación, se estaría quebrantando el mandato del artículo 86 superior y desnaturalizando la figura de la acción de tutela.» (CC T-1343/01).

Ello, evidencia la costumbre inadecuada y lamentablemente difundida, relacionada con acudir a la tutela cada vez que en un proceso se tiene alguna petición por presentar, pues la solicitud de amparo deviene impropia cuando en el decurso de la actuación procesal, ordinaria o especial, se alega el presunto quebranto de algún derecho fundamental, cuyo restablecimiento es imperioso buscar al interior del mismo proceso, mediante los recursos allí dispuestos, más no por la vía de la acción de tutela que, se insiste, por su naturaleza residual y subsidiaria, no es constitutiva de una instancia adicional y menos puede converger a manera de instrumento paralelo o alternativo desquiciador de los

procedimientos ordinarios.

Recuerda la Sala que si bien la tutela resulta un mecanismo que en sus términos procesales es más efectivo que los medios ordinarios propios del proceso, no se puede desconocer que la propia [Constitución Política](#) su artículo 86 determinó que: «Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial», disposición que a la vez fue reafirmada por el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991: «La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales», de manera que, existiendo otro medio adecuado de defensa, a él primero se debe acudir previo a hacerlo ante el juez constitucional.

14. Lo anterior es suficiente para concluir que la petición de amparo para los derechos fundamentales invocados por el apoderado del demandante es improcedente, razones por las que se confirmará la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión de Tutelas No. 1, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR el fallo impugnado, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.
2. Remitir copia de la presente decisión a la investigación penal objeto de censura.
3. Notificar a las partes de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
4. Enviar las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cúmplase

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Fl. 94 carpeta Tribunal.
- 2 Sentencia C-873 de 2003.
- 3 Sentencia T-427 de 2015.
- 4 CSJ. 14 ene. 2016. Rad. 83224.
- 5 CSJ. 30 ago. 2017. Rad. 93681.
- 6 Fl. 133 cuaderno Tribunal.
- 7 Sentencia T-234 de 2014.