

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Magistrado Ponente

STP12655-2023

Radicación N.º 133910

Acta 208

Bogotá D. C., siete (7) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS

1. Se pronuncia la Sala sobre la impugnación instaurada por MANUEL EDUARDO ARIZA RECIO, frente al fallo de tutela proferido el 9 de octubre de 2023 por la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ dentro de la acción constitucional promovida contra la Vicefiscal General de la Nación, la Fiscalía 15 Especializada Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, adscrita a la Delegada para la Seguridad Territorial y la Fiscalía Delegada para la Seguridad Territorial – Grupo de Trabajo de Asignaciones Especiales.

Al presente trámite se vinculó al Fiscal General de la Nación, a los Directores Seccionales de las Fiscalías del Atlántico y de Bogotá, y al Fiscal 43 delegado ante los Jueces Penales del Circuito de la Unidad de Indagación e Instrucción de Ley 600 de 2000, adscrito a la seccional del Atlántico.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

2. Así los expuso la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá:

«El tutelante manifestó que se le vulneró su derecho fundamental al debido proceso, porque considera ilegal que mediante la Resolución N° 00111 del pasado 8 de marzo, el Fiscal General de la Nación haya variado la asignación del proceso penal de Ley 600 de 2000, con radicación “306.977”, de la ciudad de Barranquilla a Bogotá, ya que el funcionario que venía conociendo del asunto, presentó un concepto desfavorable sobre esa reasignación.

En consecuencia, solicitó que se ordene a la Fiscalía 15 demandada, abstenerse de tomar alguna decisión en el aludido proceso y que este sea devuelto al “Fiscal 43 Patrimonio Económico de Barranquilla”»

EL FALLO IMPUGNADO

3. El 9 de octubre de 2023, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá declaró improcedente la solicitud de amparo promovida por MANUEL EDUARDO ARIZA RECIO. Para efectos de adoptar dicha decisión, señaló inicialmente como problema jurídico el siguiente:

«A la colegiatura le corresponde determinar si las entidades demandadas y/o vinculadas, han vulnerado alguna prerrogativa fundamental de Manuel Eduardo Ariza Recio, de suerte que proceda el amparo deprecado».

Acto seguido, el tribunal de primera instancia se pronunció de fondo señalando que:

«En el presente caso, el accionante manifestó su inconformidad con la Resolución N° 00111 del 8 de marzo de 2023 expedida por la FGN. Sin embargo, se advierte que no se acató el presupuesto de subsidiariedad, porque este tipo de pronunciamientos, han sido objeto de control en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de allí que en el expediente 11001-03-24-000-2011-00438-00 del 24 de junio de 2015 se advirtió que la libertad que

tiene el Fiscal General de la Nación para asignar o reasignar procesos no está exenta de control judicial por parte del Consejo de Estado, a efecto de garantizar la transparencia de la administración de justicia.

No obstante, el accionante no acreditó haber acudido al mecanismo de defensa judicial que el legislador ha previsto, como el consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo cual torna improcedente el amparo, dada sus características de residualidad y subsidiariedad.

De otra parte, el demandante aseveró que la reasignación del fiscal devendría en “perjuicios irremediables” pero no explicó en qué consisten, a efecto de realizar un estudio excepcional. En consecuencia, se impone declarar improcedente la protección invocada».

LA IMPUGNACIÓN

4. Fue propuesta por el accionante quien solicitó revocar el fallo con fundamento en las siguientes consideraciones:

«Lo que yo pretendía al impetrar la acción de tutela, era que no se me violaran mis derechos y garantías procesales, que todo se hiciera dentro del marco legal, cosa que no ha ocurrido, ya que en el fallo de tutela impugnado solamente se limitó a decir, que no se agotaron los recursos y las acciones que establece el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, pero como ya lo manifesté anteriormente, a mí no se me notificó en debida forma, por parte de la entidad que expidió la resolución, en ningún momento esa fue mi pretensión, cuando lo que yo pretendo es que se decrete la nulidad de todo lo actuado, por cuanto las entidades accionadas, no tienen competencia para hacer el cambio de radicación, por mandato expreso de la ley.

El principio de prevalencia del derecho sustancial no implica, en forma alguna, que los jueces puedan desconocer las formas procesales y mucho menos que puedan discutir la

validez de la normas que establecen requisitos y formalidades.-Dichas normas también cuentan con un firme fundamento constitucional y deben ser fielmente acatadas por los jueces, salvo que estas adviertan la necesidad de hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, en casos concretos.-Solo así resulta posible alcanzar la igualdad de las partes en el terreno procesal, posibilitar el derecho de defensa en condiciones de equidad, dar seguridad jurídica y frenar posibles arbitrariedades o actuaciones parciales de los funcionarios judiciales». (sic)

Posteriormente, indicó que en su criterio sí se cumplían los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia y acto seguido, manifestó las razones por las cuales, los específicos se configuraban:

«1.-Defecto orgánico, el cual se configura cuando el funcionario judicial que adoptó la decisión objeto de cuestionamiento carece de competencia para ello. -En el presente caso queda demostrado que la Fiscalía General de la Nación, no tiene competencia para hacer el cambio de radicación, ya que la ley no le da esa facultad, el procedimiento para el cambio de radicación es el consagrado en los artículos 46 al 49 del Código de Procedimiento Penal.

Y mediante la resolución No. 00111 del 8 de marzo del año 2023, expedida por la Fiscalía General de la Nación, se violó el debido proceso y el derecho de defensa.

2-Defecto procedimental absoluto, que se origina en los casos en que la autoridad judicial se aparta abiertamente y sin justificación de la normatividad procesal que era aplicable al caso concreto. -Cómo podemos observar la Fiscalía General de la Nación, violó flagrantemente y desconoció lo estipulado en los artículos 46 al 49 del Código de Procedimiento de Penal, la Fiscalía General de la Nación no tenía competencia para hacer el cambio de Radicación, por mandato expreso de la ley.

3-Defecto factico, que tiene lugar cuando existan fallas en la decisión que sean imputables o deficiencias probatorias del proceso.

En el presente proceso tampoco se demostraron las circunstancias específicas que establece el artículo 46 del Código de Procedimiento Penal, que son; circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad o integridad personal de los intervinientes, en especial de las víctimas o de los servidores públicos.

4-Defecto sustantivo o material, que se presenta en los casos en que la decisión judicial se apoya o se sustenta en disposiciones claramente inaplicables al caso concreto o inexistente. -Al no demostrarse las circunstancias específicas que establece el artículo 46 del Código de Procedimiento Penal, es más el Director Seccional de Fiscalía de Barranquilla. Dr. JUSTINO HERNÁNDEZ MURCIA, manifestó en la resolución atacada, que la dependencia a su cargo no encontró demostrado por lo menos de manera sumaria la existencia de las causales indicadas en el memorial, pues, se advierte la ausencia probatoria que respalde lo dicho por el peticionario. -Por lo tanto, la Fiscalía General de la Nación, no tuvo ningún fundamento jurídico para tomar esa decisión.

5-Error inducido o por consecuencia, el cual tiene lugar cuando la decisión judicial se fundamenta en hechos o situaciones en la que participan personas obligadas a colaborar con la administración de justicia-autoridades o particulares-, y cuyo proceder irregular induce en error o engaño al funcionario judicial con grave perjuicio para los derechos fundamentales de alguna de las partes o terceros. -En este punto puedo manifestar lo siguiente; Que hubo un concepto negativo por parte del Director Seccional de Fiscalía del Atlántico. Dr. JUSTINO HERNÁNDEZ MURCIA, en el sentido de que manifiesto que “Estimo que la dependencia a su cargo, no encuentra demostrado por lo menos de manera sumaria la existencia de las causales indicadas en el memorial, pues se advierte la ausencia probatoria que respalde lo dicho por el peticionario.”

Más sin embargo la Fiscalía General de la Nación, no tuvo en cuenta este concepto y se apartó y tomo la decisión sin ningún fundamento jurídico, vulnerando el debido proceso.

6-Decisión sin motivación, que se configura por el incumplimiento del servidor judicial de su obligación de fundamentar fáctica y jurídicamente las decisiones que le corresponde adoptar. -En este punto las consideraciones fácticas y jurídicas carecen de soporte jurídico, ya que no se tuvo en cuenta lo consagrado en los artículos 46 al 49 del Código de Procedimiento Penal, por consiguiente, las decisiones que tomen la Fiscalía 15 Especializada Delegada para la Seguridad Territorial, no tiene validez jurídica, ninguna motivación es válida ni produce efectos jurídicos.

7-Desconocimiento del precedente judicial, que se presenta en los casos en que la autoridad judicial, a través de sus decisiones, se aparta del precedente aplicable al caso sin presentar las razones jurídicas que justifiquen debidamente el cambio de jurisprudencia. - Tampoco hubo una justificación del porque se hacia el cambio de radicación.

8-Violacion directa de la Constitución, la cual ocurre, entre otros supuestos, cuando la decisión judicial se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados amparados por la Carta Política. -Como quedó demostrado la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, con su actuación violó flagrantemente el debido proceso, consagrado en el artículo 29 de Nuestra Constitución Política, ya que carecía de competencia para hacer el cambio de Radicación.»

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para resolver la impugnación instaurada contra el fallo de tutela que emitió la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces, con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando, por acción u omisión sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad o por particulares en los casos previstos de manera

expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, existiendo, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio de carácter irremediable.

3. En el presente asunto se observa que el actor acude a la acción de tutela porque, en su criterio, existe una vulneración a sus derechos fundamentales, toda vez que mediante la Resolución 00111 del 8 de marzo de la presente anualidad, proferida por la Fiscalía General de la Nación se resolvió variar la asignación de la instrucción con radicado n.º 306.977.

Con fundamento en lo anterior, corresponde a esta Sala determinar si es posible en esta instancia atender las pretensiones del impugnante o por el contrario, confirmar la decisión atacada en el marco del presente proceso constitucional de tutela.

3.1 Para efectos de llevar a cabo el análisis correspondiente, es menester indicar en primera medida que en múltiples pronunciamientos, esta Corporación ha hecho mención a los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, de manera que para que pueda habilitarse la intervención del juez de constitucional, debe analizarse si el asunto reviste relevancia constitucional, cumple con el requisito de la inmediatez, satisface el presupuesto de la subsidiariedad y que no se trate de sentencias emitidas en trámites de igual naturaleza.

Así las cosas, efectivamente, el asunto reviste relevancia constitucional por cuanto se alega una posible vulneración a derechos fundamentales, aspecto que permite dar por cumplido el primer requisito.

Se evidencia además que el accionante de manera razonable, identificó tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos presuntamente trasgredidos.

De igual forma, se entiende superado el requisito de inmediatez por cuanto la Resolución que se cuestiona data del 8 de marzo de la presente anualidad.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto de la subsidiariedad, lo que torna improcedente el amparo conforme se indica a continuación.

Esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela cuando es promovida 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 penal es improcedente en la medida que esta es una actuación de carácter administrativo, razón por la cual corresponde al juez contencioso dirimir las controversias que versen sobre tales actos. Al respecto se ha indicado¹ que:

«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 las 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”.»

Dicho lo anterior, se advierte que en el caso que aquí nos ocupa, al igual que en el asunto en cita, se cuestiona por esta vía la resolución por la cual se determinó variar la asignación del fiscal a cargo de la etapa de instrucción, aspecto que como ya se indicó es improcedente por esta vía, pues no se ha acudido a la jurisdicción contencioso administrativa, es decir, no se han agotado todos los medios de defensa con los que cuenta el accionante.

Dicho esto, es claro que no se cumple con el aludido requisito de subsidiariedad, y, en consecuencia, no puede intervenir el juez constitucional.

Es preciso recordar en ese sentido que el amparo constitucional sólo resulta procedente ante el agotamiento de todos los medios de defensa judicial existentes, situación que no se presenta en el caso que aquí nos ocupa como ya se ha precisado.

Al respecto, es de resaltar que la Corte Constitucional² ha indicado que el carácter subsidiario de la acción de tutela busca “reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”.

Por ello, es obligatorio acudir, en primer lugar, a los recursos jurisdiccionales con los que se cuente para conjurar la situación que se estime lesiva de derechos, pues de lo contrario, el juez constitucional sustituiría a los naturales de sus funciones correspondientes.

Así las cosas, dado que no se satisfacen los presupuestos generales de procedibilidad, es menester confirmar el fallo impugnado.

3.2 Ahora bien, no puede desconocerse por esta Sala que dentro de los argumentos de inconformidad que son esbozados por el impugnante, se tiene el hecho de que en su sentir,

no puede acudir a la jurisdicción contenciosa para, allí controvertir el acto administrativo que cuestiona por cuanto no ha sido notificado de tal decisión.

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester en primera medida hacer las siguientes precisiones.

En primer lugar, se desprende de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 115 de la Ley 600 del 2000, que el Fiscal General de la Nación puede «[d]urante 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».

Esto significa que (i) quien adelante la etapa de instrucción puede ser designado a criterio del Fiscal General de la Nación; y, (ii) para ello, se emitirá un acto administrativo en el que de manera motivada se realice tal asignación.

Dicho de otro modo, el ente acusador cuenta con autonomía administrativa para la asignación y redistribución entre sus delegadas de los casos penales sometidos a su conocimiento en fase de investigación, con miras al adecuado ejercicio de sus funciones y asegurar la eficiencia de las mismas.

Con fundamento en lo anterior, aun si se entendiera superado el requisito de la subsidiariedad esta Sala no advierte irregularidad alguna en la Resolución que se cuestiona por esta vía, pues la encuentra suficientemente motivada y ajustada al ordenamiento jurídico, descartando así una vía de hecho.

Ahora bien, el artículo 115 ejusdem señala además que «[c]ontra esta determinación no procederá recurso alguno, pero siempre deberá informarse al agente del Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.»

Así pues, es claro además que dicha resolución no es recurrible y que contrario al sentir del accionante, no debe ser notificada, sino informada, lo cual sucedió, como lo advierte en la demanda, pues su apoderado se enteró el 18 de septiembre de 2023.

Por otra parte, resulta necesario señalar al actor que el cambio de radicación y la variación en la asignación son figuras completamente diferentes, pues la primera debe ser presentada ante un Juez de la República para que este la resuelva, y su procedencia se encuentra supeditada a unos requisitos normativos específicos (artículos 85 y 86 de la Ley 600 del 2000); y la segunda, es de resorte exclusivo de la Fiscalía en aras de garantizar la eficiencia de la investigación, como se desprende de la lectura del artículo 115 de la Ley 600 del 2000, aplicable a este asunto.

Así pues, dado que para el caso que nos ocupa el asunto no ha sido sometido al conocimiento de un juez de la República, es impreciso señalar que se presentó un cambio de radicación.

4. Bajo este panorama, dado que como se indicó en precedencia (i) no se cumple el requisito de subsidiariedad; y, (ii) aun si este se entendiera satisfecho, no se avizora irregularidad alguna, se hace imperioso confirmar el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL - SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 1, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR el fallo impugnado por las razones expuestas.
2. NOTIFICAR esta determinación de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

CÚMPLASE

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 CSJ STP rad. 57832 del 19 de enero de 2012; CSJ STP rad. 83224 del 14 de enero de 2016; y STP 13664 de 2017 rad. 93681.