

Cartagena de Indias D. T. y C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Impugnación de tutela.
Radicado	13001-33-33-003-2021-00011-01
Demandante	Ricardo Cuentas Pérez
Demandado	Policía Nacional - Comandante Policía Nacional Metropolitana de Cartagena.
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por el accionante, contra la sentencia proferida el 2 de febrero de 2021, mediante la cual el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena declaró improcedente la acción de tutela de la referencia por falta de legitimación en la causa por activa.

Advierte la Sala que, con ocasión de la pandemia generada por el Covid-19, el Consejo Superior de la Judicatura expidió varios actos administrativos que establecieron las condiciones de la prestación del servicio de administración de justicia, entre ellas el reparto de trámites como el de la referencia por el sistema para la gestión de procesos judiciales TYBA.

Como por cuenta de lo anterior no cuenta este Tribunal con expediente físico, no se indican en esta sentencia los folios donde se encuentran las pruebas y las diferentes actuaciones surtidas en el proceso.

2.1. La demanda.

a. Pretensiones.

El demandante solicitó que se tutelara su derecho fundamental de petición, y en consecuencia, se ordene a la entidad accionada responder de forma positiva la solicitud a fin de obtener ciertos elementos materiales probatorios que pretenden ser utilizados en el proceso radicado bajo el No. SPO 13001600112920200003.

b. Hechos.

Manifiesta el accionante que, en su carácter de investigador privado y una vez contratado por el doctor Fermín Antonio Rambal, quien funge a su vez como abogado defensor del señor Arley Salgado Reyes, acusado por homicidio dentro del proceso penal radicado con el No. SPO 13001600112920200003, realizó un plan metodológico encaminado a realizar la búsqueda de elementos materiales probatorios con el fin de establecer la inocencia del Arley Salgado Reyes, y solicitó varios de esos elementos al Comando de la Policía Metropolitana de Cartagena, petición que fue presentada por segunda vez el 21 de noviembre de 2020, sin obtener respuesta alguna, entorpeciendo y obstaculizando el libre desarrollo de la defensa del victimario al no entregar la información solicitada.

2.2. Contestación

La Policía Metropolitana de Cartagena adujo que en el presente caso se configuró un hecho superado, porque dio respuesta a las peticiones presentada por el actor los días 14 de febrero y de 23 de noviembre de 2020, informándole que no ha demostrado su interés para obtener la información requerida en razón a que no ha probado actuar en representación del señor Arley Salgado Reyes, quien obra como sindicado de los punibles de homicidio y porte ilegal de armas de fuego o municiones dentro del proceso penal radicado bajo el No. SPO 13001600112920200003. Y si bien el actor manifiesta actuar como investigador privado de la defensa que ejerce el doctor Fermín Rambal, no aporta el respectivo poder que demuestre que se encuentra autorizado para presentar peticiones en nombre del indiciado.

FALLO IMPUGNADO.

Mediante sentencia proferida el 2 de febrero de 2021 el A-quo declaró improcedente la acción de tutela de la referencia, porque consideró que el demandante no está legitimado por activa para presentar la acción de tutela de la referencia.

Adujo que la petición a la que se alude en la tutela fue presentada por el señor Ricardo Cuentas Pérez, pero en representación del señor Arley Salgado Reyes, quien es procesado dentro de un asunto penal adelantado en su contra, y por ello es el verdadero titular del derecho de petición, por ser el afectado o interesado en el fondo de la decisión.

No fue allegado con el escrito de tutela, poder conferido por el señor Salgado Reyes al Dr. Cuentas Pérez para que presentara la acción de la referencia.

Adujo que la persona directamente interesada en obtener los elementos materiales probatorios solicitado, es el señor Salgado Reyes y que el actor al radicar la petición actuaba en su nombre y en representación, por lo que tal

solicitud debe calificarse como gestión profesional ante la Policía Metropolitana de Cartagena.

El doctor Cuentas Pérez no estaba ejerciendo su propio derecho de petición sino concretamente el del señor Salgado Reyes, quien, por conducto de él, solicitaba una documentación.

V.- IMPUGNACIÓN

El actor impugnó el fallo de primera instancia alegando, en resumen, que ni el Código de Procedimiento Penal ni la Constitución Política establecen que la defensa debe darle poder al perito particular (investigador privado debidamente acreditado) o debe mostrar algún documento, o incluso pertenecer o la lista de auxiliares de la justicia.

En ningún momento la norma contempló que para ejercer una actividad propia que la misma legislación penal otorgó a la defensa en todos procesos penales como mecanismo o para recolectar elementos materiales probatorios que la defensa descubrirá en las etapas procesales pertinentes con el fin de garantizar un debido proceso.

VI.- CONTROL DE LEGALIDAD

La presente acción de tutela no adolece de vicios o nulidades procesales que afecten el correcto trámite de esta.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Competencia

El Tribunal Administrativo de Bolívar, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia la impugnación de la sentencia de tutela de la referencia.

7.2. Problema jurídico

Corresponde a esta Sala determinar si el demandante tiene legitimación en la causa por pasiva para presentar la acción de tutela de la referencia.

En caso positivo, se deberá determinar si la entidad accionada vulneró o no su derecho de petición.

7.3 Tesis de la Sala.

La Sala estima el accionante no se encuentra legitimado en la causa por activa para presentar la presente acción, ya que no es el titular del derecho que se alega como vulnerado, no tiene poder para actuar ni alega la condición de agente oficioso.

7.4 MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

7.4.1 Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso en que de no proceder se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.
- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable, supuesto que debe probarse.
- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

7.4.2. Legitimación por activa como requisito de procedencia de la acción de tutela.

De acuerdo a lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, para el ejercicio de la acción de tutela se deben acreditar unos requisitos que permitan establecer su procedencia para resolver el problema jurídico puesto en conocimiento del juez constitucional, tales como la legitimación en la causa por activa.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de directamente o a través de un representante que actúe en su nombre.

La Corte Constitucional en diferentes oportunidades ha señalado que la legitimación en la causa por activa es un presupuesto esencial de la

procedencia de la acción de tutela, puesto que al juez le corresponde verificar de manera precisa quién es el titular del derecho fundamental que está siendo vulnerado y cuál es el medio a través de cual acude al amparo constitucional.

Dicha Corporación, en sentencia T-176 de 2011, sostuvo que la legitimación en la causa por activa constituye una garantía de que la persona que presenta la acción de tutela tenga un interés directo y particular respecto del amparo que se solicita al juez constitucional, de tal forma que fácilmente el fallador pueda establecer que el derecho fundamental reclamado es propio del demandante.

Respecto de la figura del representante, la jurisprudencia ha diferenciado al representante legal cuando se trata de menores, incapaces absolutos, personas jurídicas o interdictos, **del representante judicial que es un abogado debidamente inscrito que actúa en virtud de un poder especial o, en su defecto un poder general, que le ha concedido el titular de los derechos para interponer la acción de tutela específicamente, así:**

“Dentro de los elementos del apoderamiento en materia de tutela la Sala señala que el mismo es (i) un acto jurídico formal por lo cual debe realizarse por escrito. (ii) se concreta en un escrito, llamado poder que se presume auténtico. (iii) El referido poder para promover acciones de tutela debe ser especial En este sentido (iv) El poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende conferido para la promoción de procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen en el proceso inicial. (iv) El destinatario del acto de apoderamiento sólo puede ser un profesional del derecho 121 habilitado con tarjeta profesional 120”.

Por otra parte, cuando el titular de los derechos fundamentales no esté en condición de ejercer su propia defensa, lo podrá hacer un tercero en calidad de agente oficioso. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que esta figura encuentra fundamento en los principios de eficacia de los derechos fundamentales, prevalencia del derecho sustancial y solidaridad, en tanto que permite que una persona ajena al afectado interponga acción de tutela con la finalidad de hacer cesar la vulneración de un derecho fundamental de quien se encuentra en una situación que le imposibilita defender sus intereses.

En ese sentido, los requisitos que le dan validez a la agencia oficiosa han sido reseñados de la siguiente manera: “(i) la manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal; (ii) la circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela, ya por figurar expresamente o porque del contenido se

pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa".

En la sentencia SU-055 de 2015, se consideró que para que se configure la agencia oficiosa en materia de tutela, se requiere la concurrencia de los siguientes elementos: "(i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia. En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional. La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales".

VIII. CASO CONCRETO.

7.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia de las peticiones presentadas por el actor ante la entidad accionada.
- Copia del oficio No. oficio No. S-2020014204 /COMAN – ASJUR 1.10 de 10 de marzo de 2020, por medio del cual la entidad accionada le informa al actor que para resolver de fondo su solicitud, debe aportar poder conferido por los señores Arley Salgados Reyes y Moisés Salgado Casseres.

5.5.2. Análisis crítico frente al marco jurídico.

Las pruebas obrantes en el proceso dan cuenta que el actor, alegando su condición de investigador privado de la defensa dentro del proceso penal radicado con el No. 130016001129202000003, solicitó a la entidad accionada la entrega de unas pruebas que pretenden hacer valer dentro del proceso penal, y en dicha petición relaciona que aporta el contrato de prestación de servicio suscrito con el abogado de la defensa Fermín Antonio Rambal Herrera.

Obra, además, oficio No. S-2020014204 /COMAN – ASJUR 1.10 de 10 de marzo de 2020, por medio del cual la entidad accionada le informa al actor que para resolver de fondo su solicitud este debe aportar poder conferido por los señores Arley Salgados Reyes y Moisés Salgado Casseres.

Tal como lo concluyó el juez de primera instancia, el señor Ricardo Cuentas Pérez, presentó acción de tutela en nombre propio alegando la vulneración de su derecho de petición.

Advierte la Sala que las peticiones presentada ante la Policía Nacional fueron radicadas en su condición de investigador de la defensa, es decir, en cumplimiento de una labor por la cual fue contratado por el abogado Fermín Antonio Rambal Herrera y si bien en principio la autorización del investigado o de su apoderado judicial lo habilitan para solicitar los documentos que pretende recaudar con vista en el proceso penal en que pueden ser utilizados, no lo autorizan para representarlo judicialmente ante el juez constitucional en el evento de que su petición fuera denegada.

Luego, el contrato celebrado entre el investigador y su cliente no legitiman al primero para presentar acción en tutela en su nombre.

Lo anterior, porque el investigado es el titular del derecho de petición, tal como señaló el Juez A quo, y es el legitimado en la causa por activa para presentar la acción de tutela, y quien puede otorgar poder para ser representado en cualquier actuación administrativa o judicial, más no un tercero a quien se le encomienda un trabajo de investigación.

El investigador, en estricto rigor, no adelanta la investigación para sí mismo, sino para el sujeto que pretende hacer valer pruebas en el proceso penal, y es a éste a quien en últimas se le viola el derecho de petición si se le deniega injustificadamente.

El artículo 125 del C.P.P establece como deberes y atribuciones especiales de la defensa (...) 9. *"buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos **e investigadores autorizados** por la ley. Para tales efectos las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, siempre que se acredite por parte del defensor certificado por la Fiscalía General de la Nación, que la información será utilizada para efectos judiciales.*

La ley autorizó a los investigadores privados contratados por la defensa a buscar pruebas que considere necesaria para la defensa de un investigado, en este caso ante la Policía Nacional, pero no los faculta para presentar acciones constituciones tendiente al restablecimiento de un derecho vulnerado a este último, se insiste, porque el titular del derecho no es el del investigador, ni del abogado de la defensa, sino del investigado.

En conclusión, como en el presente asunto, quien presentó la acción de tutela no es el titular del derecho que se alega como vulnerado, no es apoderado del titular del derecho, ni alega su condición de agente oficios, la Sala confirmará la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

X. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

TERCERO: Dentro de los 10 días siguientes a su ejecutoria, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: Háganse las anotaciones de rigor en el Sistema de Gestión TYBA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados,



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VASQUEZ GOMEZ



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ