

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

STP10825-2023

Radicación n° 132332

Acta No 164

Bucaramanga (Santander), treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

LA DEMANDA

El fundamento fáctico y las pretensiones de la solicitud de amparo fueron reseñados por el A quo de la siguiente forma:

«2.1. Manifestó la agente oficiosa que el despacho fiscal accionado tiene a su cargo la indagación con radicado 13-430-60-01118-2022-00575-00 que sigue por el presunto delito de explotación ilícita de yacimiento minero. Actuación dentro de la cual, el apoderado judicial de su padre, en varias oportunidades, ha solicitado la entrega provisional o definitiva de la volqueta de placas NFH-346. Sin embargo, a la fecha, no ha obtenido respuesta alguna.

2.1.1. Por otro lado, afirmó que su padre es un tercero de buena fe, que no conducía el vehículo el día que fue incautado. Luego realizó una serie de señalamientos que, a su juicio, constituyen irregularidades de la fiscalía al adelantar la indagación de la referencia.

2.1.2. Finalmente, resaltó que Nazario Narciso Vivero de Hoyos tiene una imposibilidad física en razón [de] que, desde hace más de 2 años perdió la visión de su ojo derecho como consecuencia de la diabetes mellitus tipo 2 que padece, misma que, a día de hoy, lo mantiene en tratamiento con diálisis.

2.2. Por lo anterior, solicitó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia de Nazario Narciso Vivero de Hoyos. En consecuencia, se ordene a la accionada que resuelva las peticiones que pretenden la entrega provisional o definitiva del vehículo de placa NFH-346.»

EL FALLO IMPUGNADO

1. La Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, procedió a declarar improcedente la solicitud de amparo, de la siguiente manera:

«PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la demanda de tutela promovida por Yaneoris del Carmen Vivero Jiménez, como agente oficioso de su padre, Nazario Narciso Vivero de Hoyos, por falta de legitimación en la causa por activa.»

Lo anterior, con fundamento, de un lado, en que la accionante Yaneoris del Carmen Vivero Jiménez carece de legitimidad por activa para acudir en calidad de agente oficiosa de su padre Nazario Narciso Vivero de Hoyos, en la medida que, las enfermedades que éste padece no constituyen un impedimento o razón suficiente para que deje de interponer la demanda por sí mismo u otorgue poder a un abogado, pues no está demostrado que se encuentre hospitalizado o postrado.

Por el contrario, por parte de la accionante se conoce que su padre contaba con un apoderado judicial en el proceso penal (Fernando Díazgranados), quien no desmintió ese hecho, lo que implica que Nazario Narciso Vivero de Hoyos, también pudo apoderarlo para interponer esta tutela.

2. En todo caso, consideró que no existe prueba de que el accionante o su apoderado radicarán solicitud alguna ante la fiscalía para lograr la entrega del vehículo, lo que igualmente conduce a la improcedencia de la acción. Al respecto, explicó que el abogado del actor en el proceso penal, aportó² la historia clínica de Nazario Narciso, un certificado de libertad y tradición del vehículo y una pericia técnica sobre este, pero no acreditó la presentación de postulación relacionada con la devolución del bien.

LA IMPUGNACIÓN

La agente oficiosa impugnó el fallo del Tribunal de Cartagena, buscando su revocatoria, con fundamento en las siguientes razones:

i. Sí ostenta legitimidad en la causa por activa. En ese sentido, critica al Tribunal por desconocer sus afirmaciones sobre la limitación de salud de su padre y la imposibilidad de que el abogado que lo asiste en otra actuación lo representara, razones por las cuales, decidió presentar la tutela.

Precisó que el estado de salud del agenciado, existente «desde el momento en que le inmovilizaron la volqueta», tanto que, el 17 de diciembre de 2022, fue hospitalizado.

Con posterioridad a ello, indica, su padre ha tenido nuevas crisis emocionales, cuenta con tratamiento de diálisis en su residencia, por lo que «no podía ni levantarse de la cama para acudir a una Notaría para firmar y autenticar un poder para presentar la acción de tutela».

Por ello, iteró, su padre carece de la capacidad física y mental para hacer valer sus derechos.

ii. En segundo lugar, afirma que el abogado de su padre en el proceso penal sí ha presentado unas solicitudes de entrega de la volqueta ante la fiscalía y ante juzgados de control de garantías, a pesar de lo cual, la delegada no ha dado solución al asunto ordenando la restitución, aun cuando cuenta con los fundamentos necesarios para pronunciarse, ya que cuenta con estos desde el «mes de febrero» de 2023. Tales insumos, indicó, corresponden a una experticia técnica de la Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar – CARSB (auto No. 1162 de 14 de diciembre de 2022) y el oficio No. SG-EXT-No. 2987 de 26 de diciembre de 2022, que determinan que la actividad por la cual inició el proceso penal, consiste en la determinada “minería de subsistencia”, la cual es una conducta atípica.

En ese sentido, arguye, el abogado sí aportó copia de cuatro solicitudes de la entrega del rodante, los citados auto y oficio de 14 y 26 de diciembre de 2022, y el acta de una audiencia celebrada por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena.

1. Es competente la Sala para conocer del presente asunto conforme con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, toda vez que la decisión de primera instancia fue proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, de la cual esta Sala es superior funcional.

2. Según lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona ostenta la facultad para promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. En el presente caso, de cara a la impugnación, los problemas jurídicos a resolver se contraen a dos: i) determinar si el A quo acertó al declarar la improcedencia de la acción de tutela presentada por Yaneoris del Carmen Vivero Jiménez, en calidad de agente oficiosa de Nazario Narciso Vivero de Hoyos, por ausencia de legitimidad en la causa por activa; y, superado ello, ii) establecer si se han vulnerado los derechos fundamentales de Nazario Narciso en el marco del proceso penal rad. 13-430-60-01118-2022-00575-00, con respecto a las solicitudes de su apoderado para obtener la devolución del vehículo de placa NFH-346, propiedad de Nazario Narciso Vivero de Hoyos.

4. Sobre la legitimidad en la causa por activa de la agente oficiosa.

4.1. La acción de tutela es un mecanismo judicial de protección constitucional desprovisto de formalidades cuando se trata de invocar ante el juez constitucional el amparo de los derechos fundamentales propios. Sin embargo, en relación con la legitimación por activa, las exigencias varían cuando se pretende la protección de los derechos de terceros.

4.2. Al respecto, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala:

[...] Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

4.3. De la lectura del articulado se puede establecer lo siguiente:

- i) Que la «persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales» está legitimada para interponer la acción de tutela de manera directa o por medio de representante, bien que éste sea judicial o actúe como agente oficioso.
- ii) Que cuando se trata de un representante judicial, que ha de ser, por supuesto, un abogado titulado, surge la obligación de demostrar la existencia del correspondiente mandato, pues por tratarse de derechos fundamentales se requiere de poder especial que, en cualquier caso, se presumirá auténtico.
- iii) Y, que cuando quien interpone la acción de tutela actúa como agente oficioso, tiene la obligación de (a) manifestar tal circunstancia en la solicitud y (b) acreditar la indefensión del titular de las garantías cuya tutela se demanda.

Para los eventos ii) y iii), la ley y la jurisprudencia han precisado unos requisitos especiales. Por ejemplo, en relación con la «representación judicial» se ha definido la importancia de acreditar el mandato judicial y frente a la «agencia oficiosa» la manifestación expresa de que se actúa como agente oficioso de otra persona y la imposibilidad de ésta de promover directamente la acción constitucional.

4.4. En relación con la figura de la agencia oficiosa, la jurisprudencia constitucional ha dicho que:

[...] 8. En relación con la agencia oficiosa, el artículo 86 de la [Constitución Política](#) señala que la acción de tutela puede ejercerla toda persona “... por sí misma o por quien actúe a su nombre” para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. En el mismo sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que “También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud” (resaltado fuera de texto).

9. En esos términos, la agencia oficiosa en materia de tutela es un instrumento procesal de origen constitucional, por el cual se busca la eficacia de principios como la efectividad de los derechos constitucionales (artículo 2º C.P.), la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 de la Carta Política), y la solidaridad social (artículos 1º y 95.2 constitucionales), así como una faceta del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (artículos 229 C.P.).

10. Sin embargo, la Corporación ha establecido que la relevancia constitucional de la agencia oficiosa no implica que su ejercicio no pueda ser regulado, al punto que ha sostenido que ésta sólo opera cuando el titular del derecho no puede asumir su defensa personalmente (o mediante apoderado), debido a que es la persona que considera amenazado un derecho fundamental quien decide, de manera autónoma y libre, la forma en que persigue la protección de sus derechos constitucionales, y determina la necesidad de acudir ante la Jurisdicción. Estas consideraciones se desprenden directamente de la autonomía de la persona (artículo 16, C.P.) y del respeto por la dignidad humana (artículo 1º, C.P.), fundamento y fin de los derechos humanos.

11. A partir de estos lineamientos, esta Corte ha señalado, en reiterada jurisprudencia, que los elementos normativos que informan la agencia oficiosa son los siguientes:

“(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. (iii) La existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos (iv) La ratificación oportuna por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente”.

4.5. En síntesis, es posible agenciar derechos de otros cuando su titular se encuentra

imposibilitado para promover por sí mismo la tutela, pero si la calidad de agente oficioso no se acredita ni se prueba -siquiera sumariamente-, así como el apoderamiento judicial, el juez de tutela debe rechazar la demanda por falta de legitimación o interés.

4.6. En este caso, Yaneoris del Carmen Vivero Jiménez, manifestó en la demanda de tutela que acude como agente oficiosa de Nazario Narciso Vivero de Hoyos, indicando que este «actualmente se encuentra convaleciente por estar enfermo de Diabetes y otras complejidades en su estado de salud, hoy día en tratamiento de Diálisis diariamente» y que «la imposibilidad física que tiene mi señor padre [lo es] en razón a que hace más de dos (2) años quedó ciego del ojo derecho a consecuencia de la diabetes mellitus, tipo II que viene padeciendo».

Sobre ello, de igual manera relató en los hechos octavo, noveno y decimotercero del libelo, que i. presenta retinopatía diabética o desprendimiento de la retina por tracción AO, catarata senil incipiente e hipertensión ocular OD (Glaucoma) por el cual fue operado el 15 de diciembre del año 2021, fecha desde la cual sufre una limitación visual en el ojo derecho, esto es, no puede ver por el mismo; ii. tiene pendiente una cirugía para tratar sus cataratas que no se ha podido realizar por las complicaciones que está sufriendo, circunstancias que lo limitan para valerse por sí mismo y realizar todas sus actividades, por lo que depende de sus familiares; y iii. sufrió una hinchazón en sus pies por lo que, al ser atendido se diagnosticó que sus riñones colapsaron y fue hospitalizado en el Hospital de la Divina Misericordia del Municipio de Magangué, luego de lo cual llevaba un mes con diálisis diarias.

Circunstancias de la salud del titular de los derechos fundamentales, que se encuentran acreditadas en los anexos de la demanda y los documentos aportados por el apoderado de aquel dentro del proceso penal de marras, correspondientes a su historia clínica³.

4.7. Sin embargo, para el Tribunal, todo lo dicho en la demanda y anexos resultó

insuficiente para tener como agente oficiosa de Nazario Narciso a la memorialista, indicando que:

4.3.1. Pese a ese hecho, a juicio de la Sala, las enfermedades que padece Nazario Narciso Vivero de Hoyos no constituyen un impedimento o razón suficiente para que interponga la demanda por sí mismo u otorgue poder a un abogado para que, en su nombre, concorra ante un juez constitucional, especialmente cuando no se encuentra demostrado que esté hospitalizado o en un estado de pérdida de la razón o la conciencia.

4.3.1.1. Por el contrario, Yaneoris del Carmen Vivero indicó que su padre contaba con un apoderado judicial, concretamente el abogado Fernando Díazgranados, quien fue vinculado a este trámite constitucional y no desmintió ese hecho, lo cual permite inferir que Nazario Narciso Vivero de Hoyos igualmente pudo conferir poder para interponer esta demanda.

4.3.1.1. Así las cosas, concluye la Sala que no se cumplieron los requisitos necesarios para la configuración de una agencia oficiosa. Por consiguiente, la demanda será declarada improcedente por falta de legitimación en la causa por activa.» (negrilla original).

4.8. Criterio que no comparte la Sala, pues la libelista, además de haber manifestado que acudía como agente oficioso de su progenitor -de lo cual, se aclara, no estuvo en discusión su parentesco-, esgrimió motivos suficientes por los que Nazario Narciso Vivero de Hoyos no pudo acudir por sí mismo al amparo, al poner de presente situaciones que lo ubican en una condición especial de dependencia conforme con las patologías y quebrantos de salud que se evidencia.

Sin que deba asumirse, que debe conceder un poder al abogado que agencia sus derechos en la actuación penal, por la sola razón de que así procedió con anterioridad, ya que las particularidades del caso antes expuestas permiten asumir la agencia oficiosa destacada en la demanda tuitiva.

Pues las circunstancias enunciadas corroboran la existencia de una imposibilidad real, de naturaleza física y de salud del actor, que le impidió dirigir la tutela personalmente en representación propia y en defensa de los derechos de los que es titular.

Dadas las anteriores razones, considera la Corte que, para este caso, la accionante Yaneoris del Carmen Vivero Jiménez acreditó las condiciones que exigen la ley y la jurisprudencia para acudir a la solicitud de amparo, como agente oficioso de Nazario Narciso Vivero de Hoyos.

5. Del caso en concreto. Lo probado sobre las peticiones del actor ante la Fiscalía 15 Especializada y el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena, y el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Magangué.

5.1. La indagación penal rad. 1343-0600-1118-2022-00575-00, adelantada por la Fiscalía 15 Especializada de Cartagena, por el presunto delito de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales (art. 332 del C.P.) en contra de Rays Alberto Vivero Jiménez, José Rafael Rincón Acosta, David Medina Bohórquez y Robinson Herrera Suárez, el primero de ellos, hijo del accionante; tiene como génesis los hechos de 20 de octubre de 2022, en los cuales, el primero como conductor de la volqueta de placa NFH-346, y los demás tripulantes, como paleros o ayudantes, se dirigían con unos costales con material proveniente de la cantera denominada “Los Gatos”. Esos insumos tenían como destino reforzar una piscina de cultivo de pescado propiedad de Carlos Cure Díaz, ubicada en la Finca Santa Remolino, Corregimiento de Barranco de Yuca, Magangué, Bolívar.

Ese mismo día fue retenida la volqueta de placa TNG-800, la cual fue devuelta a su propietario en noviembre de 2022 por la Fiscalía 12 Especializada de Cartagena; pero, a pesar de las múltiples solicitudes del apoderado del actor, dice la demanda, a la Fiscalía 15 Especializada de la misma ciudad para que se regrese la de placa NFH-346, y pese a su condición de tercero de buena fe, ello no ha acaecido.

5.2. El apoderado de Nazario Narciso, en su informe, confirma que acudió en varias oportunidades ante la Fiscalía 15 Especializada sin que fueran resueltos los requerimientos que en tal sentido elevó; adjuntó copia de los escritos dirigidos a la delegada, de fechas 4 y 16 de noviembre, 21 de diciembre de 2022, 4 de enero y 8 de marzo de 2023⁴; así como del poder especial conferido por el actor el 2 de noviembre de 2022, con esa finalidad⁵.

No obstante, como lo indicó el Tribunal Superior de Cartagena, de la radicación de esas solicitudes ante las autoridades accionadas no allegó prueba sumaria.

Asimismo, el profesional del derecho manifiesta que solicitó la devolución del automotor ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartagena con Función de Control de Garantías, autoridad que en audiencia de 27 de febrero de 2023 negó esa postulación, atendiendo los argumentos de la delegada, consistentes a que estaba dentro del término de seis meses del art. 88 del C.P.P., y se encontraba practicando pruebas en la indagación preliminar.

De ese hecho, adjuntó únicamente el acta de 27 de febrero de 2023, del referido juzgado de garantías, en la cual como observación se anota: «No se accede a la solicitud de entrega provisional o definitiva del rodante placado NFH346»⁶, y que no se emplearon recursos.

Luego de ello, acudió a los Juzgados Primero y Segundo Promiscuos Municipales de Magangué, con la misma finalidad. Sin precisar fecha, dice que el primer despacho no efectuó audiencia -por la ausencia de la fiscalía y por no contar con el certificado de tradición del vehículo y el acta de su incautación-.

Luego, acudió ante el segundo despacho. El 17 de abril de 2023, menciona, este declaró fallida la audiencia por incapacidad médica de la fiscal. Reprogramada para el 24 siguiente, no se efectuó porque estaba realizando otras audiencias con personas privadas de la libertad.

5.3. La delegada, por su parte, aseveró que respondió a las peticiones del abogado, dándole

directamente las explicaciones atinentes a la necesidad de proferir una orden de trabajo para escuchar a todos los miembros de la policía que participaron en el procedimiento, a los indiciados y al propietario del vehículo; pero, el profesional se molestó, fue agresivo y violento en su despacho, «y se llevó los derechos de petición y documentos que, dijo, iba a radicar... acto presenciado, inclusive, por funcionarios del Nivel Central de la Fiscalía, quienes sugirieron llamar a seguridad para que protegieran [su] integridad ante la exaltación del abogado».

Aunado a ello, corroboró lo dicho por el profesional en torno a las diligencias de 17 y 24 de abril de 2023, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Magangué, y de las razones por las cuales estas no se efectuaron; enfatizando, luego, en el hecho de que se encuentra «a la espera de la complementación de la orden de trabajo para adoptar la decisión de fondo, tanto del vehículo como de la indagación preliminar», y en que el asunto se encuentra aún en indagación, y que está dentro del término del artículo 175 del C.P.P., para tomar una determinación en punto de la indagación.

5.4. Vinculados los Juzgados Segundo Promiscuo Municipal de Magangué y Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena -auto de 7 de julio de 20237-, estos guardaron silencio en el presente trámite.

5.5. Ante las evidentes falencias probatorias del sub examine, mediante correo de 28 de los corrientes la Sala requirió a la Fiscalía demandada -a los correos electrónicos obrantes en este expediente: ubaldo.garcia@fiscalia.gov.co y narlyt.patiño@fiscalia.gov.co- y a los referidos despachos judiciales, para que rindieran informe o lo complementaran, de cara a los hechos de la demanda, esencialmente, en relación con las audiencias de control de garantías, de devolución del rodante a Nazario Narciso.

5.6. En respuesta, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Magangué informó que, después de que se frustró la diligencia de 24 de abril de 2023, esta se llevó a cabo el 8 de

mayo posterior, en la cual negó la solicitud de devolución del vehículo.

Adjuntó el acta y la grabación de la sesión, en la que negó la postulación al considerar que se encontraba pendiente por resolver esta acción de tutela y, por cuanto la fiscalía no puso el vehículo a disposición de los Juzgados con Función de Control de Garantías de Magangué, una vez se legalizara su incautación, la que no se ha efectuado y continúa a cargo de la Fiscal.

Por ello, no obstante, conminó a esa delegada para que, en un término razonable, adopte decisión de fondo al respecto con fundamento en los elementos que obran en el expediente penal, como lo es la documentación oficial proveniente de la Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar – CARSB, de acuerdo con la cual la mina relacionada con los hechos, es de naturaleza artesanal.

Esa determinación, igualmente, no fue recurrida.

6. De la insatisfacción de la subsidiariedad respecto de los Juzgados Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena y Segundo Promiscuo Municipal de Magangué.

6.1. Se probó la existencia de una audiencia de 27 de febrero de 2023, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena, en la cual dicha célula según se anota en el acta de esa diligencia, determinó no acceder a «la solicitud de entrega provisional o definitiva del rodante placado NFH346»⁸, y que esta decisión no fue objeto de recursos.

6.2. También se acreditó que, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Magangué se realizó la audiencia de 8 de mayo pasado, en la cual, como se indicó, fue negada la solicitud de devolución del automotor, no obstante, el abogado del accionante no elevó recursos ordinarios contra esa determinación.

6.3. Luego, con facilidad se observa que, el abogado de la parte accionante dentro del proceso penal omitió hacer uso de los medios de defensa judicial idóneos para defender las prerrogativas fundamentales de las que es titular Nazario Narciso Vivero de Hoyos, lo cual, descarta la satisfacción del presupuesto de la subsidiariedad (Vg. CSJ SPT5051-2023, Rad. 130743, 25 may. 2023), para controvertir los autos de 27 de febrero y 8 de mayo de 2023 de los Juzgados Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena y Segundo Promiscuo Municipal de Magangué.

6.4. Asimismo, resulta claro que el proceso penal rad. 13-430-60-01118-2022-00575-00 se encuentra en curso, en indagación ante la Fiscalía 15 Especializada de Cartagena, escenario natural dentro del cual, con los documentos fundamento de la acción de tutela, el actor a través de su apoderado judicial puede insistir en su postulación ante los Juzgados Penales Municipales con Función de Control de Garantías, ello, con sustento en la postura de la Sala (Vg. CSJ STP11567-2022, rad. 125464, 25 ago. 2022).

6.5. Así las cosas, dada la insatisfacción del requisito de la subsidiariedad, se declarará improcedente la acción de tutela con respecto a los Juzgados Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena y Segundo Promiscuo Municipal de Magangué.

7. De la vulneración de los derechos fundamentales de postulación y acceso a la administración de justicia del actor, por parte de la Fiscalía 15 Especializada de Cartagena.

7.1. Pacífica se ha tornado la jurisprudencia al enseñar que, cuando los sujetos procesales presentan solicitudes ante el funcionario judicial competente, en el marco de la actuación en la cual están vinculados, y éste no las resuelve, el derecho conculcado no es el de petición sino el debido proceso, en su manifestación del derecho de postulación, pues debe tenerse en cuenta que se está frente actuaciones regladas por la ley procesal.

Ello es así, también, porque cuando se solicita a un funcionario judicial que haga o deje de

hacer algo dentro de su función, él está regulado por los principios, términos y normas del proceso; en otras palabras, su gestión está gobernada por el debido proceso.

Tal postura, es de resaltarlo, se extiende a los trámites penales que se encuentran en fase de indagación, pues incluso allí los funcionarios judiciales deben propender por garantizar las prerrogativas fundamentales de quienes se encuentran vinculados a una actuación judicial.

Bajo esa perspectiva y teniendo en cuenta que el accionante, en su libelo introductorio y luego en su escrito de impugnación se queja porque la fiscalía accionada no le ha resuelto unas solicitudes presentadas en el marco del proceso penal rad. 2022-00575-00, consistentes en la entrega provisional o definitiva de la volqueta de placas NFH-346 de la que es propietario, no cabe duda que se está ante la posible vulneración del derecho al debido proceso en su vertiente de postulación, y no del de petición como erradamente lo anunció la libelista y lo abordó el A quo en su decisión de instancia, ya que se trata de una solicitud radicada en el marco de una actuación judicial que se surte en contra de otros ciudadanos y al que acude el accionante en calidad, dice, de tercero de buena fe.

7.2. Ahora bien, en efecto, cuando un ciudadano acude a la acción de tutela por considerar lesionados sus derechos fundamentales, tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones (CC T-678-2008, CC T-678-2008 y CSJ STP2339-2023, Rad. 129153) y, para el caso concreto, señaló el A quo que la parte actora incumplió con esa carga probatoria, ya que no allegó prueba sumaria con la que se demuestre la presentación de su postulación ante la fiscalía.

7.3. En el presente contexto, se tiene que, mientras el abogado de Nazario Narciso Vivero afirma que presentó ante la Fiscalía 15 Especializada múltiples solicitudes de la entrega del automotor de placa NFH-346 (de 4 y 16 de noviembre, 21 de diciembre de 2022, 4 de enero y 8 de marzo de 2023); dicha funcionaria expresa que, en una oportunidad -cuya fecha no precisa- el profesional acudió a su despacho para radicar unas peticiones junto con sus

anexos –se entiende, con el objeto de lograr la devolución del rodante-, pero, por sus explicaciones, dadas a aquel verbal y personalmente, sobre la improcedencia de la devolución, aquel reaccionó de manera airada y abandonó el lugar sin radicarlas.

Es decir, aun lo afirmado por el abogado, lo demostrado en esta actuación es que, en fecha indeterminada, la fiscal le respondió a aquel, verbal y personalmente, indicándole las razones de la improcedencia de la entrega del bien, y aquel no presentó su postulación ni así lo probó de forma sumaria.

7.4. No obstante, la Sala destaca que, actualizada la información del asunto en sede de segunda instancia, el 8 de mayo de 2023 el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Magangué, para abstenerse de decidir la solicitud del abogado, expuso el siguiente razonamiento¹⁰:

«...De esta petición quiere decir que ya hubo una un pronunciamiento de un juez de control de garantías previamente a esta audiencia y del cual el este funcionario judicial acoge, en el sentido de que, efectivamente, ese es un bien que en está un estado de cosas inconstitucional, en el aire, es decir, no está a disposición de la judicatura, nunca se legalizó la incautación de esas dos volquetas.

Ya el juez especializado consideró su entrega y fíjese que no recurrió a la judicatura, sino recurrió a los jueces de control de garantías para ordenar la entrega del vehículo. ¿Por qué no recurrió? Porque precisamente esos vehículos nunca estuvieron a disposición de un juez de control de garantías y él, consideró, que el propietario del vehículo era un tercero de buena fe y procedió a la entrega de ese rodante.

En este caso [el otro] vehículo que es este que nos ocupa, y que efectivamente, está en manos de la Fiscal 15 Especializada, está en igual condición que el otro y por lo tanto es una decisión que tiene que adoptar la fiscal dentro de la actuación.

Pero ello no significa que la fiscal tenga todo el tiempo del mundo para decidir, porque tampoco ello es así, toda vez que, ahí hay unos elementos que la fiscal tiene que estudiar, considerar, como es la resolución de la CAR, de la autoridad ambiental competente, donde hay un pronunciamiento con relación a esa cantera (...) es un elemento que la fiscal tiene que comenzar a considerar.

Segundo, las declaraciones que se han vertido dentro de ese de ese de ese proceso y que están no sé si están allí dentro de la investigación que ella tiene o dentro de la investigación conexa que lleva el Fiscal Especializado número 12, que parece ser que son los mismos hechos (...)

Entonces, realmente vuelvo y digo, reitero que esta judicatura no es competente por el hecho de que esos vehículos jamás han sido puestos a disposición de un juez de control de garantías y, por lo tanto, el juez, otro juez de control de garantías tiene que decidir sobre, precisamente, si están dadas o no están dadas las circunstancias del artículo 88 solicitado por el señor defensor.

Pero eso no es óbice para que la señora Fiscal decida dentro de un término prudente, la entrega entonces de manera administrativa por parte de ella, así como lo hizo el fiscal 12, tomó una decisión de fondo con relación a ese bien. Si el dueño del vehículo, el señor Nazario, está incurso, o no está incurso dentro de lo que se está investigando, si el delito existió o no existió, conforme a la resolución que tiene la autoridad administrativa, la Corporación Autónoma del Sur de Bolívar, CSB, donde se dice que esa mina no es de extracción ilegal, sino que es una mina artesanal y establecer si efectivamente esa resolución la expidió o no la expidió, si considera que no ha solicitado la señora fiscal ese concepto de la CSB, pero sí existe y ahí está y se le dio en traslado, ya está de conocimiento, ella tiene ya conocimiento de este acto administrativo donde efectivamente se dice que, "en el caso concreto las actividades desarrolladas en la cantera de propiedad del señor Carlos Cure se encuentran ajustadas a lo regulado en el artículo 327 de la Ley 1955 del

2019, la cual define la minería de subsistencia y sus condiciones". (...) es decir que esta es una mina que se puede explotar, porque es una mina de subsistencia, no hay maquinaria amarilla, y que su regulación le compete a la Alcaldía de Magangué.

(...) y con lo que aparece allí, sustentado por el señor Defensor, de lo cual ha hecho referencia en su intervención del estado de salud del señor propietario de la volqueta, que se ha demostrado que, efectivamente, es imposible que él esté manejando o tuviese conocimiento de lo que estaba sucediendo con su volqueta, si es tercero de buena fe, si su estado de salud y en el estado en que él está, esa volqueta significa su subsistencia o no, su mínimo vital o no...

...ya que estos vehículos jamás fueron puestos a disposición de ningún juez de control de garantías. Su legalización está en suspenso, está en un estado de cosas inconstitucional, por decirlo así, porque la obligación de la fiscalía era dentro de las 36 horas siguientes de la incautación ponerlo a disposición de un juez de control de garantías que se refiriera a la ilegalidad de la incautación de ese bien, cosa que jamás se hizo.

Razón por la cual efectivamente, soy incompetente, no puedo dirimir un conflicto que no es competencia de este juez de control de garantías, sino que es competencia única y exclusivamente de (...) la Fiscalía 15, a quien conmino, a que tome una decisión de fondo en un tiempo perentorio, en un término perentorio prudencial... con relación a la entrega o no de ese bien, ya que es delito, no es delito, eso es resorte de los saltos investigativos de la Fiscalía, en su configuración constitucional del artículo 250 y que la potestad de investigar o no, es competencia de la Fiscalía General de la Nación y no de un juez de control de garantías. Pero, eso no es óbice para que la señora Fiscal tome una decisión con relación a la entrega o no dentro de un término prudencial, en atención a las condiciones que se han argumentado dentro de esta audiencia de la condición física de salud y demás del propietario de esa buseta (sic) y que parece ser que su único sustento, vehículo que está desde el mes de octubre del año pasado, retenido en la estación de policía en la

Esmeralda de Magangué y que no se sabe su suerte, qué va a ser de este vehículo, mientras que la situación de salud y la situación de subsistencia de su propietario, está en detrimento como se ha esbozado por parte de la defensa.»

Oportunidad en la cual, anota la Corte, estuvo presente la Fiscal 15 Especializada de Cartagena, quien no interpuso recursos y, como se explicó anteriormente, guardó silencio en esta actuación con respecto a las gestiones adelantadas en torno a la devolución del vehículo de marras, pese al requerimiento de la Corte.

7.5. No obstante la conminación del juez en la aludida audiencia de 8 de mayo de 2023, por parte del Juez Segundo Promiscuo Municipal de Magangué, la Fiscal 15 Especializada de Cartagena no ha tomado una determinación de fondo acerca de la situación jurídica del vehículo del que es propietario el actor, a pesar de que su incautación se produjo el 20 de octubre de 2022, es decir, hace más de nueve meses.

7.6. Al respecto, importante es recordar que, tratándose de la devolución de los bienes sometidos a tales restricciones, la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2014 indicó que tanto la entrega de aquellos que han sido incautados y ocupados con fines de comiso, a quien tuviera derecho a recibirlos, como el levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo sobre los mismos, corresponde al juez de control de garantías, a solicitud del fiscal o de quien mostrara interés jurídico en la pretensión. Esto quiere decir, que quien se crea con interés legítimo para reclamar los muebles o inmuebles afectados con las disposiciones cautelares citadas, deberá demostrarlo ante el juez de control de garantías, atendiendo los términos y condiciones señalados (óp. Cit. CSJ STP11567-2022).

Sin embargo, en el presente caso, el accionante ya acudió, a través de su apoderado dentro del proceso penal, ante los Juzgados Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena y Segundo Promiscuo Municipal de Magangué, en las denotadas sesiones de 27 de febrero y 8 de mayo de 2023; en las cuales, los jueces de garantías no se

pronunciaron de fondo acerca de la solicitud del promotor, de acuerdo con la explicación del segundo de ellos, en razón de que la fiscalía no ha legalizado la incautación de la volqueta de placa NFH-346.

7.7. Al respecto, destaca la Sala que, el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal, establece que

ARTÍCULO 88. DEVOLUCIÓN DE BIENES. Antes de formularse la acusación y en un término que no puede exceder de seis meses, serán devueltos los bienes y recursos incautados u ocupados a quien tenga derecho a recibirlos cuando no sean necesarios para la indagación o investigación, o se determine que no se encuentran en una circunstancia en la cual procede su comiso; sin embargo, en caso de requerirse para promover acción de extinción de dominio dispondrá lo pertinente para dicho fin.

En las mismas circunstancias, a petición del fiscal o de quien tenga interés legítimo en la pretensión, el juez que ejerce las funciones de control de garantías dispondrá el levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo.

En la sentencia C-591 de 2014, la guardiana constitucional ilustró sobre la exequibilidad del citado canon 88 procesal, lo siguiente:

«27. En este contexto normativo se encuentra el artículo 88 del C.P.P., parcialmente acusado, norma ésta que faculta al fiscal, para ordenar, antes formularse la acusación, y en un término que no podrá exceder de seis meses, la devolución de los bienes y recursos incautados y ocupados a quien tuviere derecho a recibirlos, cuando no sean necesarios para la investigación o indagación, o se determine que no se encuentran en una circunstancia en la cual procede su comiso.

Teniendo en cuenta que la norma se ubica en el capítulo II del título I que regula el “comiso” se entiende que los bienes y recursos a que alude el precepto son aquellos que han sido

incautados u ocupados con fines de comiso, es decir que han sido objeto de las medidas cautelares materiales a que se refiere el artículo 83 del C.P.P[52].

Los haberes sobre los cuales pueden recaer estas medidas, de conformidad con el artículo 82 del C. de P.P., son “los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumento para la ejecución del mismo”.

De manera que, los valores a que se contrae el precepto parcialmente acusado son aquellos sobre los cuales ha recaído una medida cautelar de carácter material (Art. 83 C.P.P.), consistente justamente en la incautación y ocupación de ciertos bienes que, de conformidad al artículo 82 C.P.P., pueden ser objeto del comiso. Se trata de bienes susceptibles de valoración económica, sobre los cuales pueda recaer el derecho de dominio (corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, Art. 82 Parágrafo).

28. No puede perderse de vista que las medidas cautelares materiales, al igual que las jurídicas, deben ser inscritas en las oficinas de registro correspondiente cuando la naturaleza del bien lo permita (Art. 86 C.P.P.). Los bienes y recursos que son objeto de estas medidas quedarán a disposición de la Fiscalía General de la Nación (Fondo Especial de Administración de Bienes), para efectos de su administración.

29. Teniendo en cuenta que en algunas de las intervenciones se aprecia un cierto nivel de confusión en torno al ámbito de aplicación del precepto examinado, es preciso aclarar que no puede confundirse la devolución de bienes que han sido objeto de incautación y ocupación con fines de comiso, actuación que por consiguiente se refiere a bienes o recursos que han sido afectados con una medida cautelar material, con otras actuaciones que permiten al fiscal la devolución de elementos aprehendidos en ejercicio de la potestad constitucional de la Fiscalía General de la Nación de “asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia” (Art. 250.3 Constitución). En este último

caso, la aprehensión recae sobre medios cognoscitivos, evidencia física e información que son descubiertos, recogidos y custodiados por el fiscal o por la policía judicial bajo su dirección (Art. 275 C.P.P.), y respecto de los cuales se aplica la cadena de custodia (Art. 254 C.P.P.).

Cuando esta actividad investigativa de análisis y custodia, propia del fiscal, recae sobre elementos que presentan cierto valor comercial y además un interés probatorio, como los denominados “macroelementos materiales probatorios” categoría a la que pertenecen las naves, aeronaves, vehículos automotores, máquinas, grúas y otros similares, la ley prevé que una vez examinados y levantados los registros correspondientes (fotografías, videos) para la preservación de la prueba, “serán devueltos al propietario, poseedor o tenedor legítimo, según el caso, previa demostración de la calidad invocada”. (Art. 266 del C.P.P.).

Dado que en esta hipótesis los bienes no han sido afectados con medidas materiales de incautación u ocupación con fines de comiso, la entrega podrá ser efectuada por el fiscal. Se trata de bienes respecto de los cuales se realizan diligencias probatorias “con fines de investigación”.

La misma norma que prevé la devolución de macroelementos materiales de prueba (Art. 266 C.P.P) deja a salvo las previsiones del código “en relación con las medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso”, y los bienes que “hayan sido medios eficaces para la comisión del delito”, las cuales se someterán a las normas que regulan el comiso (Capítulo II del título II).

Situación distinta es la regulada en el artículo 88 del C. de P.P., por cuanto los bienes a que hace referencia han sido objeto de medidas materiales de incautación u ocupación con fines de comiso, por consiguiente la actuación de autorizar la devolución a quien tenga derecho a recibirlos, trasciende la competencia del fiscal de proveer al aseguramiento de los elementos materiales de prueba, garantizando la cadena de custodia.»

Asimismo, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, de antaño, ha sostenido que, en los casos en los cuales, no pesa sobre un bien una medida cautelar, es competencia de la fiscalía pronunciarse acerca de la devolución de los bienes incautados en actuaciones penales¹¹:

«(...) De conformidad con la norma transcrita, el Fiscal tiene dos opciones: 1) pide la suspensión del poder dispositivo por cuanto entiende que el bien debe ser objeto de comiso; ii) o hace la devolución inmediata de este último porque concluye que no se va a aplicar ninguna medida legal y por lo tanto no se requiere para la investigación.

La intervención del juez, por su parte, en virtud de lo establecido en el inciso segundo, consiste en decretar la suspensión del poder dispositivo de los bienes u ordenar el levantamiento de la misma. Es claro que si se toma la medida, de allí en adelante sólo el Juez puede disponer cualquier cosa sobre el bien.»

Quiere decir lo anterior que, pese al conocimiento de la Fiscal 15 Especializada de Cartagena en relación el estado de indefinición de la volqueta de placa NFH-346, de cuya resolución fue conminada en estrados por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Magangué desde el 8 de mayo de 2023, no ha proferido de oficio determinación de fondo acerca, bien sea de la afectación con medidas cautelares, ora de la devolución del vehículo propiedad de Nazario Narciso Vivero de Hoyos.

Omisión que, se observa como una evidente trasgresión a la garantía fundamental de Nazario Narciso Vivero de Hoyos, al debido proceso, respecto de su vehículo de placa NFH-346, en el marco del proceso rad. 2022-00575-00. Por lo anterior, se revocará parcialmente el fallo impugnado para, en su lugar, amparar el referido derecho superior y ordenarle a la Fiscalía Quince Especializada de Cartagena, proceda a pronunciarse acerca de la referida situación, en un término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia.

8. A partir de lo expuesto, en síntesis, la Sala revocará parcialmente el fallo impugnado para, amparar el derecho fundamental del debido proceso a favor de Nazario Narciso Vivero, en relación con la Fiscalía Quince Especializada de Cartagena.

En lo demás, se confirmará la improcedencia de la acción de tutela, en lo atinente a los autos de 27 de febrero y 8 de mayo de 2023, de los Juzgados Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena y Segundo Promiscuo Municipal de Magangué, por insatisfacción del requisito de subsidiariedad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sala de Decisión de Tutela N° 3, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero. REVOCAR PARCIALMENTE el fallo objetado, para AMPARAR el derecho fundamental de Nazario Narciso Vivero de Hoyos al debido proceso, en relación con la situación jurídica del vehículo de placa NFH-346, en el proceso penal rad. 2022-00575-00. En consecuencia, ORDENAR a la Fiscalía Quince Especializada de Cartagena proceda a pronunciarse sobre la devolución del referido automotor demandada por el tutelante, en un término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia.

Segundo. En lo demás se confirma la improcedencia la solicitud de amparo, respecto de los Juzgados Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena y Segundo Promiscuo Municipal de Magangué, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Mediante auto CSJ ATP690-2023, Rad. 131026, 8 jun. 2023, la Sala decretó la nulidad de la actuación a partir de la notificación del auto que la avocó, con fundamento en que el contradictorio no fue debidamente integrado con los Juzgados Segundo Promiscuo Municipal de Magangué, Bolívar, y Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena.

2 Una vez vinculado como tercero a la presente actuación constitucional.

3 Cfr. Documentos “02. Anexos al Memorial Fernando Diazgranado.pdf” y “02.Anexo.pdf” de la demanda de tutela.

4 Cfr. Folios 8 a 43 de: “0006RptaMemorialAbogadoFernandoDiazGranados.pdf”, en 90 folios, correspondiente al informe del abogado del actor dentro del proceso penal rad. 20220057500.

5 Folio 19, ibíd.

6 Folio 6 del documento “0006RptaMemorialAbogadoFernandoDiazGranados.pdf”, en 90 folios.

7 Cfr. Documentos “0017AutoAdmite” y “0018NotificacionAutoAdmite”, obrantes en el expediente digital. Lo cual se dio en cumplimiento del auto CSJ ATP690-2023, Rad. 131026, 8 jun. 2023, por medio del cual esta Sala decretó la nulidad de la actuación, por indebido contradictorio.

8 Folio 6 del documento “0006RptaMemorialAbogadoFernandoDiazGranados.pdf”, en 90 folios.

9 Cfr. Folios 8 a 43 de: “0006RptaMemorialAbogadoFernandoDiazGranados.pdf”, en 90 folios, correspondiente al informe del abogado del actor dentro del proceso penal rad. 20220057500.

10 Audio de 8 de mayo de 2023, allegado a la Corte Suprema de Justicia por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Magangué.

11 Vg. Exp. 11001023000201200166-00, de 14 de agosto de 2012, y auto del 8 de marzo de 2012. Rad. 029.