

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

ATP1263 - 2021

Tutela de 2ª instancia No. 117298

Acta No. 175

Bogotá D.C., trece (13) de julio de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Sería del caso resolver la impugnación planteada por la abogada Jenny Alexandra Nova Torres en condición de apoderada de JHONATAN VERGARA HERNÁNDEZ, contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Florencia, el 11 de mayo de 2021, mediante el cual negó el amparo constitucional solicitado contra la Fiscalía Cuarta Seccional de Florencia, de no ser porque se advierte que la profesional del derecho no se encuentra legitimada para actuar.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. La Fiscalía Cuarta Seccional de Florencia-Caquetá, adelanta investigación penal contra JHONATAN VERGARA HERNÁNDEZ por el presunto delito de acceso carnal violento. El proceso penal se cursa en el Juzgado 3º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad, se encuentra en etapa de juicio, pendiente de fijar fecha para la audiencia preparatoria.

2. Jenny Alexandra Nova Torres, invocando la calidad de apoderada judicial de Jhonatan Vergara Hernández, promovió acción de tutela dirigida a obtener el amparo de los derechos fundamentales de petición, defensa, debido proceso y acceso a la administración de justicia de su prohijado, que afirma vulnerados por la fiscalía accionada, ante la omisión de respuesta de la petición radicada el 8 de marzo del presente año, reiterada 16 y 23 del mismo mes y año, mediante la cual solicita la práctica de una prueba de ADN ante el Instituto Nacional de Medicina Legal Seccional con el fin de aportarla como elemento material probatorio.

3. En consecuencia, pide el amparo de los derechos fundamentales invocados y que se ordene a la accionada dar respuesta de fondo a la petición objeto de tutela.

ACTUACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto del 20 de abril de 2021, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia avocó el conocimiento del asunto y surtió el traslado a la autoridad judicial accionada.

La Fiscalía Cuarta Seccional de Florencia comunicó que adelanta investigación 180016001299201900292 contra JONAHATAN VERGARA HERNÁNDEZ, por el delito de acceso carnal violento, encontrándose pendiente para que se fije fecha para la audiencia preparatoria por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Florencia.

Expuso que el día 18 de enero de 2021, solicitó al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Florencia la toma de un examen de ADN con el fin de establecer el vínculo de paternidad entre el acusado, la menor y la víctima en la ciudad de Cali, sin embargo, mediante comunicación telefónica con dicho Instituto de Medicina Legal de Florencia, les informaron que la Fiscalía debe coordinar con cada persona, fecha y hora para la toma de este examen, tanto en Florencia como en Cali, además que dichas muestras sean enviadas a la sección de Genética criminalística de la ciudad de Bogotá para que sea cotejadas, por lo

que actualmente se está adelantando dicho trámite.

EL FALLO IMPUGNADO

El 11 de mayo de 2021, Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia negó el amparo constitucional reclamado por la señora Jenny Alexandra Nova Torres en favor de JHONATAN VERGARA HERNÁNDEZ.

Argumentó que cuando se ejerce la acción de tutela a nombre de otro, a título profesional, es menester que con la demanda se anexe poder, que se presume auténtico de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el cual debe ser especial.

Explicó que el poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende conferido para la gestión de procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento tengan origen en el proceso inicial, y que el destinatario del acto de mandamiento sólo puede ser un profesional del derecho, habilitado con tarjeta profesional.

Concluyó que la falta de poder especial para adelantar el proceso de tutela por parte de un apoderado judicial, aun cuando tenga poder específico o general en otros asuntos, no lo habilita para ejercer la acción de amparo constitucional a nombre de su mandante, no obstante, en el caso bajo estudio, la accionante no acompañó prueba alguna, de allí que en el presente escenario constitucional no acreditó su condición de apoderada judicial, de lo cual emerge clara su falta de legitimación por activa para actuar en la presente la acción de tutela.

LA IMPUGNACIÓN

La ciudadana Jenny Alexandra Nova Torres impugnó el fallo. En sustento de su disenso, indicó que actúa como apoderada judicial de JONAHATAN VERGARA HERNÁNDEZ, quien se

encuentra en calidad de acusado de la presunta comisión del delito de acceso carnal violento, investigación que se adelanta en la Fiscalía 4ª Seccional de la ciudad de Florencia – Caquetá, bajo radicado No. 2019 – 00292 – 00.

Dijo que el 8 de marzo del 2021, en uso del derecho constitucional de petición consagrado en el artículo 23 de la [Constitución Política](#), presentó petición ante la fiscalía accionada, en que solicitó la práctica de una prueba de ADN ante el Instituto nacional de Medicina Legal – Seccional Caquetá, a fin de poder aportarla como elemento material probatorio en la investigación de la presunta comisión de este punible y determinar si es concluyente, la cual no ha sido atendida.

Advirtió que la falta de legitimación en la causa por activa, en que se fundamentó el fallo de primera instancia, debió advertirse en el auto admisorio de la tutela y, en su defecto, debió requerirse a la parte accionante para que el termino de lo oportuno remitiera el respectivo poder, no obstante, decidió admitirla.

Por tanto, consideró que la negativa del a quo vulnera de manera directa los derechos constitucionales de JHONATAN VERGARA HERNÁNDEZ, pues si no existía legitimación en la causa por activa, debió abstenerse de fallarla y no decidir de fondo, toda vez que al negar el amparo constitucional se comporta una equivalencia al cierre del estadio procesal para reclamar derechos procesales por vía constitucional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

De conformidad con lo señalado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación formulada contra el fallo de tutela que emitió la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia.

Se anticipa, sin embargo, que la Sala no hará un pronunciamiento de fondo sobre los contenidos y sentido de la decisión impugnada, por advertir que en el trámite se incurrió en irregularidad sustancial, que afecta de nulidad la actuación cumplida.

El caso

La demanda constitucional está dirigida a salvaguardar el derecho fundamental de petición, debido proceso y acceso a la administración de justicia de JHONATAN VERGARA HERNÁNDEZ, presuntamente vulnerados por la Fiscalía 4ª Seccional de Florencia.

En el trámite de la acción, la tutelante Jenny Alexandra Nova Torres, quien adujo actuar como apoderada judicial de JHONATAN VERGARA HERNÁNDEZ, manifestó que el 8 de marzo del presente año presentó petición de práctica de una prueba de ADN ante el Instituto Nacional de Medicina Legal Seccional con el fin de aportarla como elemento material probatorio ante la Fiscalía 4ª Seccional de Florencia.

Sin embargo, en esta acción constitucional, la aludida profesional no aportó poder especial para actuar en representación de los intereses del ciudadano JHONATAN VERGARA HERNÁNDEZ.

En torno al tema, es de recordarse que el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela debe ser promovida directamente por la persona afectada en sus derechos fundamentales, quien puede actuar mediante apoderado o por un agente oficioso.

La Sala, en reiteradas decisiones (STP4412-2020 del 28/05/20, Rad. 71529 del 6/02/14, entre otras), en armonía con lo señalado por la Corte Constitucional (CC T-664 de 2011), ha hecho las siguientes precisiones:

i) La norma autoriza para promover la acción de amparo solamente a la “persona vulnerada

o amenazada en uno de sus derechos fundamentales”, quien puede hacerlo de manera directa o por medio de representante, bien que éste sea judicial o un agente oficioso.

ii) Si actúa a través de representante judicial, quien obviamente ha de ser un profesional del derecho, debe demostrarse la existencia del correspondiente mandato, en cuanto que para hacerlo se requiere poder especial.

iii) Si quien la propone actúa en condición de agente oficioso, debe manifestar expresamente que lo hace en dicha calidad y acreditar que el titular del derecho no está en condiciones de hacerlo.

De manera que la existencia de poder especial es una condición necesaria para establecer la legitimación en la causa, como lo resaltó la Corte Constitucional en la sentencia T - 194 de 2012:

En efecto, el tema de la especificidad en los poderes toma importancia, pues el cumplimiento de este principio hace posible que un apoderado judicial interponga una acción de tutela a nombre de su poderdante, ya que de la estructura del poder depende que el juez de tutela identifique con claridad si existe o no legitimación en la causa por activa.

En el presente caso, la abogada Jenny Alexandra Nova Torres no aportó poder especial para actuar en representación de JHONATAN VERGARA HERNÁNDEZ y tampoco demostró que se estructuraban los requisitos de la agencia oficiosa, razón suficiente para que su solicitud de amparo fuera rechazada por carencia de legitimación en la causa por activa.

Debe resaltarse, además, según tiene establecido la Corte Constitucional, que el hecho que sea apoderada judicial de VERGARA HERNÁNDEZ en el proceso penal en el que elevó la solicitud, calidad que tampoco se acreditó en el plenario, no la faculta para representarlo judicialmente en este trámite constitucional (CC T - 531 de 2002, reiterada, entre muchas otras, en la T - 664 de 2011).

Siendo así, se impone dejar sin efecto el fallo de primera instancia y, en su lugar, rechazar la tutela promovida por la abogada Jenny Alexandra Nova Torres.

Dígase, por último, que el ciudadano JHONATAN VERGARA HERNÁNDEZ puede interponer acción de tutela directamente o, por conducto de apoderado, otorgando poder especial para el efecto, si estima vulneradas sus garantías fundamentales frente la omisión de respuesta de la petición presentada el 8 de marzo último

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sala Segunda de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

1. DEJAR SIN EFECTOS el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Florencia, el 11 de mayo de 2021. En su lugar, RECHAZAR la presente demanda, por falta de legitimación por activa.

2. NOTIFICAR este proveído conforme al artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

3. REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

FABIO OSPITIA GARZÓN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria