República de Colombia

Tribunal Superior de Cúcuta
Sala Penal

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente:
ÉDGAR MANUEL CAICEDO BARRERA

Aprobado, Acta No. 543

Cúcuta, veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

VISTOS

Procede la Sala a resolver la acción de tutela interpuesta por el doctor **LUÍS ENRIQUE BERBESÍ DÍAZ, APODERADO DEL SEÑOR JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA, DIRECTOR Y REPRESENTANTE LEGAL DE MONTGOMERY COAL LTDA.,** contra el **JUZGADO QUINTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS** vinculándose **al CENTRO DE SERVICIOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO DE CÚCUTA, LA FISCALÍA 23 SECCIONAL DE PATRIMONIO ECONÓMICO DE CÚCUTA, DIRECCIÓN SECCIONAL NORTE DE SANTANDER DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CÚCUTA** por la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso, acceso a la administración de justicia.

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Refiere básicamente el apoderado que mediante escritura # 0001924 de la **Notaría Séptima de Cúcuta,** del día 19 de octubre de 2002 inscrita el 22 de octubre del mismo año bajo el # 09314329 del libro IX se constituyó la **Sociedad MONTGOMERY COAL C.I. LTDA**, además, manifiesta que mediante escritura pública # 0001692 de la **Notaría Séptima de Cúcuta**, del día 24 de junio de 2013 inscrita el 2 de julio de 2013 bajo el número 09341173 del libro IX, cambió de razón social dejando de existir **MONTGOMERY COAL C.I. LTDA** y apareciendo a la luz jurídica **MONTGOMERY COAL LTDA**.

Agrega que la escritura de reforma realizó modificaciones que consistieron en: cambio de nombre de la razón social y domicilio, aumento de capital social y aumento del monto de del valor de celebración de cualquier acto o contrato de competencia de la **Dirección General**, por lo cual se consagró en las normas estatutarias y de igual manera lo consigna el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Cúcuta, que el director y representante legal de la empresa, es **JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA,** con cédula de ciudadanía Nro. 88.210.475 y Presidente de la Junta de socios, **LUIS ARNOLDO ZULUAGA** con cédula de ciudadanía Nro. 7.516.544

Alega el apoderado que el presidente tendrá los mismos poderes **que el director general, así mismo, le corresponderá la dirección de la junta de socios y certificar los acuerdos que en ella se adopten;** en el artículo décimo cuarto, de la escritura se estipuló: "Director general. La sociedad tendrá un director general elegido por la junta de socios para un periodo de dos años, pero podrá ser reelegido indefinidamente y removido a voluntad de los socios en cualquier tiempo, le corresponde al director general, en forma especial, la administración y representación de la sociedad así, como el uso de la razón social con las limitaciones contempladas en los estatutos; en particular tendrá las siguientes funciones: representar a la sociedad ante toda clase de autoridades, tribunales, poderes, personas naturales o jurídicas y sector oficial con las más amplias

facultades de gestión entendiéndose que esos poderes serán tan amplios y sufrientes como sean necesarios para que en ningún caso puedan ser considerados diminutos e insuficientes cuando se represente a la sociedad.

Considera el apoderado que al consagrar en la Escritura pública de constitución o norma general estatutaria las funciones del **presidente de la sociedad y el administrador de la empresa,** se estableció, cuando se consignó en el artículo catorce o décimo cuarto que "le corresponde al director general, en forma especial, la administración y representación de la sociedad, así como el uso de la razón social con las limitaciones contempladas en estos estatutos. la asamblea general efectuó una sustracción de toda la regulación de la empresa, una norma especial respecto al **Director General**, que tenía como "propósito dotar a ese funcionario de una regulación diferente", la cual fue interpretada por la **Cámara de Comercio** así de esa manera ya que el registro del certificado de existencia y representación únicamente aparece como representante legal y administrador el Director General JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA.

Indica el apoderado que el día 28 de julio de 2016 **LUIS ARNOLDO ZULUAGA ZULUAGA**, socio y presidente de la junta de socios de la empresa, mediante escrito, en forma arbitraria y en uso de sus propias razones e interpretando las cláusulas estatutarias de forma equivocada, comunicó al administrador y representante legal **JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA** el retiro de sus funciones sin tener facultades para hacerlo, pues la remoción era función asignada a la **Asamblea General de Socios**, que daba por terminada su labor contractual, por lo cual el señor **JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA**, como representante legal y administrador de los bienes de la empresa, en protección de los intereses de la misma y de los suyos propios, acude a la Alcaldía Municipal y formula medida de protección de amparo administrativo por perturbación, contra el usurpador de derechos e igual hace ante la Alcaldía de San Cayetano, municipio donde se ubica

la mina de explotación y almacenamiento del carbón, así como lugar donde funcionan las instalaciones industriales.

Refiere el actor que el día 27 de septiembre de 2016 mediante la intervención de la Inspectora Sexta de Policía de Cúcuta, doctora MARÍA ADELAIDA ONTIVEROS SOTO, el Administrador y representante legal **JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA** retomó la administración de la empresa, hecho que quedó registrado en el acta suscrita por las personas intervinientes en esa diligencia por lo cual el día 19 de octubre de 2016 después de haber reasumido la administración de la sociedad, por haber sido enterado de irregularidades en el traslado del producto, el señor **JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA,** socio, representante legal y administrador de los bienes de la sociedad **MONTGOMERY COAL LTDA.**, en ejercicio del derecho y deber consagrado en la ley conforme se demostró con la **Certificación de Existencia y Representación** aportada, formuló denuncia penal ante las autoridades de la Policial Judicial de Carreteras de Cúcuta (Seccional de Tránsito de la Policía Nacional del área Metropolitana de Cúcuta) contra **LUIS ARNOLDO ZULUAGA ZULUAGA**, socio y presidente de la Junta de Socios de la empresa **MONTGOMERY COAL LTDA.**, porque haciendo uso de sus **PROPIAS RAZONES EN FORMA ARBITRARIA** lo había destituido y ya retomada la dirección de la empresa, desconociendo que la administración del producto explotado y comercializado por la empresa propietaria, **MONTGOMERY COAL LTDA.**, estaba asignada por estatutos de constitución de la empresa al administrador, sin autorización alguna, había ordenado el traslado de varias toneladas de carbón que fueron interceptadas cuando eran transportadas en varios volquetes, cuyos conductores no exhibieron la documentación completa requerida por la norma para estos menesteres.

Agrega que el apoderado que la investigación previa fue asignada a **LA FISCALÍA 23 SECCIONAL DE ALERTAS Y CLASIFICACIÓN TEMPRANAS DE DENUNCIAS**, representada por el fiscal **IVÁN SALDARRIAGA MENDOZA**, quien luego de

ordenar la práctica de algunas diligencias judiciales, el 19 de enero de 2017 ordenó el archivo de la denuncia distinguida con el radicado # 54-001-61-06079 – 2016 - 82703 por el delito de hurto por considerar que la conducta desplegada por el denunciado era **ATÍPICA**, motivo por el cual el día 2 de febrero de 2017 ya en ejercicio nuevamente de sus funciones, como Representante legal y administrador **JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA** representado a nombre propio y de la empresa **Montgomery Coal Ltda.**, mediante apoderado judicial **PIERRI GUILLEERMO SOLER ARCHILA** presentó ante la oficina de Asignaciones de la Fiscalía, escrito de denuncia penal contra **NUBIA FERRER BAUTISTA** CC. # 37.259.321 por los presuntos delitos de concierto para delinquir, abuso de confianza, hurto, estafa, corrupción privada, falsedad en documento privado y demás delitos conexos, La denuncia instaurada por el doctor **PIERRI GUILLEERMO SOLER ARCHILA** fue asignada a la doctora ESPERANZA ROA JAIMES, Fiscal 23 Seccional Delegada, con radicación # 54-001-60-01131-2017- 00949

Indica el apoderado que la Fiscal 23 Seccional Delegada mediante decisión de fecha 24/11/2.017 opta por no dar inicio a la denuncia presentada contra NUBIA FERRER BAUTISTA, revisora fiscal de la empresa Montgomery Coal Lda., y procede a ordenar el archivo de la investigación; ante lo cual el día 13 de abril de 2018 el doctor PIERRI GUILLERMO SOLER ARCHILA solicitó el desarchivo realizado el día 24 de noviembre de 2017 por la señora Fiscal 23 Seccional Delegada ROA JAIMES.

El día 16 de julio de 2018 el doctor LUIS ENRIQUE BERBESÍ DÍAZ, como apoderado judicial de MONTGOMERY COAL LTDA., y JORGE E. PEÑARANDA, presentó ante el **Centro de Servicios del Sistema Penal Acusatorio de Cúcuta**, oficio allegando poder otorgado y solicitando nueva programación de audiencia para desarchivo del radicado # 540016001134-2017-0222, R.I. # 18191, así la cosas el 9 de julio de 2018 LUIS ENRIQUE BERBESÍ DÍAZ da comienzo a su actividad profesional, como apoderado de sus representados dentro del radicado # 540016001134-2017-0222,

R.I. # 18191. 17 pero el mismo no ha actuado, como apoderado dentro del radicado 54-001-61-06079–2016 – 82703. 18

El 7 de mayo de 2018 con oficio dirigido al Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Cúcuta, el doctor PIERRI SOLER ARCHILA presentó solicitud de programación de la audiencia de desarchivo del radicado 540016001134-2017-02022 el cual según consta en el escrito referenciado, la señora Fiscal 23 Seccional Delegada ESPERANZA ROA JAIME, había ordenado el archivo de la denuncia formulada dentro del proceso # 54-001-60-01131-2017-00949

Agrega el apoderado que 20 noviembre de 2.019 solicitó por escrito a la Fiscalía 23 Seccional de Alertas y Clasificación Tempranas de Denuncias aplicar el artículo 79 de la Ley 906 de 2004 y donde aportó los elementos materiales probatorios y evidencia, pero la doctora DORIS AMPARO ROZO MORENO, Fiscal 23 Seccional de Patrimonio Económico de Cúcuta decide denegar la solicitud de desarchivo.

Por lo cual el apoderado solicitó la intervención del Juez Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Cúcuta, correspondiendo por reparto funcional al **JUZGADO QUINTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES CONTROL DE GARANTIAS,** representado por la doctora ASTRID JOHANNA MOSQUERA FLÓREZ, el solicitante tenía la obligación de exponer en forma oral, clara y precisa, ante el funcionario Judicial las razones que no compartía de la orden emitida por la Fiscal 23 Seccional Delegada de fecha 11/08/2.020 para que la funcionaria dirimiera la polémica.

Agrega el apoderado que la audiencia de control de legalidad se instaló el día nueve de marzo del año 2021 luego de corregir algunas omisiones relacionadas con la citación a otras personas interesadas, en la cual el representante legal de **JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA y LA SOCIEDAD MONTOGOMERY**

COAL LTDA., emite la sentencia y notificada la decisión que negó la petición formulada, ante lo cual el doctor **BERBESÍ DIAZ** interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación.

Indica el actor que la **JUEZ QUINTA PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES CONTROL DE GARANTÍAS** de conocimiento en la misma audiencia concedió el recurso de apelación, por lo cual el día 28 de junio de 2021 el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO con función de conocimiento de la ciudad de Cúcuta resolvió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del señor **JORGE ELIÉCER ZULUAGA y la empresa MONTGOMERY COAL LTDA**. Providencia notificada por mensaje electrónico del día 29 de junio de 2021 y en la parte resolutiva el Juez de Conocimiento resolvió: "CONFIRMAR la decisión del Juzgado Quinto Penal Municipal de Control de Garantías, que negó la solicitud de desarchivo solicitada por el representante de víctimas.

Por lo cual solicitó se tutelen sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia e indebida motivación y, en consecuencia, se ordene dejar sin efecto la decisión de fecha 9 de marzo del año 2021 proferida por el JUZGADO QUINTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS de la ciudad de Cúcuta, en donde se negó la solicitud de desarchivo y en su lugar se ordene al JUZGADO QUINTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS de la ciudad de Cúcuta dar la orden de desarchivo a la Fiscal 23 Seccional de Patrimonio de la ciudad de Cúcuta para que los accionantes tengan oportunidad de acceder a la administración de Justicia.

DEL MATERIAL PROBATORIO

Se tendrán como pruebas la demanda de tutela y sus anexos. En lo demás, mediante auto de sustanciación de fecha 10 de noviembre de 2021, el Magistrado

Ponente dispuso requerir a las partes accionadas y vinculadas, en busca de información conforme a los hechos expuestos en el escrito de tutela, obteniéndose lo siguiente:

-. CENTRO DE SERVICIOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO DE CÚCUTA: contestó que, consultado el SISTEMA DE REGISTRO de esas oficinas, se registra un radicado **540016106079201682703 N.I. 2020-2352** que trata de una solicitud de audiencia de solicitud de desarchivo la cual fue asignada por reparto al **Juzgado Quinto Penal Municipal de Garantías**, solicitada por el hoy accionante, LUIS ENRIQUE BERBESÍ DÍAZ, que en audiencia celebrada el 9 de marzo del año 2021 dispuso no acceder a la solicitud de desarchivo pretendida, decisión confirmada en segunda instancia por el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA en providencia de fecha 28 de junio de esta anualidad, agrega además que la acción de tutela no puede constituirse en un mecanismo a través del cual se sometan a debate aspectos que debe decidir el juez ordinario y no el juez constitucional, por lo cual manifiesta que no ha vulnerado derecho alguno al actor.

-. FISCALÍA 23 SECCIONAL DE PATRIMONIO ECONÓMICO DE CÚCUTA: contestó que adelanto la indagación bajo el No. **540016106079201682703** por la presunta conducta punible de hurto, con ocasión a la denuncia de fecha 20 de octubre del 2016, el hoy accionante se acercó a las instalaciones de la Seccional de Tránsito de la Metropolitana de Cúcuta y denunció mediante Declaración Jurada, en la que puso en conocimiento que varias personas están explotando ilegalmente los títulos mineros ADR-101 y el 151 de propiedad de la Empresa **MONTGOMERY COAL LTDA**, el día 20 de noviembre del 2016 funcionarios de la policía Nacional se trasladaron al Anillo Vial, entrada al corregimiento **CARMEN DE TONCHALÁ** con el fin de verificar los hechos denunciados por el señor **PEÑARANDA ZULUAGA**, en su calidad **Director General y Representante legal de MONTGOMERY** por el posible hurto del carbón del yacimiento de la empresa **MONTGOMERY**, lugar donde los policiales instalaron puesto de prevención de

unidades de tránsito quienes empezaron a verificar los volquetes transportadores de carbón y siendo las 8:10 horas del día 20 de noviembre del 2016 detuvieron el primer camión volquete verifican la documentación el conductor quien presentó un recibo membretado con el nombre de **MINA MONTGOMERY LTDA** y un recibo con el nombre de la Empresa **EXCOMIN SAS**, ante ello los documentos no eran legales y solicitó la retención de ocho volquetes que transportaban 134 mil 280 kg de carbón, evidenciándose que tanto el señor **JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA** y **LUIS ARNOLDO ZULUAGA ZULUAGA**, fungían como socios de la **EMPRESA MONTGOMERY COAL LTDA,** en un porcentaje del 50% c/u., para el momento de los hechos y que este último utilizó maquinaria de **MONGOTMERY** para extraer el carbón sin su autorización y transportarlo en los volquetes contratadas hasta **EXCOMIN SAS.**

Agrega además que el día 19 de enero del año 2017 el Fiscal Homólogo del momento, Fiscal 23 Seccional doctor **IVÁN SALDARRIAGA MENDOZA**, luego de adelantados los actos de investigación necesarios encaminados a establecer la ocurrencia del delito, objeto de denuncia, como también establecer el propietario del carbón incautado, profirió archivo de la indagación por la causal de ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA ART. 79 del C.P.P.

Luego de esa decisión encontrándose archivada la indagación el doctor LUIS ENRIQUE BERBESÍ DÍAZ, radica solicitud de desarchivo ante la Fiscalía 23 Seccional de la Unidad de Patrimonio Económico el 20 de noviembre del año 2019 y a la cual se le dio respuesta el día 11 de agosto del 2020 donde le informaron al peticionario, mediante constancia argumentada, que conforme el art. 79 del C.P.P. inc.2 el cual establece que: “sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudara, mientras no se haya extinguido la acción penal” aspecto que no se cumplió con la solicitud del togado, razón por la cual esa delegada se mantuvo en la decisión de archivo de la indagación.

El doctor BERBESÍ DÍAZ procedió a solicitar audiencia de control de legalidad de desarchivo ante Juez de control de garantías, la cual correspondió al **JUZGADO QUINTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS**, quien **NO ACCEDIÓ** a la petición elevada por el solicitante, donde se le otorgó el uso de la voz y la argumentación de su petición durante un tiempo razonable; por ello estima que la Fiscalía no le ha vulnerado los derechos alegados por el apoderado, decisión que fue apelada por el mismo y en alzada le correspondió al JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO y éste juzgado mediante decisión de fecha 28 de junio del año 2021 resuelve mediante auto interlocutorio CONFIRMAR la decisión del Juzgado QUINTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS.

Por lo antes expuesto, indica la Fiscalía que la petición del togado sobre el desarchivo fue negada por el ente fiscal debido a que no aportó nuevos elementos materiales probatorios para desarchivar la investigación de acuerdo a lo tipificado en el artículo 79 inc. 2 del C.P.P., agregando que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para su solicitud al no tener el mismo carácter residual. Finalmente, solicita la Fiscalía que no se tutele la vulneración de los derechos invocados en la presente acción pública por cuanto al accionante no se le han vulnerado ninguno de ellos, por consiguiente la Fiscalía deja claro su rol el cual conforme a los art. 250 Constitucional y 200 del código del C.P.P, toda vez que se pretende por esta vía solucionar un conflicto o litigio entre las dos societarios de la empresa **MONTGOMERY COAL LTDA**, el cual se debe dirimir ante la Jurisdicción ordinaria tal, como la Fiscalía lo ha advertido tanto en la decisión de archivo como en las respuestas de solicitudes de desarchivo impetradas por el togado.

-. JUZGADO QUINTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS: contestó que dentro de la carpeta identificada con el código único de radicación No. 540016106079201682703 y número interno 2020-2352, JORGE ELIÉCER ZULUAGA y la empresa MONTGOMERY COAL LTDA por medio del

apoderado judicial **LUÍIS ENRIQUE BERBESÍ DÍAZ** solicitaron el desarchivo de las diligencias penales, petición que fue radicada ante el **Centro de Servicios judiciales del Sistema Penal Acusatorio de la ciudad de Cúcuta** el día 7 de septiembre de 2020 sometiéndose a reparto el 17 de septiembre del año 2020

Agrega que la solicitud fue asignada por reparto a esa unidad judicial el 17 de septiembre de 2020 fijándose, como fechas por parte del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio el 13 de octubre, el 13 de noviembre, el 4 de diciembre del año 2020, mismas que no se cumplieron por aplazamiento de la parte interesada y, al realizarse la diligencia, aportaron múltiples documentos como prueba, así como la falta de determinación y datos que permitieran la citación de todos aquellos que podían verse afectados con la decisión, lo que postergó su práctica hasta el 9 de marzo de 2021 fecha en la que luego de realizar un estudio de los elementos de conocimiento aportado por los interesados, así como la intervención de los actores indiciados y de la Fiscalía General de la Nación representada en dicha oportunidad por la Fiscal 23 Seccional de Patrimonio Económico de Cúcuta y se dispuso negar la petición de desarchivo de la actuación al no encontrarse nuevos elementos materiales que dieran viabilidad al desarchivo.

Indica el juzgado que la decisión que negó el desarchivo de la indagación fue objeto de recurso de reposición y en subsidio apelación, mismos que le fueron resueltos de forma desfavorables al recurrente; la impugnación horizontal en la misma fecha y el vertical por parte del Juzgado 2° Penal del Circuito de la ciudad de Cúcuta el pasado 28 de junio de 2021

En cuanto a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso por haberse incurrido por parte de la juez en el desconocimiento del precedente judicial, en una indebida motivación y en desconocimiento del acceso a la justicia, el despacho indica haber realizado un estudio completo del trámite adelantado por la FISCALÍA

GENERAL DE LA NACIÓN que dio origen al archivo, de la intervención de las partes y de los elementos de conocimientos arrimados.

Alude, además, que la acción de tutela en el presente evento no constituye una herramienta para la revisión de una decisión arbitraria, caprichosa, sesgada o similar, apartada de los lineamientos legales y jurisprudenciales aplicables al caso en concreto si no es utilizada, como un tercer escenario para discutir aquello que fue negado dentro del devenir procesal, tergiversando con ese comportamiento el uso racional de la acción de amparo y a su vez congestionando innecesariamente la administración de justicia.

Finalmente, manifiesta que la vía constitucional no es la idónea para debatir aquellas circunstancias que deben hacerse al interior del proceso penal, por tal debe despacharse desfavorablemente los pedimentos del accionante sin que pueda a atribuirse a la unidad judicial a su cargo, acción u omisión que afecten los derechos fundamentales de **JORGE ELIÉCER ZULUAGA y la empresa MONTGOMERY COAL LTDA**, por ello solicitó se niegue la presente acción constitucional.

-. JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CÚCUTA: contestó que ese despacho conoció el proceso radicado No. 540016106079201682703 N.I. 2020-2352 para resolver la apelación interpuesta por el abogado de **JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA**, contra la decisión adoptada por la señora **Juez Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías** de esta ciudad, quien no accedió a la solicitud de desarchivo adoptada por la fiscalía General de la nación a través de su delegado, además, aportó el fallo para que sea objeto de estudio, por lo cual indicó no haberle vulnerado derecho alguno al actor.

-. EL DOCTOR LUIS ENRIQUE BERBESÍ DÍAZ ACTUANDO COMO APODERADO DEL SEÑOR JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA: allegó un escrito para que se anexara al estudio de la tutela donde indicó que se debía tener en cuenta que existen dos (2) denuncias formuladas por **JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA** como persona natural y en representación de la empresa **MONTOMERY COAL LTDA.**

La primera denuncia con radicado **No. 54 - 001- 61- 06079 – 2016 - 82703** formulada por **JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA** el día 19 de octubre de 2016 cuando se acercó a las instalaciones de la **Seccional de Tránsito de la Policía Metropolitana de Cúcuta**, a dar a conocer unos hechos de los cuales tenía conocimiento, relato que fue recepcionado en formato FPJ- 15 de la misma fecha y que produjo, como consecuencia, la instalación de un retén de la Policía de Carreteras que interceptó ocho (8) volquetes "por orden del señor **LUIS ARNOLDO ZULUAGA ZULUAGA"**

La segunda denuncia con radicado **No. 54-00160-134-2017-02022** formulada por el abogado **PIERRI GUILLERMO SOLER ARCHILA**, el día 2 de febrero de 2017 en representación de **JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA y de MONTGOMERY COAL LTDA**, en 88 folios contra **NUBIA FERRER BAUTISTA CC. # 37.259.321**

Agrega que, solo interpuso la acción de tutela por la vulneración del archivo de la denuncia con radicado **No. 54 - 001- 61- 06079 – 2016 - 82703** formulada por **JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA** y de la cual presentó ante el juez de control de garantías el desarchivo, pero le ha sido negado.

Por último, indica que **JUZGADO QUINTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS** tomó una decisión sin motivación que vulnera su debido proceso por lo cual llegó a instaurar la acción constitucional.

CONSIDERACIONES

1 Competencia.

Con fundamento en lo señalado en el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 de 2000 es competente esta Sala de Decisión para conocer de la presente acción de tutela.

2 Marco Normativo de la Acción de Tutela.

La acción de tutela es un mecanismo consagrado en el artículo 86 de la Constitución de 1991, como una herramienta para garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares, lo anterior cuando no exista otro medio de defensa judicial o éste resulte ineficaz para la protección de los derechos fundamentales y constitucionalmente protegidos, en este caso podrá ser utilizada como medio transitorio de inmediata aplicación a efecto de evitar un perjuicio irremediable.

3 Problema Jurídico.

En el presente caso, le corresponde a la Sala determinar si las entidades accionadas y vinculadas vulneraron el derecho fundamental del doctor **LUÍS ENRIQUE BERBESÍ DÍAZ, APODERADO DEL SEÑOR JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA, DIRECTOR Y REPRESENTANTE LEGAL DE MONTGOMERY COAL LTDA** al debido proceso y acceso a la administración de justicia y, en consecuencia, se ordene dejar sin efecto la decisión de fecha 9 de marzo del año 2021 proferida por el Juzgado Quinto Penal Municipal con función de Control de Garantías de la

ciudad de Cúcuta, en donde se negó la solicitud de desarchivo y en su lugar se ordene al Juzgado Quinto Penal Municipal con función de Control de Garantías de la ciudad de Cúcuta dar la orden de desarchivo a la Fiscal 23 Seccional de Patrimonio de la ciudad de Cúcuta para que los accionantes tengan oportunidad de acceder a la administración de Justicia.

4 Caso Concreto.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado por la Sala, necesario se hace recordar lo que la Corte Constitucional[1] ha reiterado en cuanto a los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, veamos:

> *"Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:*
>
> *a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.*
>
> *b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.*

[1] *Sentencia T-125 de 2012.*

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas

por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.".

En el presente caso, el doctor **LUÍS ENRIQUE BERBESÍ DÍAZ, APODERADO DEL SEÑOR JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA, DIRECTOR Y REPRESENTANTE LEGAL DE MONTGOMERY COAL LTDA,** manifestó la

vulneración al debido proceso y acceso a la administración de justicia y, en consecuencia, solicita se ordene dejar sin efecto la decisión de fecha 9 de marzo del año 2021 proferida por el **Juzgado Quinto Penal Municipal con función de Control de Garantías** de la ciudad de Cúcuta, en donde se negó la solicitud de desarchivo y en su lugar se ordene al Juzgado Quinto Penal Municipal con función de Control de Garantías de la ciudad de Cúcuta dar la orden de desarchivo a la Fiscal 23 Seccional de Patrimonio de la ciudad de Cúcuta para que los accionantes tengan oportunidad de acceder a la administración de Justicia.

Por lo cual una vez obtenida las respuestas por parte del Juzgado Quinto Penal Municipal con función de Control de Garantías de la ciudad de Cúcuta se observa que le día 9 de marzo del año 2021 tomó la decisión de negar la solicitud de desarchivo presentada por el togado, debido a que el mismo no aportó documentos nuevos de juicio que diera lugar al desarchivo de la investigación y donde le indicó al actor si bien allegó a la audiencia un arduo material probatorio el mismo estaba dentro de la diligencia penal y no acreditaba nuevas pruebas que dieran lucidez para que ordenaran el archivo.

Además, se observa que el apoderado presento recurso de reposición en subsidio de apelación con la sentencia de fecha 9 de marzo del año 2021 y por reparto le correspondió al **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE CÚCUTA** quien mediante decisión de fecha 28 de junio del año 2021 decide confirmar la apelación una vez obtenida la respuesta por parte del **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE CÚCUTA** quien manifestó que conoció la decisión de segunda instancia y que para mayor garantías enviaba el fallo donde resolvió la impugnación para que fuera revisado y de lo cual se extrajo:

Que el apelante se limitó en su sustentación a realizar una serie de argumentaciones y manifestaciones genéricas, carentes de la más mínima hilación

y coherencia; pues, como tal, no identificó de manera clara cuáles fueron los errores en los que incurrió la juez de garantías al momento de adoptar sus decisiones ni, mucho menos, esbozó los argumentos por los cuales consideraba que dicha decisión era violatoria del ordenamiento jurídico; ante lo cual, el juzgado indicó que para garantizar el acceso a la administración de justicia y adoptando una posición garantista procedió a resolver de fondo el recurso.

Así mismo determinó que, efectivamente el togado, aportó 4 elementos materiales probatorios diferentes a los que ya existían en el expediente y que dichos elementos no permitían inferir cosa alguna distinta a que existía entre los dos socios y directivos de la empresa supuestamente víctima, unos problemas de administración que no son del resorte de la jurisdicción penal y que hay otras vías judiciales para solucionar esos inconvenientes, por lo cual no había aportado prueba suficiente para que se ordenara al ente fiscal accionado desarchivar el proceso motivo por el cual confirmó la decisión de fecha 9 de marzo del año 2021 emitida por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Control de Garantías de Cúcuta.

Así las cosas, no se observa que dicha decisión se encuentre violatoria tal, como lo manifestó el apoderado en la acción de tutela presentada, pues es deber del actor cumplir con el articulo 79 de la ley 906 de 2003 como se lo han indicado los despachos hoy accionados el actor no lo ha cumplido, por lo cual no puede utilizar la acción de tutela como una tercera instancia al estar en desacuerdo de las decisiones proferidas por los juzgados hoy accionados.

Así las cosas, se le indica al actor que de acuerdo a lo normado en el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela únicamente es procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Presupuesto que además ha sido reconocido de manera pacífica por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como de la Corte Constitucional, al sostener que la herramienta constitucional en cita **no es una tercera instancia, ni tampoco mediante ella se puede suplantar al juez natural al interior del proceso penal** para revivir etapas ya fenecidas o exponer, en esta excepcionalísima y subsidiaria sede, cuestiones que deber ser objeto de debate en los cauces ordinarios.

Por lo cual se le indica al actor que puede acudir de nuevo ante el Juez de Control de Garantías y debatir las veces que considere necesaria el desarchivo de la investigación emitido por la Fiscal 23 Seccional de Patrimonio de la ciudad de Cúcuta y en la cual deberá aportar nuevos elementos como lo indica el articulo 79 de la ley 906 de 2004 por lo cual al existir otros medios de defensa y al no observarse vulneración al debido proceso el cual fue alegado por el togado dicha acción de tutela debe declararse improcedente.

Así las cosas, un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, constituye un aspecto ajeno al ámbito de injerencia del juez de tutela, que se limita a ejercer un control constitucional, pero de ninguna manera extensivo al de acierto propio de las instancias, pues la acción de amparo ha sido instituida para garantizar la defensa de los derechos fundamentales, pero no constituye una instancia adicional o paralela a la de los funcionarios competentes.

En efecto, al existir otro medio de defensa judicial, el juez de tutela no pueda desplazar a la jurisdicción prevista para dicho asunto en el cumplimiento propio de sus funciones, tal como lo pretende el actor con esta acción.

Afirmar lo contrario, equivale a que todas las decisiones -incluso las de trámite - que se toman en el trascurso de la actuación penal estarían siempre sometidas a la eventual revisión de un juez ajeno, como si se tratara de una instancia superior o

adicional a las previstas para el normal desenvolvimiento de los procesos judiciales y ello no es así.

Con tal derrotero, para la Sala no es posible estudiar de fondo lo debatido ni adelantar su posición al respecto, ya que -se reitera- se inmiscuiría indebidamente en un asunto de competencia de la jurisdicción penal y sobre la cual existen otros medios de defensa aptos para garantizar la protección de que se trata.

Adicionalmente y tal como se dijo anteriormente, la decisión proferida por el **JUZGADO QUINTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS** y confirmada por el **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CÚCUTA** no evidenció una situación generadora de vía de hecho que habilite la intervención del Juez de Tutela.

Es por las razones ya expuestas que, para la Sala, resulta improcedente el presente mecanismo; por tal razón no se accederá a la acción de tutela invocada por el doctor **LUÍS ENRIQUE BERBESÍ DÍAZ, APODERADO DEL SEÑOR JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA, DIRECTOR Y REPRESENTANTE LEGAL DE MONTGOMERY COAL LTDA**.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA – SALA PENAL DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela promovida por el doctor **LUÍS ENRIQUE BERBESÍ DÍAZ, APODERADO DEL SEÑOR JORGE ELIÉCER PEÑARANDA ZULUAGA, DIRECTOR Y REPRESENTANTE LEGAL DE MONTGOMERY COAL LTDA**, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: Notificar este fallo a las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el artículo 5° del Decreto 306 de 1992

TERCERO: En el caso que el presente fallo no fuere impugnado, ENVIAR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

EDGAR MANUEL CAICEDO BARRERA
Magistrado Ponente

JUAN CARLOS CONDE CERRANO
Magistrado

(PERMISO POR LUTO)
CARLOS FERNANDO NIÑO GÓMEZ
Magistrado

OLGA ENID CELIS CELIS
Secretaria Sala Penal