



## SALA PENAL

Medellín, once (11) de octubre de dos mil veintidós (2022)

**Radicado:** 11001-60-00000-2022-01283  
**Procesado:** Juan Carlos Guerra Durán – Edgar Orlando Castro Malagón  
José Gregorio Montañez Acosta  
**Delito:** Cohecho Propio, Concierto para Delinquir, Interés Indevido en la  
Celebración de Contratos  
**Asunto:** Apelación de Auto negativa de Nulidad de Imputación  
Recurso de queja  
**Procedencia:** Juzgado 5° Penal del Circuito de Conocimiento

**Magistrado Ponente**

**ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ.**

*Proyecto aprobado en Sala del cuatro (4) de octubre de dos mil veintidós (2022), mediante Acta Nro. 039 y leído en la fecha.*

### 1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación presentado por el Dr. Rafael Cardona Enciso, defensor del señor Edgar Orlando Castro Malagón, contra la determinación adoptada por el Juez Quinto Penal del Circuito de Medellín, dentro de la audiencia celebrada el 19 de julio de 2022 que negó la nulidad de la formulación de imputación, en el proceso que se adelanta en contra de **JUAN CARLOS GUERRA DURÁN, EDGAR ORLANDO CASTRO MALAGÓN Y JOSÉ GREGORIO MONTAÑEZ ACOSTA** por los delitos de **COHECHO PROPIO, CONCIERTO PARA DELINQUIR, INTERÉS INDEVIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS.**

ASUNTO: Auto interlocutorio  
RADICADO: 11001-60-00000-2022-01283  
PROCESADO: Juan Carlos Guerra Durán, Edgar Orlando Castro Malagón y José Gregorio Montañez Acosta  
DELITO: Cohecho Propio, Concierto para Delinquir, Interés Indevido en la Celebración de Contratos

De igual manera, se resuelve el recurso de queja instaurado por el Dr. David Julián Gómez Arroyave, defensor suplente del señor José Gregorio Montañez Acosta, contra la decisión del funcionario de no conceder recurso de apelación contra la decisión de no declarar la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer del asunto.

## **2. HECHOS**

Tuvieron ocurrencia entre los años 2016 y 2017 cuando existió un acuerdo entre el Comandante del Batallón de Servicios No. 4 “Yariguíes” y otros militares, civiles que trabajaban para el ejército y contratistas, quienes acordaron apropiarse del dinero del Estado a través de la contratación de esa unidad militar. El acuerdo consistía en que los pliegos de condiciones eran ajustados al perfil del proponente, a cambio se comprometían a pagar con el dinero recibido en la primera factura el 10% del valor del contrato a los oficiales y personal civil de esta unidad o a entregar bienes y servicios a los comandantes de la Séptima División y la Cuarta Brigada del Ejército Nacional.

Los proponentes que participaron de este entramado recibían los pliegos antes de su publicación, los adaptaban a su perfil utilizando, en ocasiones, los equipos de cómputo del Batallón de Servicios No. 4 “Yariguíes”, o los aportaban en memorias USB, correos electrónicos o WhatsApp, así tenían garantizada la adjudicación de los contratos.

Derivado de este acuerdo, al menos un contratista, por orden del comandante de la Cuarta Brigada o de militares vinculados a las irregularidades, se contactaba con militares y civiles responsables de tramitar la contratación que beneficiaba al ejército en otras unidades militares, la Gobernación de Antioquia y la Alcaldía de Medellín.

## **3. ACTUACIÓN PROCESAL**

El 1° de diciembre de 2021, ante la Juez Tercera Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la ciudad, la Fiscalía formuló imputación a los señores JUAN CARLOS GUERRA DURÁN como presunto autor de la conducta punible de concierto para delinquir (Art. 340 INC. 1 y 342 C.P.) en concurso sucesivo heterogéneo y homogéneo de Interés indevido en la celebración de contratos, en siete eventos (Art. 409 del C.P.), heterogéneo con Cohecho propio. (Art. 405 del C.P.), JOSÉ GREGORIO MONTAÑEZ ACOSTA como presunto coautor

ASUNTO: Auto interlocutorio  
RADICADO: 11001-60-00000-2022-01283  
PROCESADO: Juan Carlos Guerra Durán, Edgar Orlando Castro Malagón y José Gregorio Montañez Acosta  
DELITO: Cohecho Propio, Concierto para Delinquir, Interés Indevido en la Celebración de Contratos

de la conducta punible de Interés indevido en la celebración de contratos, en cinco eventos, en concurso homogéneo y sucesivo. (Art. 409 del C.P.) y EDGAR ORLANDO CASTRO MALAGÓN como presunto autor de la conducta punible de Interés indevido en la celebración de contratos, en dos eventos. (Art. 409 del C.P.), en concurso heterogéneo con Cohecho propio en favor de terceros. (Art. 405 del C.P.).

A todos los procesados se les dedujeron circunstancias de mayor punibilidad establecidas en el artículo 58 numerales 9 y 10 C.P. y circunstancia de menor punibilidad consagrada en el artículo 55 numeral 1 del C.P.

Posteriormente, la Fiscalía radicó escrito de acusación, correspondiendo el asunto al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín. Instalada la audiencia, el defensor de José Gregorio Montañez Acosta, al dársele traslado para pronunciarse acerca de lo establecido en el Art. 339 del Código de Procedimiento Penal, señaló que se presentaba una incompetencia del Juez por falta de jurisdicción, conforme lo establece el artículo 221 de la Constitución Política, teniendo en cuenta que se excluyen de la justicia penal ordinaria los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en ejercicio de sus funciones.

Hace referencia a la decisión de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP5104 del 5 de abril de 2017, radicado 40282 MP. Luis Guillermo Salazar Otero, señaló que cuando se estaba frente a una función propia y en cumplimiento de ella y se presentaba el delito, la competencia era de la jurisdicción penal militar y no de la justicia ordinaria.

Refiere también otras decisiones de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional que señalaba lo mismo con relación al delito cometido por militares activos, para precisar que impugna la competencia en tanto debe ser la justicia penal militar quien conozca del asunto, por lo que debe remitirse el proceso a dicha jurisdicción para lo pertinente.

Por su parte, el Defensor de Edgar Orlando Castro Malagón, señala que se debe declarar la nulidad de lo actuado desde la imputación, en primer lugar, por falta de competencia de la Juez de Control de Garantías al avalar la imputación, y segundo, porque el asunto es de competencia de la justicia penal militar, emparentando la solicitud con la que efectuara su colega antecesor.

ASUNTO: Auto interlocutorio  
RADICADO: 11001-60-00000-2022-01283  
PROCESADO: Juan Carlos Guerra Durán, Edgar Orlando Castro Malagón y José Gregorio Montañez Acosta  
DELITO: Cohecho Propio, Concierto para Delinquir, Interés Indevido en la Celebración de Contratos

Señala que en la audiencia de formulación de imputación llevada a efecto el 1° de diciembre de 2021, solicitó a la Juez antes de darse curso a la diligencia, que se abstuviera de darle trámite al asunto habida cuenta que cuestionaba la competencia de la justicia ordinaria para conocer del asunto por estimar que era competencia de la justicia penal militar. Destacó que las disposiciones previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 1407 de 2007 delimitan el fuero penal militar y establecen cuales son los delitos relacionados con el servicio, los cuales permiten concluir que este asunto no es de competencia de la justicia ordinaria y por ello no podía ser investigado por la Fiscalía General de la Nación ni por los jueces ordinarios.

Indica que en la audiencia preliminar, por parte de la juez que presidió la misma, no abordó el punto jurídico planteado por la defensa con precedentes, ya que la jurisprudencia citada por la juez no constituía precedente jurisprudencial, pues no demostró que la situación juzgada en esos precedentes jurisprudenciales fueran una situación análoga a la planteada, lo que constituía una falta de motivación y por consiguiente, debía declararse la nulidad. Que los argumentos de la juez no superaron los de la defensa en el sentido de demostrar una norma jurídica contenida en un precedente jurisprudencial que permitiera dejar sin fundamento la argumentación de la defensa.

Manifiesta que coadyuva la petición de su antecesor, en cuanto a la falta de competencia y solicita se declare la nulidad por la falta de motivación de la juez de control de garantías.

El Fiscal Delegado, se opone a las pretensiones de la defensa y solicita que se mantenga la competencia del caso en la jurisdicción ordinaria, y no se acceda a la solicitud de nulidad de la imputación, ello por cuanto la decisión de la juez de primera instancia sí estuvo bien motivada pues citó para la decisión los mismos precedentes jurisprudenciales citados por la defensa. Que efectivamente se citaron varias sentencias, en especial la del 14 de octubre de 2015, se señalaron los 10 requisitos que ha dicho la Corte deben tenerse en cuenta cuando se presentan estos conflictos de jurisdicción, siendo ampliamente sustentada la decisión de la juez de garantías y por ello se puede llevar a efecto la audiencia de control de garantías.

Precisa que la norma constitucional que señala el fuero constitucional, tiene unas excepciones, mismas que fueron citadas por la defensa, para lo cual solicita se tenga en cuenta el auto 476 del 11 de agosto de 2021 en tanto se planteó un conflicto positivo de competencias entre los funcionarios públicos y no entre las partes, recogiendo tres sentencias de constitucionalidad

ASUNTO: Auto interlocutorio  
RADICADO: 11001-60-00000-2022-01283  
PROCESADO: Juan Carlos Guerra Durán, Edgar Orlando Castro Malagón y José Gregorio Montañez Acosta  
DELITO: Cohecho Propio, Concierto para Delinquir, Interés Indevido en la Celebración de Contratos

hitos sobre el fuero militar, que fueron citadas por la defensa, tales como la C-399 de 1995, la C-358 de 1997 y 878 del 12 de julio de 2000, reiterando la jurisprudencia que el fuero militar era restrictivo para casos especiales cuando se hablaba de la afectación del servicio público, por lo que según la Corte debían tenerse en cuenta dos elementos, el subjetivo y el funcional, dándose el elemento subjetivo alegado por los defensores en el entendido que son los procesados miembros de la fuerza pública y estaban en servicio activo, pero no tenían razón de ser en el elemento funcional, es decir, la actividad que ellos debían cumplir como militares, por lo que al no darse los requisitos subjetivo y funcional no era dable acudir a la justicia penal militar.

Añade que, conforme al argumento de la juez, la función de los militares no es el tema de contratación sino la seguridad pública del Estado Colombiano, diferente que desarrollen unas funciones para el cumplimiento de la función militar, entre ellas, la contratación estatal.

#### **4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Dr. *Jairo Guarín Arenas*, luego de escuchados los argumentos de las partes y efectuar un recuento de lo acontecido, indica que conforme a los hechos acaecidos, y analizando la jurisprudencia de la Corte Suprema, no era viable alegar una falta de jurisdicción, ya que según los hechos jurídicamente relevantes, se podía colegir que los procesados debieron acordar previamente con personas civiles para acordar unos sistemas de contratación en aras de resultar favorecidos, habiendo un concierto previo, por lo que la competencia radicaba en la jurisdicción ordinaria.

Añadió que de acuerdo a la solicitud planteada por el defensor de José Gregorio Montañez. Dr. David Julián Gómez, de remitirse la actuación a la justicia penal militar en aras de trabar el conflicto, acorde al auto reciente 453 del 2021, en el expediente GCJ 677 del 20 de agosto de 2021, la Sala plena de la Corte Constitucional señaló que las partes no podían solicitar conflictos entre jurisdicciones, por lo que no es procedente remitir entonces el proceso a la jurisdicción penal militar por no ser el trámite pertinente. Por dichas razones, negó la solicitud de declaratoria de incompetencia.

ASUNTO: Auto interlocutorio  
RADICADO: 11001-60-00000-2022-01283  
PROCESADO: Juan Carlos Guerra Durán, Edgar Orlando Castro Malagón y José Gregorio Montañez Acosta  
DELITO: Cohecho Propio, Concierto para Delinquir, Interés Indevido en la Celebración de Contratos

Con relación a la solicitud de nulidad que elevara el Dr. Rafael Cardona Enciso, en tanto según él no se motivó debidamente por la juez de control de garantías la negativa de incompetencia, precisa que efectivamente al haber un acuerdo previo se exceptuaba esa posibilidad funcional de que el delito se hubiese cometido en ejercicio de sus funciones, no habiendo la aplicación excepcional de la regla que aplica el fuero militar para que la competencia sea de la jurisdicción penal militar.

Asevera que la decisión de la juez de primera instancia fue debidamente soportada en línea jurisprudencial, teniendo en cuenta la sentencia más reciente que era ratio decidendi, por manera que no era procedente entonces la declaratoria de nulidad deprecada, razón por la cual negó la solicitud elevada.

## **5. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, el Dr. Rafael Cardona Enciso interpone recurso de alzada contra la decisión. Señala que no existe analogía fáctica entre lo analizado en el auto 476 de 2021 y los hechos de este caso. No obstante, precisa que si se acepta que la jurisprudencia no es fuente auxiliar del derecho sino una fuente primaria del derecho, equiparable a la ley, se debían observar esas exigencias mínimas fijadas por la misma jurisprudencia y la Corte Constitucional, así como exigir que el juez que dispone del caso establezca el vínculo de autoridad entre uno y otro en aras de demostrar que se trataba de un referente común, y ninguna de las decisiones reseñadas por la juez en su momento demostró que tuvieran un vínculo común con tesauros conceptuales.

Que la manera de proceder era la misma del fiscal que trabajó con conceptos nominativos del elemento subjetivo y funcional, sin discutir que no estuvieran en la jurisprudencia, y más allá de ésta, la misma Ley 1407 de agosto de 2010, Código Penal Militar, Artículos 2 y 3 señala qué es y qué no es un delito relacionado con el servicio, efectuando unas exclusiones, y si fuera verdad que cuando se trate hechos como los que se están juzgando, no había posibilidad de alegar competencia de la jurisdicción penal militar, ese argumento era derrotado por la propia ley porque el artículo 171 del Código Penal Militar habla de delitos comunes, lo que indicaba era que un militar podía cometer delitos comunes y seguía siendo investigado por la

ASUNTO: Auto interlocutorio  
RADICADO: 11001-60-00000-2022-01283  
PROCESADO: Juan Carlos Guerra Durán, Edgar Orlando Castro Malagón y José Gregorio Montañez Acosta  
DELITO: Cohecho Propio, Concierto para Delinquir, Interés Indevido en la Celebración de Contratos

justicia castrense, habiendo algunas excepciones a esa regla, establecidas en el artículo 3° de la misma norma.

Que la jurisprudencia invocada, hablaba de un nexo próximo o concomitante con el servicio, siendo expresiones lingüísticas que se oponían a lo abiertamente contrario, por lo que esos argumentos presentados en la audiencia preliminar no fueron derrotados, siendo la misma manera de proceder por el A quo y por ello se seguía materializando el yerro.

Culmina su intervención señalando que las razones esbozadas en la decisión para justificar la competencia en la jurisdicción ordinaria y el conocimiento de este caso, no se seguían de una debida aplicación del precedente judicial, por ello solicita se revoque la decisión impugnada, se declare la nulidad de la actuación hasta el acto de imputación.

## **6. SUJETOS NO RECURRENTES**

El delegado de la Fiscalía solicita se mantenga la decisión de la Juez de control de garantías, teniendo en cuenta que las etapas de la investigación eran preclusivas, no obstante, el juez de conocimiento determinó que la competente para conocer del proceso era la jurisdicción ordinaria, lo que avalaba la decisión de la juez de garantías, y si bien ella misma citó jurisprudencias, no se basó en ellas para decidir, y en el caso concreto, la juez de Garantías definió que los comportamientos realizados por Edgar Castro Malagón se alejaban de la función propia de la función militar, además alejados de funciones especiales como lo era el tema de la contratación, porque el señor Castro Malagón con antelación a los temas de contratación sabía a quién le iban a adjudicar los contratos siendo ese el ingrediente concreto, sabiendo entonces que no se iba a cumplir la ley de contratación.

Solicita se confirme la decisión en vista que ante el juez competente se determinó quien era el competente para conocer del proceso.

El Dr. David Gómez, solicita se revoque la decisión proferida por el Juzgado 5° penal del Circuito frente a la solicitud de su homólogo de declaratoria de nulidad de la imputación, pues en la audiencia, la decisión de la juez de control de garantías no resolvió los argumentos esbozados por el defensor, siendo una decisión que tan solo duró cinco o seis minutos, basándose la misma en hacer alusión a la sentencia SP-14201 de 2015, Radicado 37.748 para

ASUNTO: Auto interlocutorio  
RADICADO: 11001-60-00000-2022-01283  
PROCESADO: Juan Carlos Guerra Durán, Edgar Orlando Castro Malagón y José Gregorio Montañez Acosta  
DELITO: Cohecho Propio, Concierto para Delinquir, Interés Indevido en la Celebración de Contratos

afirmar que sí era competente para conocer del caso, siendo a grandes rasgos una decisión sin motivación que no decidió de fondo la situación aludida y que groso modo, vulneró al derecho a la defensa, contradicción y doble instancia, continuando el yerro por el vicio presentado por la juez de control de garantías vulnerando ese derecho a la defensa y contradicción.

Frente a la negativa de acceder a la solicitud de declarar la incompetencia de la justicia ordinaria, y que el A quo determinó como orden que no procedía la misma, señaló el defensor en que en virtud del Art. 161 que señala las clases de providencias judiciales, se está frente a un yerro al indicar que la solicitud de impugnación de la competencia se resuelve mediante orden, en tanto se trata de un auto de sustanciación toda vez que resuelve algún incidente o un aspecto sustancial, no se trataba de temas de forma sino de fondo, que tenían que ver con el principio de legalidad y tenían que ver con el derecho fundamental al debido proceso y el juez natural, pues se trataba de un fuero legal que tenía su representado, por ello por tratarse de temas de fondo y no sustanciales, el asunto no debía ser resuelto mediante una orden sino mediante un auto que admitiera los recursos de reposición y apelación.

## **7. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

La Sala es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín, de conformidad con lo establecido en el artículo 34.1 de la Ley 906 de 2004. Así mismo, para decidir el recurso de queja conforme a los artículos 179B a 179E Ibídem.

Sea lo primero señalar que las nulidades en la Ley 906 de 2004 no se encuentran expresamente reguladas como sí sucede en la Ley 600 del 2000, sin embargo, a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup> se ha desarrollado su aplicación en el proceso, bajo el argumento que es un reconocimiento expreso de la garantía fundamental al debido proceso. En ese entendido, por tratarse de un remedio extremo y siendo una medida excepcional por los efectos que conlleva, solo es viable la declaratoria de nulidad cuando se verifica la configuración de los siguientes principios: taxatividad, legalidad, especificidad, protección, trascendencia, convalidación, conservación, residualidad e instrumentalidad.

---

<sup>1</sup> CSJ. sentencia 26359 del 06 de junio de 2007, 28704 del 5 de diciembre de 2007, 30261 del 14 de agosto de 2008, 31900 del 24 de agosto de 2009, 38835 del 12 de septiembre de 2012, 43002 del 19 de febrero de 2014, 42495 del 4 de agosto de 2014 y 43356 del 3 de febrero de 2016 entre otras.

ASUNTO: Auto interlocutorio  
RADICADO: 11001-60-00000-2022-01283  
PROCESADO: Juan Carlos Guerra Durán, Edgar Orlando Castro Malagón y José Gregorio Montañez Acosta  
DELITO: Cohecho Propio, Concierto para Delinquir, Interés Indevido en la Celebración de Contratos

Además de lo anterior, la petición de nulidad dentro del proceso penal debe ser coherente, precisa y razonable, es decir aun cuando no se requiere una formula sacramental, la parte solicitante debe demostrar que la anomalía invocada es esencial, es decir que socava de manera efectiva e irreparable la dinámica procesal. De ahí que quien invoca una nulidad por violación al debido proceso deberá: **i)** identificar concretamente el acto irregular, lo que significa no la nominación de la causal sino la sustentación fáctica del hecho; **ii)** concretar como esa forma afecta la integridad de la actuación o conculca garantías fundamentales; **iii)** explicar irreparabilidad del daño y por qué no existe otra forma de subsanarlo; y **iv)** señalar el momento a partir del cual se debe reponer la actuación.

La audiencia de formulación de acusación que establece el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal, es la etapa procesal para el saneamiento del proceso, en tanto una vez instalada. se otorga la palabra a las partes e intervinientes para que expongan las causales de incompetencias, impedimentos, recusaciones o nulidades si las hubiere, como ocurrió en el presente evento.

Ahora bien, tratándose de la audiencia de acusación, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que las únicas razones por las que se puede solicitar nulidades en esta fase, es cuando no se ha hecho referencia a los hechos jurídicamente relevantes, cuando se solicitan correcciones al escrito y no se hacen o también por falta de imputación fáctica concreta en el acto de acusación<sup>2</sup>. **Las demás circunstancias alegadas fuera de estos casos, no son susceptibles de nulidad, ya que, por tratarse de pretensiones procesales de las partes, pueden ser subsanadas o convalidadas en el transcurso del proceso.**

Pues bien, frente al tema objeto de controversia es oportuno recordar que la Corte Suprema de Justicia ha sido persistente<sup>3</sup> en sostener que la motivación de las decisiones judiciales constituye un elemento esencial de los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, a la vez que una prerrogativa de los ciudadanos, pues se trata de un deber inherente a un Estado Social y Democrático de Derecho mediante el cual se controla la arbitrariedad judicial.

---

<sup>2</sup> CSJ. sentencias 34022 del 08 de junio de 2011, 38256 del 21 de marzo de 2012.

<sup>3</sup> Entre otras, ver sentencias del 2 de febrero de 2011 y 23 de mayo de 2012, radicaciones N° 32018 y 32173, y auto del 7 de noviembre de 2010, radicación N° 35029.

ASUNTO: Auto interlocutorio  
RADICADO: 11001-60-00000-2022-01283  
PROCESADO: Juan Carlos Guerra Durán, Edgar Orlando Castro Malagón y José Gregorio Montañez Acosta  
DELITO: Cohecho Propio, Concierto para Delinquir, Interés Indevido en la Celebración de Contratos

Así mismo, ha sostenido que la obligación de motivar las decisiones judiciales, era un principio contenido en el artículo 163 de la Constitución de 1886, y si bien este no fue reproducido en la Carta Política de 1991, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen que constituye un pilar fundamental del derecho a un debido proceso (Constitución Política de 1991, artículo 29), habida cuenta que comporta una garantía contra el despotismo de los funcionarios, a la vez que se erige en elemento de certeza y seguridad para efecto de ejercitar el derecho de impugnación por parte de cualquiera de los sujetos procesales intervinientes en el trámite judicial.

En efecto, la motivación de las decisiones judiciales hace realidad el derecho que les asiste a los sujetos procesales de conocer los supuestos fácticos, las razones probatorias concretas y los juicios lógico jurídicos sobre los cuales el funcionario construye la declaración de justicia contenida en su pronunciamiento, prerrogativa que a su vez hace posible ejercer control sobre el proceso, pues permite identificar los puntos que son motivo de discrepancia, a efectos de dinamizar los mecanismos de impugnación establecidos por el legislador.

De lo anterior se desprende como carga del operador jurídico, no solo en la sentencia, sino en las providencias que resuelvan aspectos de fondo, referirse a todos los hechos y asuntos sustanciales planteados por los sujetos procesales (Ley 270 de 1996, artículo 55), con indicación expresa y concreta de las razones fácticas, jurídicas y probatorias que respaldan el sentido de la determinación adoptada en la respectiva providencia.

## **8. CASO CONCRETO**

Solicitó el defensor del señor Edgar Orlando Castro Malagón se decretara la nulidad de la formulación de imputación dentro del proceso que, por los delitos de Cohecho Propio, Concierto para Delinquir e Interés Indevido en la Celebración de Contratos se adelanta en contra del precitado y otras dos personas.

El argumento de la defensa, se basa en que a la Juez Tercera Penal Municipal de Control de Garantías en la audiencia de formulación de imputación, se le petitionó la declaratoria de incompetencia para realizar la audiencia, pues estimaba que los procesados, por ser miembros activos de la fuerza pública, concretamente militares del Ejército Nacional, tenían fuero militar y los presuntos delitos por los cuales eran investigados se dieron en el ejercicio

ASUNTO: Auto interlocutorio  
RADICADO: 11001-60-00000-2022-01283  
PROCESADO: Juan Carlos Guerra Durán, Edgar Orlando Castro Malagón y José Gregorio Montañez Acosta  
DELITO: Cohecho Propio, Concierto para Delinquir, Interés Indevido en la Celebración de Contratos

de sus funciones, de tal manera que la competencia para conocer de la investigación era la justicia penal militar. No obstante, afirma el defensor que la juez no acogió sus planteamientos con un argumento lacónico, falto de motivación, sin referirse a jurisprudencia aplicable al caso, ya que ninguna de las decisiones reseñadas por la juez en su momento demostró que tuvieran un vínculo común con el caso en concreto.

Ahora bien, para efectos de determinar si le asistía razón o no al defensor en su censura, esta magistratura escuchó la audiencia llevada a cabo ante la Juez Tercera Penal Municipal de Garantías de la ciudad, encontrando que la misma para fundamentar su decisión, refirió la sentencia del 14 de octubre de 2015, SP 14201-2015, radicado 37.748 con ponencia del Dr. José Luís Barceló Camacho, para sostener que esa jurisprudencia establecía cómo se determinaba el fuero, y referente a la conducta que se le imputó por la Fiscalía al Coronel Castro Malagón, frente a un interés indebido en la celebración de contratos y frente a un cohecho propio, se podía decir que se estaba por fuera de la competencia de la justicia penal militar, así el coronel estuviera vinculado a esa jurisdicción, y por ello sí era competente para llevar a cabo esa audiencia de formulación de imputación.

El argumento de la A quo fue suficiente para determinar que sí era competente para llevar a efecto la audiencia referida y no tenía que fundamentar su decisión en un extenso discurso para arribar a la conclusión final, pues para la magistratura, fue suficiente con la jurisprudencia traída a colación por ella, que de forma clara establece quienes tienen fuero y quienes no, no haciéndose necesario que tuviera que absolver punto por punto los argumentos de la defensa toda vez que con la jurisprudencia traída a colación quedaba más que claro, según su convicción que era la competente para que ante su estrado se llevara a efecto la audiencia de formulación de imputación.

En virtud de ello, la sala confirmará la decisión del Juez Quinto Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, que denegó la solicitud de nulidad de la formulación de imputación incoada, por lo expuesto anteriormente.

## **9. DEL RECURSO DE QUEJA**

ASUNTO: Auto interlocutorio  
RADICADO: 11001-60-00000-2022-01283  
PROCESADO: Juan Carlos Guerra Durán, Edgar Orlando Castro Malagón y José Gregorio Montañez Acosta  
DELITO: Cohecho Propio, Concierto para Delinquir, Interés Indevido en la Celebración de Contratos

Superado el primer objeto de impugnación, la Sala acometerá el estudio de lo referente al recurso de queja que presentara el defensor de José Gregorio Montañez Acosta.

En la audiencia de acusación, instalada el pasado 19 de julio, el togado de la defensa indicó que solicitaba al A quo se declarara incompetente para conocer de la actuación, habida cuenta que conforme lo establece el artículo 221 de la Constitución Política, se excluyen de la justicia penal ordinaria los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en ejercicio de sus funciones, y si en cumplimiento de las mismas se presentaba el delito, la competencia era de la jurisdicción penal militar y no la ordinaria, conforme a la sentencia SP5104 del 5 de abril de 2017, radicado 40282 MP. Luis Guillermo Salazar Otero

El juez de primera instancia, determinó que no era procedente declarar la incompetencia de la jurisdicción ordinaria, señalando que conforme a los hechos acaecidos y la jurisprudencia de la Corte Suprema, no era viable alegar una falta de jurisdicción, pues según los hechos jurídicamente relevantes, se podía colegir que los procesados debieron acordar previamente con personas civiles para efectuar unos sistemas de contratación en aras de resultar favorecidos, habiendo un concierto previo, por lo que era claro que la competencia radicaba en la jurisdicción ordinaria. Así mismo, que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las partes no podían solicitar conflictos entre jurisdicciones, por lo que no era procedente remitir el proceso a la jurisdicción penal militar por no ser el trámite pertinente.

Estimó que su decisión se trataba de una orden y por ende, no era susceptible de ningún recurso, razón por la cual el defensor interpuso recurso de queja.

## **10. DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE QUEJA**

Dentro del término legal, el defensor de José Gregorio Montañez Acosta, Dr. David Julián Gómez Arroyave sustentó el recurso de queja, señalando que la decisión que adoptó el juez era un auto que resolvía un asunto sustancial relacionado con el debido proceso, el juez natural, el derecho de defensa y principio de legalidad.

Indicó que había múltiples decisiones de los órganos de cierre referentes a la competencia de la jurisdicción penal militar, no siendo un capricho impugnar la jurisdicción planteada en la

ASUNTO: Auto interlocutorio  
RADICADO: 11001-60-00000-2022-01283  
PROCESADO: Juan Carlos Guerra Durán, Edgar Orlando Castro Malagón y José Gregorio Montañez Acosta  
DELITO: Cohecho Propio, Concierto para Delinquir, Interés Indevido en la Celebración de Contratos

audiencia de formulación de acusación, argumentando las razones por las cuales estimaba que el conocimiento del asunto debía estar en cabeza de la justicia penal militar, ya que para el año 2016 el Coronel José Gregorio Montañez Acosta era miembro activo de la Fuerza Pública, desempeñándose como jefe de la sección de logística de la cuarta Brigada y de los hechos jurídicamente relevantes imputados a su representado, se desprendería que como jefe de la sección de logística en la cuarta brigada, debía intervenir en procesos contractuales en los que presuntamente se interesó, en razón a las funciones de su cargo.

Señaló que era necesario, para configurarse el conflicto de jurisdicciones, el pronunciamiento del juez penal militar en aras de que indique si es competente o no para conocer del asunto y garantizar a su defendido el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de legalidad y en caso de que la jurisdicción penal militar indique que no es competente sería en sede de casación donde se resuelva el asunto, pero en caso de manifestar que sí es competente, habrían un conflicto positivo de jurisdicciones y entraría la Corte Constitucional a resolver el asunto.

Estima que carece de acierto y legalidad la decisión de resolver la petición de la defensa mediante una orden, no dando a la misma el trámite adecuado enviando el expediente a la jurisdicción penal militar para el debido pronunciamiento y además de ello, proscribió la interposición de recursos por estimar que se trataba de una orden y no un auto, pese a que la jurisprudencia ha señalado que las decisiones que se tomen en audiencias son autos, y en este caso, la decisión resolvió un aspecto sustancial.

En virtud de ello, solicita se conceda el recurso de apelación contra la decisión del A quo para que se decida sobre lo pertinente.

## **11. DECISIÓN**

Es competente esta Sala para resolver el recurso de queja invocado por el defensor contractual de Juan David Salazar Jaramillo, en razón de la calidad de superior funcional de la Juez que adoptó la decisión objeto de recurso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 179C de la ley 906 de 2004.

ASUNTO: Auto interlocutorio  
RADICADO: 11001-60-00000-2022-01283  
PROCESADO: Juan Carlos Guerra Durán, Edgar Orlando Castro Malagón y José Gregorio Montañez Acosta  
DELITO: Cohecho Propio, Concierto para Delinquir, Interés Indevido en la Celebración de Contratos

Una primera claridad que resulta ineludible, tiene que ver con que la decisión adoptada por el Juez Quinto Penal del Circuito de Medellín es un auto, no una orden, pues su naturaleza indica que no se trata de la disposición del impulso procesal sino de la negativa de declarar la falta de competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer del asunto. Así, se equivocó la juez de instancia al denominar la decisión como una simple orden, pues se trata de una decisión sobre un aspecto fundamental de la actuación como lo es la jurisdicción para conocer del asunto. Debe recordarse que las decisiones que se adoptan a lo largo del proceso son lo que su esencia determina que sean, no lo que el juez pueda considerar al respecto.

4.3 Superada la aclaración anterior, debe recordarse que el recurso de queja está regulado por el artículo 179B de la ley 906 de 2004, adicionado por el 93 de la ley 1395 de 2010, y que indica:

*“Cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de queja dentro del término de ejecutoria de la decisión que deniega el recurso.”*

Así entonces, el mecanismo previsto en el citado artículo procede cuando el funcionario de primera instancia niega el de apelación y tiene como finalidad preservar el principio de la doble instancia, por lo que su propósito es determinar si debe o no concederse la alzada, resultando ajeno al debate un pronunciamiento acerca del acierto o no del fondo de la decisión.

4.3 En el sub examine, la a quo negó el recurso vertical instaurado en contra de la decisión que negó la declaratoria de incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer del proceso y que fuera elevada por el defensor de José Gregorio Montañez Acosta, úes según el togado, el conocimiento del proceso recae en la jurisdicción penal militar.

Pues bien, la ley 906 de 2004 señala en su artículo 161 que las providencias que se dictan en el proceso penal se clasifican en sentencias, autos, si resuelven algún incidente o aspecto sustancial y órdenes si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma, las cuales son verbales y de cumplimiento inmediato.

ASUNTO: Auto interlocutorio  
RADICADO: 11001-60-00000-2022-01283  
PROCESADO: Juan Carlos Guerra Durán, Edgar Orlando Castro Malagón y José Gregorio Montañez Acosta  
DELITO: Cohecho Propio, Concierto para Delinquir, Interés Indevido en la Celebración de Contratos

En concordancia con lo anterior, el artículo 176 del C. de Procedimiento Penal explica cuáles son los recursos que proceden contra las decisiones judiciales así:

*“Son recursos ordinarios la reposición y la apelación.*

*Salvo la sentencia la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia.*

*La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria”.*

De conformidad con lo anterior, para esta Sala es claro que el auto que decide sobre la definición de competencia es susceptible del recurso de reposición y apelación, pues de aceptarse que la decisión es una orden contra la cual no proceden recursos, sería desconocer los derechos de defensa y contradicción de la parte.

De igual manera, hay que tener en cuenta que el máximo órgano de cierre en materia penal ha señalado en profusa jurisprudencia que se presenta nulidad por falta de competencia del funcionario que conoció del proceso, lo que a todas luces permite inferir que esa decisión de declarar la competencia es susceptible de recurso al presentarse la controversia para conocer del proceso, tal como lo ha planteado la defensa, en aras de que una vez saneado, pueda surtir el trámite respectivo por el funcionario que realmente debe conocer del mismo sin que dé lugar a vicios futuros por incompetencia.

Con lo anterior de presente, y descendiendo al sub iudice, se tiene que la decisión del Juez 5° Penal del Circuito de Medellín, de no acceder a la petición que en sede de audiencia de formulación de acusación realizara el defensor contractual de José Gregorio Montañez Acosta de declarar es apelable, sin discriminar en torno al sentido de la decisión frente a la competencia.

Por lo anterior, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín,

**RESUELVE:**

ASUNTO: Auto interlocutorio  
RADICADO: 11001-60-00000-2022-01283  
PROCESADO: Juan Carlos Guerra Durán, Edgar Orlando Castro Malagón y José Gregorio Montañez Acosta  
DELITO: Cohecho Propio, Concierto para Delinquir, Interés Indevido en la Celebración de Contratos

**PRIMERO: DENEGAR** por lo anteriormente expuesto, la solicitud de **NULIDAD** de la audiencia de formulación de imputación deprecada por el defensor del señor **EDGAR ORLANDO CASTRO MALAGÓN**, por lo expuesto en precedencia.

**SEGUNDO: DECLARAR PROCEDENTE** el recurso de queja interpuesto por la defensa de **JOSÉ GREGORIO MONTAÑEZ ACOSTA**, y en consecuencia **CONCEDER** el recurso de apelación frente a la decisión del 19 de julio de 2022 que determinó que la competencia para conocer del proceso la tenía la jurisdicción ordinaria. Por tanto, **ORDENA** remitir el expediente al Juzgado 5º Penal del Circuito de esta ciudad para los fines pertinentes.

**TERCERO:** Contra esta decisión no procede recurso alguno.

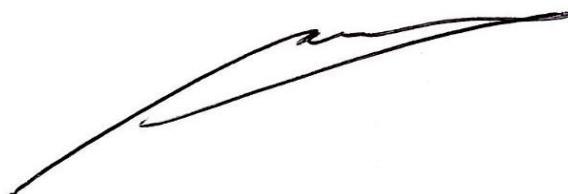
### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**  
Magistrado



**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**  
Magistrado



**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**  
Magistrado