



SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05001 60 00 206 2020-09066
DELITOS: Hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con tentativa de secuestro simple, a su vez en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, o tenencia de armas de fuego accesorios, partes o municiones y uso de menores de edad para la comisión de delitos
CONDENADOS: John Edison Tuberquia Aguirre y otros
PROCEDENCIA: Juzgado 16 Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación orden de destrucción del arma de fuego.
DECISIÓN: CONFIRMA
Sentencia N. 6
Aprobado mediante acta: 79
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz

Medellín, veintiocho (28) de abril de dos mil veintiuno

ASUNTO A TRATAR

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el delegado del Ministerio público, en contra de la sentencia emitida el dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020), por el Juez Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, mediante la cual condenó a **JOHN EDISON TUBERQUIA AGUIRRE, DANIEL JIMÉNEZ QUIGUA, SERGIO ANDRÉS PÉREZ MURIEL Y LUIS MATEUS MOSQUERA BITAR**, como coautores materiales de los delitos de hurto calificado y agravado, en concurso (arts. 239, 240-2, 241 10-11 del Código Penal); secuestro simple atenuado (art. 168 ibidem.); porte ilegal de armas de fuego agravado (art. 365 1-5) y uso de menores de edad para la comisión de delitos (art. 188 D.) imponiéndoles pena de diez (10) años y un (1) mes de prisión, inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, multa de doscientos (200) SMLMV. Y conforme al artículo

41 de la ley 1826 de 2017, que creó el artículo 563 del C.P.P ordenó la destrucción de las armas incautadas.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Los hechos jurídicamente relevantes y base de la condena fueron relacionados así en la sentencia:

“El día 13 de junio de 2020, siendo las 13:15 horas, utilizando al menor de edad Y.A.R.C., en la carrera 92 con calle 43 C de esta ciudad, se apoderaron del taxi de placas GKV552, conducido por el señor Wilman Albeiro Cano Ortiz, a quien intimidaron con un arma de fuego y lo obligaron a descender del vehículo; DANIEL JIMENEZ QUIGUA toma el timón del carro en compañía del menor mientras otros dos hombres, no identificados, obligaron al señor Wilman a trasladarse a una zona boscosa, donde lo despojaron de su celular marca Y9, avaluado en \$800.000 y de la suma de \$450.000 , lo retuvieron en contra de su voluntad por espacio de tres horas y luego lo dejaron libre.

Mientras al conductor del taxi se encontraba retenido, el automotor hurtado estaba siendo ocupado por JHON EDISON TUBERQUIA AGUIRRE, DANIEL JIMENEZ QUIGUA, SERGIO ANDRES PEREZ MURIEL, LUIS MATEUS MOSQUERA BITAR y el adolescente Y.A.R.C, quienes se dirigieron al establecimiento público denominado Capilla 83, ubicado en la carrera 83 A Nro. 35 -7 en el barrio Laureles, y, siendo las 15:30 horas, ingresaron a la tienda; dos de ellos procedieron a intimidar con sendas armas de fuego a las personas que laboraban en el lugar, señores Juan David Chaverra Cuesta y Jenny Andrea Giraldo Úsuga, los llevaron al interior del local, y se apoderaron de sus celulares: Samsung A10, avaluado en \$800.000, y, Motorola G7 avaluado, en \$750.000; de la suma de \$260.000 y de unas cervezas; una vez, con estos elementos en su poder, emprenden la huida en el taxi.

El taxi fue interceptado por agentes de la policía nacional, que, a eso de las 15:50 horas, en la avenida oriental con calle 54 de este municipio, dieron captura a DANIEL JIMENEZ QUIGUA; quien conducía el automotor; a JHON EDISON

TUBERQUIA AGUIRRE, quien iba en calidad de copiloto; a SERGIO ANDRES PEREZ MURIEL, quien estaba ubicado en la parte de atrás, ventanilla derecha; a LUIS MATEUS MOSQUERA BITAR, quien iba en la mitad de la parte de atrás del carro; y, al adolescente J. A. R. C., quien iba en la parte de atrás junto a la ventanilla izquierda, hallando debajo del tapete del puesto de atrás, lado derecho, dos armas: una de fogueo, tipo pistola, marca Zoraki, modelo 21918-B, calibre 9 milímetros P.A., serial N. 0517-002812 con un proveedor compatible para ser utilizado con esa arma y un Revólver, marca Smith & Wesson, modelo 10-15, calibre .38 Special, serial N. 6 D28275, apta para producir el fenómeno de disparo; el arma tenía 6 cartuchos calibre .38 Special, tipo revólver en buen estado de conservación y aptos para ser empleados en arma de fuego compatible con su calibre”.

Por tales hechos, el catorce (14) de junio de dos mil veinte, se llevó a cabo ante el Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Medellín, por solicitud de la Fiscal 91 Seccional, la audiencia de legalización de captura. Acto seguido se les formuló imputación a **JOHN EDISON TUBERQUIA AGUIRRE, DANIEL JIMÉNEZ QUIGUA, SERGIO ANDRÉS PÉREZ MURIEL Y LUIS MATEUS MOSQUERA BITAR**, como coautores de los delitos de hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con secuestro simple tentado, a su vez en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, o tenencia de armas de fuego accesorios, partes o municiones y uso de menores de edad para la comisión de delitos, sin que aceptaran su responsabilidad por tales conductas. Se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión.

La fiscal a cargo del asunto presentó escrito de acusación, actuación que correspondió por reparto al Juez Dieciséis Penal del Circuito de Medellín.

En audiencia realizada el veintiséis (26) de noviembre de dos mil veinte, la fiscal indicó que se había llegado a un preacuerdo, el cual consistía en la degradación de la forma de participación de cada uno, de coautores a cómplices y se fijaba el monto de la pena en diez (10) años y un (1) mes de prisión, acuerdo que fue aprobado por el Juez. Las partes no presentaron oposición.

LA SENTENCIA APELADA

Hallando satisfechos los elementos básicos para ello, el dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte 2020, se emitió la sentencia condenatoria en contra de los acusados, por los delitos de hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con secuestro simple tentado, a su vez en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, o tenencia de armas de fuego accesorios, partes o municiones y uso de menores de edad para la comisión de delitos, imponiéndoles una pena de diez (10) años y un (1) mes de prisión, inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, multa de doscientos (200) SMLMV. La dosificación de la pena obedeció a los términos del preacuerdo.

En relación con los mecanismos sustitutivos, el Juez, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por expresa prohibición legal, y conforme al artículo 41 de la ley 1826 de 2017, que creó el artículo 563 del C.P.P ordenó a destrucción de las armas incautadas.

Para los últimos efectos argumentó que de conformidad con la norma citada se ordenaba la destrucción de las armas incautadas, esto es, un arma de fogueo, tipo pistola, marca Zoraki,

modelo 21918-B, calibre 9 milímetros P.A., serial N. 0517-002812 con un proveedor compatible para ser utilizada con esa arma y un Revólver, marca Smith & Wesson, modelo 10-15, calibre .38 Special, serial N. 6 D28275, con su respectiva munición

DE LA APELACIÓN

En forma oportuna, el delegado del Ministerio Público, interpuso el recurso de apelación, al no compartir la decisión del Juez en punto a lo ordenado en el numeral tercero de la sentencia, esto es, la destrucción del revólver y el arma de fogeo incautadas.

Señaló que el artículo 563 de la Ley 906 de 2004, creado por el artículo 41 de la ley 1826 de 2017, hace parte del libro VII del procedimiento especial abreviado, por lo tanto, está creado para los asuntos allí expresamente regulados.

Expone que el artículo 41 de la Ley 1826 no modificó el artículo 100 de la Ley 599 de 2000 y, en consecuencia, existiendo la norma especial prevista en el artículo 92 del Decreto 2535 de 1993, que ordena el decomiso de las armas y municiones incautadas, a favor del Departamento de Control Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Comando General de las Fuerzas Militares, se debe dar aplicación a tal precepto normativo.

Finalmente, indicó que frente al arma de fogeo, el artículo 82 de la ley 599 de 2000, dispone que procederá el comiso, por lo que pasará a la Fiscalía General de la Nación a través del

Fondo Especial para la Administración de Bienes, no su destrucción, pues no se está ante un procedimiento abreviado.

En consecuencia, solicitó la modificación de la sentencia proferida en su numeral tercero y en su lugar, disponer el comiso del arma de fogueo para ser entregada a la Fiscalía General de la Nación y el decomiso del arma de fuego a favor del Comando General de las Fuerzas Militares.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

Somos competentes, conforme al artículo 34, numeral primero, de la Ley 906 de 2.004, para conocer de la presente apelación habida cuenta que la primera instancia fue agotada por el Juez Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, adscrito a este distrito judicial.

Es límite de nuestra intervención, de acuerdo con las técnicas del recurso de apelación, el tema propuesto por el impugnante y existe, argumentación suficiente para que sea viable el estudio del asunto.

La sustentación del disenso, como ya lo reseñamos, se realizó frente a la específica orden de destrucción de las armas incautadas en el proceso objeto de análisis, esto es, un **arma de fogueo**, tipo pistola, marca ZORAKI, modelo 21918-B, calibre 9 milímetros P.A., serial N. 0517-002812 con un proveedor compatible para ser utilizado con esa arma y un **revólver**, marca SMITH & WESSON, modelo 10-15, calibre .38 Special, serial N. 6 D28275 con su respectiva munición, porque en criterio del delegado del Ministerio Público debe darse

aplicación a lo dispuesto en los artículos 82 de la Ley 906 de 2004 y 100 de la Ley 599 de 2000, como quiera que no nos encontramos frente a un delito de los previstos en el procedimiento abreviado.

Aunado a ello, dice, existe norma especial prevista en el artículo 92 del Decreto 2535 de 1993, que ordena el decomiso de las armas y municiones incautadas, a favor del Departamento de Control Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Comando General de las Fuerzas Militares

Para resolver tal cuestión y por su pertinencia se hará una transcripción de las normas en cita.

El artículo 100 de la Ley 599 de 2000, establece lo siguiente:

“ARTICULO 100. COMISO. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, **a menos que la ley disponga su destrucción.**

(...).”

Por su parte, el artículo 82 de la Ley 906 de 2004, preceptúa respecto a la procedencia del comiso:

ARTÍCULO 82. PROCEDENCIA. El comiso procederá sobre 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 instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe.

(...)

Decretado el comiso, los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la

Administración de Bienes, **a menos que la ley disponga su destrucción** o destinación diferente.

PARÁGRAFO. Para los efectos del comiso se entenderán por bienes todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos.

El Decreto 2535 de 1993, en su artículo 92,

consagra:

ARTICULO 92. DECOMISO EN VIRTUD DE SENTENCIA JUDICIAL O ACTO ADMINISTRATIVO. En firme la sentencia o acto administrativo que, ordene el decomiso de un arma de guerra. ésta quedará a disposición del Comando General de las Fuerzas Militares quien podrá disponer de ella de conformidad con lo dispuesto en este Decreto, o asignarla a la Fiscalía General de la Nación. la Fuerza Pública, organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados de carácter permanente.

El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Defensa reglamentará el trámite que deberá seguirse para el uso del material a que se refiere el artículo anterior.

Finalmente, el artículo 41 de la Ley 1826 de 2017, que creó el artículo 563 del C.P.P, expresamente dispone:

“**ARTÍCULO 41.** La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 563, así:

Artículo 563. Destrucción del objeto material del delito. En las actuaciones por conductas punibles en las que se empleen como medios o instrumentos para su comisión, armas de fuego o armas blancas, una vez cumplidas las previsiones de este código relativas a la cadena de custodia y después de ser examinadas por peritos para los fines investigativos pertinentes, se procederá a su destrucción previa orden del fiscal de conocimiento, siempre que no sean requeridas en la actuación a su cargo.

PARÁGRAFO. La Fiscalía General de la Nación aplicará el procedimiento previsto en este artículo para las armas de fuego o armas blancas que actualmente se encuentran a su disposición.”

Ahora bien, al analizar el trámite dado al aludido proyecto en el Congreso de la República, encontramos frente a

la precitada norma, en la Gaceta 960 del 2 de noviembre de 2016, lo siguiente:

Texto aprobado en primer debate	Modificación	Justificación
<p>Artículo 41. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 563, así: Artículo 563. Destrucción del objeto material del delito. En las actuaciones por conductas punibles en las que se empleen como medios o instrumentos para su comisión, armas de fuego o armas blancas, una vez cumplidas las previsiones de este código relativas a la cadena de custodia y después de ser examinadas por peritos para los fines investigativos pertinentes, se procederá a su destrucción previa orden del Fiscal del conocimiento.</p>	<p>Artículo 41. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 563, así: Artículo 563. Destrucción del objeto material del delito. En las actuaciones por conductas punibles en las que se empleen como medios o instrumentos para su comisión, armas de fuego o armas blancas, una vez cumplidas las previsiones de este código relativas a la cadena de custodia y después de ser examinadas por peritos para los fines investigativos pertinentes, se procederá a su destrucción previa orden del Fiscal de conocimiento, <u>siempre que no sean requeridas en la actuación a su cargo.</u> <u>Parágrafo. La Fiscalía General de la Nación aplicará el procedimiento previsto en este artículo para las armas de fuego o armas blancas que actualmente se encuentran a su disposición.</u></p>	<p>Se adiciona el artículo, a efectos de que tenga incidencia en la situación actual de los armerillos y almacenes de evidencias, en los cuales reposan elementos descritos en dicho artículo que ya no se requieren para las investigaciones correspondientes. Adicionalmente, se precisa que dicho procedimiento se aplicará respecto de los elementos materiales probatorios que ya no sean requeridos en la actuación correspondiente.</p>

En virtud de lo expuesto, creemos que aunque se trata de un asunto que generará controversia – *de hecho el censor pone en discusión el tema-*, esta norma que se introdujo a la Ley 906 de 2004, a través del artículo 41 de la Ley 1826 de 2017, ha de aplicarse, por lo menos esa es la filosofía que de ella advierte la Sala, no solo a los delitos objeto del procedimiento abreviado, sino a todos aquellos en los que se empleen armas de fuego o armas blancas como medios o instrumentos para su comisión, en tanto es una norma posterior, y en los mismos artículos 82 de la Ley 906 de 2004 y 100 de la Ley 599 de 2000, se indica que procede el comiso a menos que la ley disponga su destrucción.

La finalidad del Congreso al adicionar el aludido artículo a la Ley 906 de 2004, tal y como se verifica en la justificación de la norma, era que en los armerillos y almacenes de evidencia dejaran de reposar esos elementos que no se requieren para las investigaciones correspondientes.

Por ello, aun cuando esta situación fue regulada en la ley que establece el procedimiento abreviado, insistimos, en que la intención del legislador fue establecerla para todos aquellos delitos en los que se emplearan armas de fuego o armas blancas para su comisión, en tanto la redacción del artículo utilizó una acepción que, creemos, abarca no solo las conductas punibles para las cuales se estableció el procedimiento especial abreviado sino a aquellas que adelantándose por el trámite ordinario, en su comisión se empleen como medios o instrumentos para su comisión armas de fuego o armas blancas.

Aunado a ello no se observa que una contradicción entre las citadas disposiciones, en tanto lo que hizo el artículo 41 de la Ley 1826 de 2017, fue regular en concreto lo referente a la destrucción del objeto material del delito cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas como medios o instrumentos para su comisión, y en cuanto a lo dispuesto en el Decreto 2535 de 1993, en su artículo 92, ha de darse aplicación a lo establecido en la Ley 153 de 1887, respecto a la validez y aplicación de las leyes:

ART 1. Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, ú ocurrencia de oposición entre ley anterior y ley posterior, ó trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo á derecho nuevo, las autoridades de la república, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes.

ART 2. **La ley posterior prevalece sobre la ley anterior.** En caso de que una ley posterior sea contraria á otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicarán la ley posterior.

ART 3. Estímese insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, **ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores,** ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia á que la anterior disposición se refería.

Así las cosas, en tanto el artículo 41 de la Ley 1826 de 2017 es una ley posterior y especial, por lo menos desde nuestra perspectiva, habrá de darse aplicación a su contenido.

Son respetables los argumentos del recurrente pero, iteramos, ningún dislate se advierte en la orden expedida por el Juez de Primera Instancia respecto a la destrucción de aquellos elementos; por el contrario, lo que concluimos, del análisis comparativo de las normas, es que esa interpretación sobre la aplicación del canon referido es razonable y en ese orden de ideas no puede accederse al pedimento del censor.

No obstante lo anterior, deberá modificarse el numeral 3 de la parte resolutive de la sentencia objeto de revisión, en el sentido que se ordena la destrucción, siempre y cuando la fiscalía no necesite los aludidos elementos para fines investigativos, acorde a lo expuesto en el artículo 563 del C.P.P.

Ahora bien, consideramos que en punto a la naturaleza de la decisión judicial que se ha adoptado, esto es, la orden de destrucción del arma, no procede el recurso extraordinario de Casación, al tenor de lo establecido en los artículos 180 y siguientes de la Ley 906 de 2004, .

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 3 de la sentencia condenatoria dictada por el Juez Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, con funciones de conocimiento, el dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020), en el sentido que se se ordena la destrucción de las armas incautadas, esto es, un arma de fogeo, tipo pistola, marca Zoraki, modelo 21918-B, calibre 9 milímetros P.A., serial N. 0517-002812 con un proveedor compatible para ser utilizada con esa arma y un Revólver, marca Smith & Wesson, modelo 10-15, calibre .38 Special, serial N. 6 D28275, con su respectiva munición, siempre y cuando la fiscalía no necesite los aludidos elementos para fines investigativos, acorde a lo expuesto en el artículo 563 del C.P.P.

En lo demás permanece incólume la decisión.

SEGUNDO: En contra de esta decisión no procede recurso alguno. Quedan, partes e intervinientes, notificados en este estrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado