

Magistrado Ponente: JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL

Radicación: 13-001-6001129-2016-02003-G3 N° 0005 de 2022.

Tipo de decisión: Declara prescrita la acción penal.

Fecha de la decisión: 28 de julio de 2022.

Clase de proceso: FABRICACIÓN, TRAFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES.

ACCIÓN PENAL/Conforme al artículo 83 de la Ley 599 de 2000, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena establecida en la ley para el delito endilgado, sin que dicho término pueda, en ningún caso, ser inferior a 5 años ni superior a 20 años, salvo unas excepciones que contempla la misma disposición.

TÉRMINO PRESCRIPTIVO/INTERRUPCIÓN/ El artículo 86, modificado por el inciso 1° del artículo 6° de la Ley 890 de 2004 dispone que el cómputo para la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación, la cual una vez superada, a voces del inciso 2° del artículo 292 de la Ley 906 de 2004, dicho lapso comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 *ibídem*, caso en el cual no podrá ser inferior a tres (3) años

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN /Declaración, disponiéndose el archivo definitivo de la actuación y la cancelación de la medida restrictiva personal.

FUENTE FORMAL/Artículos 83 y 86 del Código Penal y artículo 292 de la Ley 906 de 2004.

FUENTE JURISPRUDENCIAL/ CSJ SP, 23 nov. 2016, rad. 45466; CSJ SP, 23 may. 2012, rad. 35256 y CSJ SP, 13 may 2009, rad. 31424.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Cartagena de Indias, D. T. y C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022)

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL

RADICACIÓN:	13-001-6001129-2016-02003.
NO. I. TRIBUNAL:	G3 0005-2022.
PROCESADO:	XAMIR ALBERTO POLO ALVARADO.
DELITO:	FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES.
MOTIVO:	APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO:	LEY 906 DE 2004.
ACTA N°:	130

1. VISTOS

Examina la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa, contra la Sentencia condenatoria proferida el día 10 de junio del 2022 por el Juzgado 8° Penal del Circuito de Cartagena, mediante la cual, condenó al señor Xamir Alberto Polo Alvarado, como autor del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

2. HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

En Cartagena, el día 12 de junio del 2016, siendo aproximadamente las 19:15 horas, funcionarios de la policía nacional se encontraban realizando labores de vigilancia en el barrio ciudadela 2000, manzana 8, cuando observaron a un sujeto que vestía una camiseta verde y sudadera azul claro, quien, al notar la presencia de los gendarmes, tomó una actitud sospechosa.

Los agentes, procedieron a practicarle un registro voluntario, hallando en su poder un arma de fuego a la altura de la cintura, lado derecho, sin ninguna documentación que permitiera su porte, siendo capturado y conducido hasta las instalaciones de la fiscalía.

El arma resultó apta para disparar.

3. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

3.1. Por los anteriores hechos, el día 13 de junio del 2016 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, Polo Alvarado fue imputado como autor del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (Art. 365 Código Penal). No hubo aceptación de cargos y la fiscalía retiró su solicitud de medida de aseguramiento, por lo cual se dispuso la libertad inmediata de este ciudadano.



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

3.2. El asunto correspondió por reparto efectuado el 15 de septiembre del 2016 al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta ciudad. Luego de múltiples fracasos¹, no se pudo instalar la audiencia de acusación y se registra como última calenda intentada el día 28 de enero del 2021. Así mismo, el día 26 de marzo de ese año, en virtud al acuerdo CSJBOA-2148 el Juzgado Octavo Penal del Circuito asumió el conocimiento de la actuación y fijó fecha para la realización de la mentada audiencia, tras varias contingencias², esta se evacuó el día 25 de agosto del 2021, siendo el procesado acusado en idénticos términos a los que le fueron imputados.

3.3. La audiencia preparatoria se instaló el día 16 de noviembre del 2021, la fiscalía elevó solicitudes probatorias, la defensa no lo hizo, empero, radicó solicitudes de rechazo; el *a quo* suspendió la diligencia para decidir, fijando su continuación el 25 de febrero del 2022, oportunidad en la cual fracasó y se reprogramó para el 17 de mayo del 2022, calenda en la que se definió el decreto probatorio.

3.4. La audiencia del juicio oral se instaló el día 3 de junio del 2022, dándose inicio al ciclo probatorio el día 8 y 9 de junio del 2022, en esta última calenda culminó el debate, las partes presentaron alegatos de conclusión, se dictó el sentido del fallo de carácter condenatorio y se surtió el trámite del Art. 447 CPP, finalmente, se fijó fecha para la lectura de la sentencia, la cual tuvo lugar al día siguiente, resultando condenado el prenombrado como autor del reato endilgado.

3.5. Contra la anterior decisión el defensor del procesado interpuso recurso de apelación, surtido el traslado de no recurrentes, el *a quo* concedió el recurso, correspondiendo por reparto a esta Sala.

4. SENTENCIA APELADA

Luego de compendiar los hechos, los alegatos y la prueba practicada, concluyó que, a partir del testimonio de Leidy Viviana Ramírez Gallo, agente captora dentro del asunto, Eder Jhon Jiménez Gelez perito en balística del CTI, -quien determinó que el arma era apta para disparar, Omar Miguel Ruiz Torres, también agente captor, y la prueba documental: oficio suscrito por el I.M. Leider Enrique Martínez Espinoza, en el cual se determina la ausencia de permiso para portar el arma por parte del procesado, era posible concluir la responsabilidad penal del enjuiciado.

¹ 11 de julio del 2017, 31 de octubre del 2017, 16 de noviembre del 2017, 15 de diciembre del 2017, 30 de abril del 2018, 29 de mayo del 2018, 27 de junio del 2018, 21 de septiembre del 2018, 25 de abril del 2019, 30 de mayo del 2019, 28 de noviembre del 2019.

² No se pudo instalar el día 10 de mayo del 2021, 16 de junio del 2021, 15 de julio del 2021 y 5 de agosto del 2021.



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

En primer lugar, expuso, que los policiales que realizaron la aprehensión explicaron detalladamente las circunstancias bajo las cuales el procesado fue sorprendido portando el arma. Se apoyó igualmente en la pericia de balística, para concluir el funcionamiento del arma de fuego, además, sostuvo que con el perito, se introdujo el álbum fotográfico donde se explicitaron las características de esta, desechando a su vez los reparos que la defensa hizo a la cadena de custodia y respecto a la credibilidad de las testimoniales antes referidas, aunado a que consideró que para nada incidía el derecho a la no autoincriminación que el procesado hubiese manifestado espontáneamente no tener permiso para portar armas. Finalmente concluyó que, se aplicó en todo momento el procedimiento de cadena de custodia, tal como lo depusieron los testigos.

Hallando acreditada la tipicidad de la conducta, arguyó que la misma también era antijurídica y culpable, por lo que condenó al señor Polo Alvarado a la pena de prisión de 108 meses y a la accesoria de interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual a la pena principal impuesta. Negó los subrogados penales de acuerdo con la pena impuesta. Por último, decretó el comiso del arma de fuego de fabricación industrial tipo pistola Marca Pietro Beretta modelo 90 calibre 7.65 mm, código F41846A1.

5. DE LA APELACIÓN

Primeramente, discrepa de la valoración probatoria, al considerar que la testigo Leidy Viviana Ramírez Gallo, manifestó no estar presente en la requisita practicada a su defendido, pues de su dicho se extrae que se encontraba en otro registro, y cuando se acercó a Polo Alvarado ya el oficial Omar Ruiz había hallado el arma, sin que dé cuenta siquiera a quién se le entregó el arma, pues en un momento dijo que a la fiscalía y en otro al perito de laboratorio, poniendo de relieve un inconveniente en la cadena de custodia.

Por otro lado, en lo que se relaciona con el testigo Omar Ruiz, precisó que, solo encontró un arma de fuego, mientras que el perito indica que se trataba de un arma y unos cartuchos, debido a lo cual, sostiene que los elementos incautados no son los mismos a los analizados, pues el agente captor refiere que esta tenía un número de serie, pero en el informe de laboratorio se indicó que este no existía, pues estaba borrado. Finalmente, cuestiona que no existe claridad en el relato del agente, respecto a la persona a la cual le entregó el arma, por lo que no hay concordancia en la cadena de custodia, entre los elementos incautados y los analizados finalmente por el perito.

Para terminar estos reproches, cuestiona que se le hubiese dado un alcance que no tenía al certificado BAFIM, puesto que solo hace referencia a la fecha relacionada con el 19 de julio



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

del 2016, sin que dé cuenta si existió en el pasado algún permiso, o si el día que encontraron el arma su defendido sí tenía el correspondiente salvoconducto.

Finalmente, de manera accesoria, plantea, luego de realizar los correspondientes cálculos aritméticos, que la acción penal prescribió días después de dictada la sentencia de primera instancia, en ese sentido solicita la declaratoria de esta Sala de dicho fenómeno.

5.1. No hubo traslado de no recurrentes.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia. Conforme a lo dispuesto en el artículo 34.1 de la Ley 906 de 2004, esta Sala de decisión es competente para resolver el presente recurso de apelación.

6.2. Previo a cualquier consideración que implique el estudio valorativo de las pruebas practicadas en esta actuación regida bajo los cauces de la ley 906 del 2004, corresponde a la Sala entrar a determinar si en el caso concreto ha operado el fenómeno de la prescripción, en caso afirmativo deberá declarar extinta la acción penal, por prescripción, en favor del señor Xamir Alberto Polo Alvarado.

6.3. La conducta imputada a Xamir Alberto Polo Alvarado, es la contenida en la en el Art. 365 Código Penal; fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, en idéntico sentido se concito la acusación. Así mismo, la Corte tiene establecido que para efectos de calcular el término de prescripción de la acción penal “*la calificación jurídica que ha de tenerse en cuenta es la consignada en la sentencia*” (CSJ SP, 23 nov. 2016, rad. 45466; CSJ SP, 23 may. 2012, rad. 35256 y CSJ SP, 13 may 2009, rad. 31424), en este caso, la condena fue emitida por el mismo reato.

6.4. En efecto, según lo dispuesto en el artículo 83 del Código Penal, la acción prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, previa atención a las causales sustanciales que modifican los extremos punitivos, pero por regla general tales extremos no pueden ser inferiores a cinco (5) años, ni superior a veinte (20) años.

6.5. A su turno, el artículo 86 *idem*, modificado por el inciso 1° del artículo 6° de la Ley 890 de 2004 dispone que el cómputo para la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación, una vez superada, a voces del inciso 2° del artículo 292 de la Ley 906 de 2004, dicho lapso comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 *ibidem*, caso en el cual no podrá ser inferior a tres (3) años.



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

6.6. Dicho lo anterior, el punible de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones endilgado al procesado contempla una pena máxima de 12 años de prisión, dicho término se interrumpió con la formulación de imputación, celebrada el día 13 de junio del 2016, en consecuencia, la acción penal prescribió el día **13 de junio del 2022.**

6.7. Entonces, ante la configuración de esa causal objetiva de extinción de la acción penal, advertida por la defensa en sede de apelación, la Sala procederá a reconocerla, toda vez que el Estado perdió su potestad sancionatoria desde el 13 de junio del hogaño, es decir, 3 días después de emitida la sentencia de primer nivel.

6.8. En consecuencia, se declarará la extinción de la acción penal por prescripción en favor de Xamir Alberto Polo Alvarado, disponiéndose el archivo definitivo de la presente actuación y la cancelación de la medida restrictiva personal que se le impuso, por cuenta de este proceso.

6.9. Finalmente, en atención a la declaratoria de prescripción, la Sala, compulsará copias con destino a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial, con el objeto de que se determine si hay lugar a una responsabilidad disciplinaria generada en el presente asunto como consecuencia de la extinción de la acción penal.

6.10. En razón y mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior de Cartagena, en Sala de Decisión Penal,**

7. RESUELVE.

Primero. Declarar prescrita la acción penal derivada del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones que como autor se predicó de Xamir Alberto Polo Alvarado; por lo tanto, archívese definitivamente la presente actuación.

Segundo: Ordenar la cancelación de la medida restrictiva personal impuesta a Xamir Alberto Polo Alvarado, por cuenta de este proceso.

Mantener incólume el resto de la providencia de primer grado.

Tercero. Compulsar copias con destino a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial, con el objeto de que se determine si hay lugar a una responsabilidad disciplinaria generada en el presente asunto como consecuencia de la extinción de la acción penal.

Cuarto. Notifíquese a las partes e intervinientes por los canales virtuales autorizados, teniendo en cuenta las prescripciones contempladas en el artículo segundo del Acuerdo N° 015 del 04 de mayo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Quinto. Registrar por intermedio de la Secretaría de la Sala Penal de este Tribunal lo resuelto en la presente providencia en el sistema Justicia XXI.

Sexto. Una vez ejecutoriada esta decisión, devolver la actuación al Juzgado de origen. Contra la presente decisión procede el recurso de reposición.

Notifíquese y Cúmplase.



**JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO**



**FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO**



**PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

**LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO
SECRETARIO**