



SALA PENAL

Radicado: 050016000206202331594
Procesado: Francisco Alexander Múnera Builes
Delitos: Fabricación, tráfico o porte ilegal de
armas de fuego o municiones y otro
Asunto: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Confirma
Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín
Acta N° 109

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Novena de Decisión Penal

**Medellín, veintisiete de agosto de dos mil
veinticuatro.**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Defensa, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín, el 3 de Julio de 2024, mediante la cual condenó al señor ***Francisco Alexander Múnera Builes*** por los delitos de Tráfico fabricación, y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos y Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, imponiéndole una pena de 72 meses de prisión, en virtud del

acuerdo celebrado, y negándole, entre otros sustitutos, la prisión domiciliaria como padre cabeza de hogar.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Los hechos por los que fue condenado el acusado fueron descritos en la sentencia de primera instancia de la siguiente manera:

“En diligencia de allanamiento y registro del 14 de junio de 2023, al inmueble ubicado en las coordenadas N 6 19 42. 39 84 W 75 34 56 616, vereda potrero del municipio de Bello- Antioquia, se encontraba entre otros, FRANCISCO ALEXANDER MÚNERA BUILES, a quien se le hallaron los siguientes elementos:

- *Bolsa plástica transparente con 25 cartuchos de escopeta calibre 16 gauge, 32 cartuchos para escopeta 12 gauge, que suman un total de 57 cartuchos.*
- *Una escopeta con culatín de madera calibre 16 de fabricación industrial marca toca.*
- *Dos cajas de cartón contentivas de 50 cartuchos calibre 9x19 milímetros C/U.*
- *Una caja de cartón contentiva de 50 cartuchos 22 largo.*
- *Un arma traumática calibre 9.22 milímetros, numero serie EFC19030331, con cargador para la misma, con 13 cartuchos en su interior.*
- *Dos radios de comunicaciones marca BAOFENG.*
- *Un calcetín, el cual contenía una bolsa plástica contentiva de 27 cartuchos para fusil calibre 7.62 x39 milímetros.*
- *Pistola marca Star, calibre 22 largo, y uno en cámara listo para disparar.*
- *Escopeta con culatín de madera, calibre 16 de fabricación artesanal.*

Según informe de investigador de campo- FPJ-13, del 14 de junio de 2023, las armas y accesorios se encontraban en buen estado de funcionamiento y conservación.”

El 15 de junio de 2023, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bello, impartió legalidad al procedimiento de captura de **Francisco Alexander Múnera Builes**, después avaló imputación por los delitos de Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones en concurso con Fabricación, tráfico o porte

ilegal de armas de fuego o municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos, consagrados en los artículos 365 y 366 del Código Penal, cargos que no aceptó. Además, se le impuso medida de aseguramiento en establecimiento carcelario.

El conocimiento de la actuación fue asignado al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, el cual procedió a fijar fecha de audiencia de acusación. Luego de varios aplazamientos, el 17 de mayo de 2024, se instaló la diligencia; no obstante, varió a la verificación de la negociación a la que llegaron las partes.

El acuerdo consistió en que **Francisco Alexander Múnera Builes** aceptó su responsabilidad como autor de los delitos imputados y, a cambio, la Fiscalía le reconoció la aplicación de la figura de la complicidad y una rebaja del 50% a la pena mínima de la conducta punible con pena mayor -Tráfico, fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos- con un aumento de 6 meses por la Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, para una pena total de 72 meses de prisión.

El Juez de Conocimiento constató que la aceptación de la responsabilidad obedeció a un acto libre, consciente y voluntario por parte del procesado, contando con la debida asesoría de su defensor, además, verificó la legalidad del acuerdo presentado, por lo cual lo aprobó y emitió un sentido del fallo de carácter condenatorio.

El 3 de julio siguiente, se llevó a cabo la audiencia de individualización de la pena, en el que la defensa pidió que se le

concediera la prisión domiciliaria como padre cabeza de hogar, al ser el único encargado del cuidado de su madre, quien es una adulta mayor con una incapacidad permanente.

En la misma fecha, se emitió la sentencia.

DECISIÓN IMPUGNADA:

Por considerar que la negociación realizada por la Fiscalía y el procesado se ajusta a la legalidad, no transgrede ninguna garantía fundamental, y que, de los elementos de convicción arribados, se constató la existencia de las conductas punibles atribuidas y la responsabilidad penal de **Francisco Alexander Múnera Builes**, el Juez de primera instancia aprobó el acuerdo y emitió sentencia condenatoria en los términos acordados.

No concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38 del Código Penal al no cumplirse los factores objetivos para ello. Además, negó la sustitución de la pena solicitada, porque si bien se acreditó que la madre del procesado tiene problemas en su salud, no se cuenta con el soporte suficiente que acredite que él es el único que puede velar por ella, con mayor razón si en las historias clínicas se observa que era acompañada por sus sobrinas y que, conforme a la diligencia de allanamiento y registro efectuada el 30 de mayo de 2023, también convive con su nieto mayor de edad.

Agregó que sería poco razonable que el procesado cumpliera la pena en el mismo lugar en el cual cometió la conducta punible por la que resultó condenado.

Notificada la sentencia a las partes, el profesional del derecho que representa los intereses de **Francisco Alexander Múnera Builes** interpuso el recurso de apelación, sustentándolo por escrito dentro del término legal.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN:

El defensor pidió modificar la sentencia y que, en consecuencia, se conceda la prisión domiciliaria como padre cabeza de hogar a **Francisco Alexander Múnera Builes** en aras de salvaguardar los derechos de su madre como adulta mayor.

Adujo que su prohijado es el único que tiene la obligación de velar por el cuidado de su madre, ya que es hijo único y su padre falleció. Explicó que el acompañamiento por parte de sus sobrinas a las citas médicas no significa que ellas sean las responsables de su cuidado, como tampoco de quien se presentó en el allanamiento como hijo del procesado, pues ya no reside allí, por lo que los cuidados y alimentos de ella quedan a la voluntad de la solidaridad y vecindad.

El Procurador 118 Judicial II Penal, como no recurrente, pidió confirmar la decisión de primer grado por cuanto con los elementos aportados es posible concluir que la madre del acusado no depende exclusivamente de su hijo, considerando que cuenta con familia extensa que la ha ayudado en otros momentos difíciles, siendo apenas normal que una de las consecuencias de la imposición de la sanción sea la afectación familiar, incluso económicamente; por consiguiente, consideró que en este caso no se cumplen los presupuestos para otorgar el subrogado solicitado,

concretamente en lo que concierne a la acreditación de la dependencia que se exige del sentenciado.

CONSIDERACIONES:

Le asiste competencia a esta Sala de Decisión para abordar el tema sometido a su consideración, atendiendo a lo normado en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, que la faculta para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias que en primera instancia profieran los Jueces Penales del Circuito Especializado.

Dado que no se advierten circunstancias que obliguen a intervenir de oficio en orden a subsanar irregularidades o declarar nulidades, la función revisora del Tribunal se ha de circunscribir de manera puntual al reparo hecho por el libelista. De modo que solo se examinará si a **Francisco Alexander Múnera Builes** se le debe otorgar la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

De acuerdo con lo obrante en la actuación, desde ya indica la Sala que comparte la decisión adoptada en la providencia recurrida, pues en esta oportunidad no se encuentran debidamente acreditados los requisitos necesarios para colegir que la madre del procesado depende de él, sustancialmente en el aspecto económico y cuidados personales, al punto tal que con su privación efectiva de la libertad en centro penitenciario, dicha ciudadana quede en evidente situación de desprotección y abandono, y que por ello se deba reconocer la calidad de cabeza de familia para el otorgamiento del sustitutivo penal reclamado.

Tal como lo recalcó el Fallador en la decisión de primer grado, el problema que se presenta en esta oportunidad es

que no quedó debidamente probado el lleno de los requisitos que el Legislador establece para hacer valer la condición de cabeza de familia al sentenciado.

Para que el condenado pueda aspirar a la prisión domiciliaria con fundamento en que ostenta la calidad de cabeza de familia, debe encontrarse debidamente acreditado que solo él, con independencia de los demás miembros de su grupo familiar, tiene bajo su cargo, en forma permanente, hijos menores o personas discapacitadas, según se desprende de la definición legal de cabeza de familia, al tenor de lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley 82 de 1993 modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, que dice:

“En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”. (Subrayas fuera de texto).

Desde luego que todos estos aspectos deben ser demostrados por quien pretende la aplicación de la norma a su favor, por lo cual la carga de la prueba corre a cargo de la defensa del procesado, así como las consecuencias de su incumplimiento.

Examinados los elementos de conocimiento aportados, encuentra el Tribunal que las entrevistas realizadas por la defensa no solo no tienen poder suasorio, sino que también carecen de conducencia para demostrar los hechos en los que se fundamenta la sustitución pretendida, pues al no ser controvertidas por quienes tuvieren interés en hacerlo carecen de capacidad jurídica para probar, criterio que también ha sido adoptado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como puede extraerse de la sentencia de segunda instancia del 4 de mayo de

2020 emitida dentro de la actuación con radicado 05001-60-99-166-2019-16680¹:

"Desafortunadamente ha hecho carrera que al interior de la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 se incorporen declaraciones extrajuicio para demostrar supuestos fácticos de derechos que deben ser reconocidos por el juez, lo que a juicio de la Sala implica desconocer el principio de necesidad de la prueba y que se actúa dentro de un proceso en el que rige la contradicción y la ley no ha autorizado la incorporación de prueba sumaria para el efecto.

A pesar del déficit de regulación del mencionado artículo 447 al respecto, lo cierto es que cuando una decisión judicial debe tener como premisa un enunciado empírico, esto es, de lo que sucede en la experiencia y el actuar humano, debe obrar prueba para así poderlo declarar.

Como quiera que se está en curso del proceso, dicha prueba debe recaudarse con la contradicción de la contraparte, so pena de quedar reducida a prueba sumaria, que de por sí es insuficiente, salvo que la habilite la ley, para considerar demostrado un evento, precisamente por ausencia de contradicción, con mayor razón en un proceso que se caracteriza por ser adversarial.

Entonces, aunque no hay referencia a prácticas de pruebas al interior de la audiencia de individualización de la pena y sentencia, procede su recaudo en virtud del principio de necesidad de la prueba cuando se trate de demostrar supuestos fácticos de derechos que pretendan ser reconocidos por el juez, pues de lo contrario no podría hacerlo, sin que otras razones sistemáticas del procedimiento penal impidan su recepción.

Y es que además de tratarse de prueba sumaria, las declaraciones extrajuicio suelen carecer de la exposición de la razón o ciencia del dicho del testigo, lo cual las torna inútiles para demostrar con rigor lo pretendido.

En este orden de ideas, la Sala no les reconoce capacidad probatoria a dichas declaraciones pues si bien el artículo 272 de la Ley 906 de 2004, habilita su recepción, lo hace para fines de la investigación, valga decir para que pueda obrar como prueba de referencia si es del caso, para impugnar credibilidad o refrescar memoria y eventualmente para estimarlo como declaración adjunta al testimonio; pero no con fines de existencia propia con entidad demostrativa."

Entonces, no cabe legalmente valorar las entrevistas aportadas para demostrar la calidad de cabeza de familia del procesado, con lo cual el acervo probatorio pasible de examen se reduce y hace nugatorio lo pretendido.

¹ Reiterada en sentencia del 17 de enero de 2022, proferida dentro del proceso con radicado 05-001-60-00206-2021-04807.

En lo atinente a la carga que tiene la defensa de acreditar los supuestos de hecho que demuestran el cumplimiento de los requisitos exigidos, el Tribunal de Cierre en la especialidad Penal ha resaltado que:

“No es cierto, como lo alega la censora, que el juez de conocimiento está en el deber de practicar pruebas de oficio a fin de establecer si el procesado se encuentra en condición de cabeza de familia para acceder, por esa especialísima vía, a la prisión domiciliaria. No. Además de que ésta procede a solicitud de parte, pues mal podría el juez conocer dicha circunstancia si los interesados no se lo dan a conocer, la lógica adversarial que rige el juicio igualmente aplica en el procedimiento para sentenciar, por lo que la defensa tiene la carga de acreditar los supuestos de hecho de la consecuencia jurídica que reclama”².
(Subraya y negrilla fuera de texto)

Debió la defensa, como parte interesada en la concesión del sustituto penal, procurar la aducción de los medios de prueba necesarios para demostrar la condición que alega de su defendido, solicitando su práctica en el momento procesal pertinente, que en estos eventos no es otro que la audiencia de individualización de la pena, pero así no ocurrió.

Pero aún más, tal como lo expuso el Juez de primer grado, no solo no se acreditó que **Francisco Alexander Múnera Builes** tuviese a su cargo, de manera exclusiva, el cuidado y manutención de su madre, sino que además se tienen elementos que muestran que sus sobrinas la han asistido en las citas médicas a las que ha acudido, y que cuenta con un nieto mayor de edad, que también puede hacerse cargo de ella, pues no se demostró la imposibilidad de estos para apoyar su cuidado y asistencia mientras su hijo asume las consecuencias lógicas de haber quebrantado el ordenamiento penal al incurrir en la comisión de las conductas que le ameritaron condena, sin pensar siquiera en las graves consecuencias que por ello podía acarrear a sus familiares.

² Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. SP1251-2020. Radicado 55.614 del 10 de junio de 2020.

La Corte Constitucional³, se pronunció sobre el concepto de madre cabeza de familia, precisando que para tal efecto es indispensable que se demuestren una serie de presupuestos:

*“En efecto, para tener dicha condición, es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) **por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar**”.* (Negritas fuera de texto)

Resulta necesario satisfacer los requisitos impuestos por el Legislador de manera estricta, ya que el sustituto punitivo fue instituido en aras de garantizar la protección de los derechos de personas incapaces que carezcan, sustancialmente, de ayuda de los demás miembros del grupo familiar, lo que en este asunto no se ha acreditado, no bastando entonces, con la afirmación que hace el impugnante y el precario aporte probatorio en ese sentido, para proceder a sustituir la pena intramuros por la domiciliaria.

Por consiguiente, se confirmará la negativa que sobre este tópico se emitió en la sentencia recurrida, pero como la decisión se fundamenta en la ausencia de sustento probatorio, de superarse esa omisión, se podrá ventilar la discusión ante el Juzgado de Ejecución de Penas que le corresponda la vigilancia del cumplimiento de la pena.

Por las razones expuestas, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, en Sala Novena de Decisión Penal,**

³ Corte Constitucional. Sentencia SU-388 de 2005.

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: CONFIRMAR la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicados mediante la cual se condenó al señor ***Francisco Alexander Múnera Builes*** y se negó la pretendida sustitución del cumplimiento de la pena en centro de reclusión por la prisión domiciliaria.

Segundo: Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación que deberá interponerse en los términos de ley.

DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN

Magistrado

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

Magistrado

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

Magistrado.

Firmado Por:

Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
Funcionario
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Cesar Augusto Rengifo Cuello
Magistrado
Sala 01 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jorge Enrique Ortiz Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
Funcionario
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **20d9f8c5fbc9d9813cd5165f97d2b3230f2b7d26028c34e30b8caef9e23003de**

Documento generado en 28/08/2024 08:08:02 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>