CONCUSIÓN/ANALISIS PROBATORIO/ CONFRONTACIÓN DE PRUEBAS CONFIRMA TIPO PENAL/MODALIDAD INDUCCIÓN: según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, cuando se realiza una sugerencia o se insinúa a otro para que dé o prometa dar utilidad o dinero indebidos, en general conlleva un convencimiento de adherencia a la voluntad del servidor público.

Tal y como lo advirtió el A quo, del estudio dogmático de éste tipo penal surge que exige sujeto activo cualificado y es de acción alternativa, correspondiendo la inducción al convencimiento o la persuasión que el servidor público suscita en el sujeto pasivo sin constreñimiento o amenaza. Puede inclusive configurarse la inducción, según se extrae de la definición que realiza el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, cuando se realiza una sugerencia o se insinúa a otro para que dé o prometa dar utilidad o dinero indebidos, en general conlleva un convencimiento de adherencia a la voluntad del servidor público.

Es claro que a ninguno de los procesados se les excluye de la conducción de automotores, por lo que con independencia de que aparezca un conductor relacionado para la Estación, como quiera que son las mismas personas que realizaron la autorización y materializaron el suministro del combustible y sin que para la Sala resulte extraño que los empleados de la Estación de servicio recordaran a aquellos que tanqueaban a nombre de Don PEDRO ARAQUE, seguramente por tratarse de una situación especial, puesto que la Policía tenía su propio vínculo contractual con la Estación de Servicio y tanqueaban con cuenta al Fondo de Seguridad de la Alcaldía según lo afirmara la señora Alcaldesa Municipal, se cuenta en este asunto con prueba suficiente para afirmar que los entonces uniformados DIEGO ARMANDO FLÓREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ indujeron al señor PEDRO JOSÉ ARAQUE para que se adhiriera a sus voluntades como servidores públicos, logrando el suministro de un combustible indebido, creando una idea engañosa de que no se contaba con lo suficiente para proveer las patrullas de la Estación de Policía, pues la realidad era otra al parecer, y el municipio les proporcionaba lo necesario para su movilización y así ejercer en debida forma su función, de ahí lo doloso del comportamiento desplegado por los uniformados.

Vale destacar que estos uniformados actuaron prevalidos de su investidura, es decir del cargo que para el momento ejercían, aprovechándose de un modo indebido del señor PEDRO JOSÉ ARAQUE, razón por la cual se impone la confirmación del fallo condenatorio por el concurso de delitos de concusión acaecido de manera sucesiva los días 9 de febrero de 2012, 27 de febrero de 2012, 17 de marzo de 2012, 26 de mayo de 2012, 17 de abril de 2013 y 14 de septiembre de 2013, al no demostrarse los planteamientos de la defensa que apuntaban a la inexistencia del hecho y atipicidad de la conducta.

CONCUSIÓN/ANALISIS PROBATORIO/ *METUS PUBLICAE POTESTATIS* / esta conducta tiene la aptitud de suscitar el miedo al poder público que encarna, momento en el cual se vulneran valores que deben imperar en el servicio estatal.

El solicitar por el que se acusa al ex funcionario BOTERO, aquí es equivalente a pedir, peticionar o requerir, siendo éste el medio que utiliza el concusionario, se reitera, abusando de su cargo, acto que se dio de manera explícita e implicó un inmediato constreñimiento por parte de la fuerza pública entonces representada por el Comandante de la Estación de Paz de Río.

Ahora bien, dentro de la configuración del tipo penal que nos ocupa, echa de menos la Defensa el elemento del miedo a la potestad pública (metus publicae potestatis) sobre el cual la doctrina nacional como criterio unificado ha afirmado que la víctima a quien se constriñe, se induce o se le solicita y por

virtud de la cual el servidor público obtiene una utilidad indebida, cuando se consuma la concusión, esta conducta tiene la aptitud de suscitar el miedo al poder público que encarna, momento en el cual se vulneran valores que deben imperar en el servicio estatal .

Por tanto, cuando la solicitud o la acción ejecutiva de que se trate, no logran infundir en la víctima ese temor, se está en presencia de una conducta atípica según corresponda. Para el subjudice, el señor PEDRO JOSÉ ARAQUE, se dispuso a cumplir con las exigencias que para el 13 de julio de 2013 le hicieron los policiales, subirse a la patrulla, permitir el desplazamiento, entregar el arma, manifestando si su oposición con respecto a la entrega del dinero, resultado psicológico que permite afirmar que en efecto el delito si se consumó.

Si ese temor a la autoridad no se verificara, una persona con el salvoconducto de su arma, se opone a su decomiso y menos permite que se proceda a su judicialización y a su retención, siendo la indebida utilización de la preeminencia y el poder intimidante que se ejerce el que lo genera. La Corte Suprema de Justicia en providencia del Magistrado MAURO SOLARTE PORTILLA Rad. 24329 del 8 de junio de 2007 indicó que en el delito de concusión la exigencia del elemento subjetivo conduce al sometimiento de la voluntad de la víctima a las pretensiones del Agente corrupto del Estado.

DOSIFICACIÓN DE LA PENA/*CONDENA EN DELITO CONEXO* / Vulneración de los principios de legalidad y proporcionalidad: No es procedente imponer una condena adicional por un delito conexo/ procede el incremento hasta en otro tanto el quantum punitivo de la conducta base debidamente dosificada.

Revisada la acusación, era claro que se procedía por una pluralidad de conductas conexas, incluida la acaecida el 13 de julio de 2013, que se endilgó a JHON JAIRO BOTERO como coautor, y si bien se citó el contenido del artículo 31 del Código Penal para efectos de la punición correspondiente, su aplicación fue desacertada, dado que al incrementar hasta en otro tanto el quantum punitivo de la conducta base debidamente dosificada, aspecto sobre el cual no existe reparo en los límites, en lo que atañe a JHON JAIRO BOTERO, se le impuso una condena adicional por un delito que se le endilgó de manera concursal, siendo lo acertado incluir dentro de las conductas concursales aquella del 13 de julio de 2013.

Lo anterior a todas luces alteró los principios de legalidad y proporcionalidad del proceso sancionatorio, razón por la que atendiendo los criterios de corrección proporcional y justa, deberá en ese sentido modificarse el fallo recurrido atendiendo los mismos parámetros fijados por el Juez de primera instancia al momento de la tasación de la pena.

Así, encontrando que se incrementó la pena fijada por el delito concursal en 102 meses de prisión, se debe incrementar hasta en otro tanto por la conducta en la participó exclusivamente el señor BOTERO relacionada con el arma que le fue retenida a la víctima, atendiendo entonces las mismas consideraciones del juez de instancia, esto es, la gravedad, la intimidación, el acto de corrupción, el daño superlativo causado, se incrementará la pena en 26 meses de prisión por esa conducta y en esa misma proporción

la pena de multa que se incrementara en 16.65 salarios mínimos. De la misma manera se aumentará en esa misma proporción la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En consecuencia, a los 114 meses de prisión impuestos por el concurso de las conductas antes vistas, se le incrementaran 26 meses de prisión para un total de 140, la pecuniaria de multa de 75 salarios mínimos legales mensuales vigentes, se incrementará a 16.65 para un total de 91.65 de multa y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que partía de 88 meses se incrementara en 20 meses para un total de 108 meses.

Radicado No. 15-537-31-89-001-2015-00104-00

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

"PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN"
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

RADICACIÓN:	15537-31-89-001-2015-00104-01
CLASE DE PROCESO:	CONCUSIÓN
ACUSADOS:	DIEGO ARMANDO FLÓREZ Y OTRO
DECISIÓN:	CONFIRMA Y MODIFICA
APROBADA:	Acta No.133
MAGISTRADO PONENTE:	GLORIA INÉS LINARES VILLALBA Sala 3ª de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, cuatro (04) de septiembre del año dos mil diecinueve (2019)

I. MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación presentado por la Defensa de los señores DIEGO ARMANDO FLOREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ, contra la sentencia emitida el 14 de diciembre de 2018 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Río, por medio de la cual se les condenó por el delito de concusión.

II. HECHOS

Según el escrito de acusación, el señor PEDRO JOSÉ ARAQUE, en calidad de Gerente y propietario de la empresa de carbón y transporte "Minas El Diamante", informó mediante denuncia, que los acusados, DIEGO ARMANDO

FLOREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ, valiéndose de su condición de miembros activos de la Policía Nacional, le solicitaban combustible para tanquear vehículos y motocicletas oficiales, aduciendo que no tenían presupuesto para poderse movilizar, hecho que se repitió en varias oportunidades, alrededor de 20 o 30 veces en la Estación de Servicio "El Salitre" de Paz de Río.

También informó que para el 13 del mes de julio de 2013, en el sitio denominado el Chircal, el Subitendente BOTERO, en compañía de otros policiales, luego de que se enterara de un altercado que tuvo con el señor FRANCISCO PÉREZ y otra persona, en el cual sacó un arma de fuego e hizo un disparo al aire, le exigió que le entregaran el arma para adelantar un procedimiento, y como en ese momento llevaba más de ocho millones de pesos para realizar el pago de empleados y para el pago de transporte, le dijo que se subiera a la patrulla en donde le solicitó dos millones de pesos para no judicializarlo, luego llegaron a la Estación de Policía, en donde por escrito le devolvió el arma.

III. ACTUACION PROCESAL

3.1.- Ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Sogamoso con Función de Control de Garantías, el 9 de septiembre de 2015, se surtieron las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación en contra de los señores DIEGO ARMANDO FLÓREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ, como coautores a título doloso y de acción consumada bajo los verbos rectores solicitar e inducir, del delito de CONCUSIÓN previsto en el artículo 404 del Código Penal en concurso homogéneo y sucesivo.

3.2.- Previa presentación del escrito de acusación, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Río, en audiencia del 3 de febrero de 2017, la Fiscalía Segunda Especializada Delegada ante el Gaula Boyacá realizó la formulación de acusación. En dicha oportunidad se aclaró que el señor PEDRO ARAQUE venía suministrando combustible a los procesados en forma periódica desde el 12 de enero de 2012 al 13 de julio de 2013 y que de la inducción se acusa a los señores DIEGO ARMANDO FLÓREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ, mientras que del episodio acaecido el 13 de julio de 2013 en el que se solicitó la suma de dos millones de pesos por la no judicialización y entrega de un arma de fuego se le acusa al señor JHON JAIRO BOTERO PÉREZ, por lo cual se declara la conexidad (fs. 2 al 15 y 46 a 52).

3.3.- El día 16 de junio de 2017 se realizó audiencia preparatoria. El juicio oral se llevó a cabo en los días 31 de octubre, 21 y 23 de noviembre de 2018 (fs. 133 a 135, 140, y 153 c. 1 conocimiento), finalizado, se anunció el sentido condenatorio del fallo. Posteriormente el 14 de diciembre de 2018, se dio lectura de la sentencia (fs. 158 a 170).

IV. DECISIÓN IMPUGNADA

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Río, condenó a los señores DIEGO ARMANDO FLÓREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ, a las penas principales de 114 meses de prisión, multa de 75 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 88 meses, a cada uno, como coautores responsables del delito de concusión en concurso homogéneo y sucesivo del que fue víctima el señor PEDRO JOSÉ ARAQUE GARCÍA.

Radicado No. 15-537-31-89-001-2015-00104-00

Asimismo condenó al señor JHON JAIRO BOTERO PÉREZ, como autor responsable del delito de concusión siendo víctima el señor PEDRO JOSÉ ARAQUE GARCÍA, imponiéndole la pena principal de 96 meses y multa de 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 meses.

No se concedió a los condenados la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria por ser improcedentes.

El fundamento de la condena radica en primer lugar en que no hay duda de la calidad de servidores públicos activos de los enjuiciados para el momento de los hechos, JHON JAIRO BOTERO PÉREZ, Comandante de la Estación de Policía de Paz de Río, y DIEGO ARMANDO FLÓREZ Patrullero adscrito a dicha Estación, hecho que fue objeto de estipulación probatoria y que se acreditó con las actas de nombramientos Nos. 02286 y 02478 del 18 de agosto de 1998 y 22 de abril de 2006, respectivamente, junto con las correspondientes actas de posesión del 14 de agosto de 1998 y 24 de abril de 2006.

En segundo lugar que con la evidencia No. 6 se demostró que las solicitudes de gasolina que se realizaron al señor PEDRO JOSÉ ARAQUE, fueron los días 9 y 27 de febrero, 17 de marzo, 26 de mayo y 14 de septiembre de 2012 y 17 de abril de 2013 , fechas para las que los dos policiales aquí acusados, se encontraban en servicio activo, según la minuta de vigilancia que se aportó por la defensa como evidencia No. 2., y según lo expresó el propietario de la Estación de Servicio PEDRO ANTONIO CALDERÓN SEPÚLVEDA, quien se refirió al sitio en donde se tanqueaban los vehículos de la Policía, además que así lo indicaran los isleros o bomberos de dicha Estación, señores MAXIMILIANO RODRÍGUEZ DUARTE y NELSON MANRIQUE MANRIQUE,

que se encargaban de distribuir el combustible a la Policía, luego de que el señor PEDRO ARAQUE lo autorizara telefónicamente.

Como tercer aspecto, se resalta que con el testimonio del policial JUAN DARIO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Comandante de Policía de Boyacá, se obtuvo que los vehículos de la institución, eran asignados a cualquier miembro de la Estación, siempre y cuando contaran con la idoneidad para conducir, lo cual fue soportado por los mismos empleados de la Estación de gasolina, quienes indistintamente veían como las motos y vehículo eran conducidos por los aquí implicados; además, que con esa afirmación se desvirtuó lo dicho por la Defensa en cuanto a que DIEGO ARMANDO FLOREZ solo condujo vehículos para el año 2013 y JHON JAIRO BOTERO para el 2012.
También se informó cual era el procedimiento para que la Institución recibiera donaciones de combustible, trámite que no se demostró que se agotara en el caso concreto, máxime cuando la voluntariedad de la víctima para realizar tales suministros tampoco se exhibió, pues así se deduce de la denuncia presentada, en la que claramente advirtió que esas prácticas de los aquí encartados eran repetitivas, y que ya cansado, siendo el reciente episodio lo ocurrido con su arma, con miedo acudió al GAULA de Sogamoso en busca de ayuda.

Con lo anterior encuentra el A quo, demostradas las acciones ejecutadas por los procesados, a saber: 1.- La solicitud de gasolina que se realizó por lo menos en seis oportunidades por parte de DIEGO ARMANDO FLÓREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ y 2.- La solicitud de pago de una suma de dinero a PEDRO JOSÉ ARAQUE para la devolución de un arma de fuego de su propiedad, lo cual también evitaría su judicialización, actos que se llevaron a cabo abusando del cargo que los dos procesados tenían para el momento

en el municipio de Paz de Río, señalando que la segunda de las citadas conductas, es imputable a JHON JAIRO BOTERO PÉREZ, quien actúo sin justificación atendible.

V. EL RECURSO DE APELACION

5.1.- Defensa de JHON JAIRO BOTERO PÉREZ

Solicita la revocatoria de la sentencia condenatoria con fundamento en la atipicidad de la conducta, y en que el *A quo* no valoró en debida forma los testimonios practicados y no explicó los motivos por los cuales unos le merecen credibilidad mientras otros no. Sus argumentos en síntesis:

5.1.1.- Partiendo de los elementos que estructuran el tipo penal integrado por tres verbos rectores alternativos, siendo categorías diversas el abuso del cargo y de las funciones públicas, ninguna de las conductas se demostró. El procedimiento preventivo realizado por la Policía Nacional con el señor PEDRO JOSÉ ARAQUE el 13 de julio de 2013 estuvo ajustado a la normatividad, ya que el Decreto 2535 de 1993 en su artículo 85 literal m, indica que la conducción en un caso como el sucedido, es necesaria para registrar la retención del arma, situación de la cual existe certeza.

En tales condiciones, no se reúne el requisito "*del miedo a la potestad o autoridad*" ya que el denunciante siempre manifestó estar amparado por un permiso para portar armas, con lo cual la petición no tuvo nunca la aptitud de quebrantar la voluntad del sujeto pasivo de la acción.

5.1.2.- La narración de los hechos realizada en la sentencia denota una parcialidad interpretativa, puesto que lo manifestado por la víctima, seis meses después, testimonio dotado de imprecisiones, fue que el suministro de gasolina se realizó en tres ocasiones durante el año 2012 y hasta mediados de 2013, exhibiendo recibos que no alcanzan valor probatorio. Resalta que su mandante se encontraba disfrutando de un periodo de vacaciones para el 14 de septiembre de 2012, por lo que si hubo alguna exigencia económica, esta no fue hecha por el señor BOTERO PÉREZ; además, que para los días 9 de febrero, 17 de marzo y 26 de mayo de 2012, esta persona no tenía a cargo la conducción de vehículos de la policía porque contaba con un conductor, el señor FABIAN GUERRA PÉREZ quien depuso en juicio, dando a conocer del manejo de la Estación de Policía de Paz de Río, y también que desconocía las circunstancias de tanqueo de gasolina, prueba con la que se derrumban las afirmaciones hechas por los isleros de la Estación de servicio de que los vehículos de la Estación eran conducidos indistintamente por los acusados, a quienes recuerdan con gran precisión, aspecto que resalta, pues los deponentes manifestaron no recordar el nombre del último Comandante de Estación a pesar de tanquear en el mismo lugar en virtud de contrato suscrito con el fondo de Seguridad administrado por la Alcaldía Municipal.

5.1.3.- La Fiscalía no probó que los días 27 de febrero y 26 de mayo de 2012 el señor BOTERO PÉREZ, en compañía de DIEGO ARMANDO FLÓREZ, hubiesen salido a patrullar dirigiéndose a la Estación de Servicio de Paz de Río, tampoco la necesidad de combustible que tuviera la Policía de Paz de Río para la fecha de los hechos, siendo del resorte de la Fiscalía demostrar si existieron o no donaciones.

5.1.4.- Finalmente refiere que el Juzgado condenó por ambas conductas a los dos enjuiciados, desconociendo que inicialmente al señor DIEGO ARMANDO FLÓREZ se le imputó haber estado presente al momento de la retención del arma, y en la misma audiencia de imputación de cargos, ante la información aportada por la Defensa, la Fiscalía se retractó de tal cargo e inclusive no peticionó medida de aseguramiento.

Asimismo que la tasación de la pena desconoció los parámetros fijados en el artículo 31 del Código Penal, imponiendo dos condenas a su defendido.

5.2.- Defensa de DIEGO ARMANDO FLÓREZ

Igualmente solicita la revocatoria del fallo de instancia, para que en su lugar, se absuelva a su procurado teniendo en cuenta principalmente que desde el inicio se ha presentado ambigüedad e indeterminación en los cargos que le han endilgado, no ejerciéndose control por parte del *A quo,* dada la incongruencia que se hizo evidente desde la formulación de imputación.

5.2.1.- Para la Defensa no se dan los presupuestos para condenar exigidos por el artículo 381 del C. de P. P., las pruebas valoradas como sustento de la condena presentan variadas falencias, la testimonial y documental aportada no tiene fuerza demostrativa respecto a las exigencias de suministro de combustible en cabeza de DIEGO ARMANDO FLOREZ en los días referenciados; para el efecto, entre otros, el señor PEDRO JOSÉ ARAQUE GARCÍA, cita el nombre del uniformado TARAZONA FLÓREZ aspecto que corrige con posterioridad y a pesar de ello se le da plena credibilidad a su testimonio, siendo la única prueba de cargo; la investigadora BLANCA HELENA VARGAS, realizó parcialmente el ejercicio investigativo, puesto que

no precisó el suministro de gasolina a los vehículos de la Policía Nacional, puntualizando sobre supuestas provisiones a un parque automotor no identificado, cuentas de cobro que no acreditó que estuvieran a cargo de la Policía, ni aceptadas tampoco .

5.2.2.- Su representado además, no era conductor para el año 2012, hecho que debe valorarse, pues no era su responsabilidad el tanqueo del vehículo, y como lo manifestó la Alcaldesa del municipio MARÍA ELENA ORTÍZ, la Policía tenía recursos propios para dicho fin. En general, no se demostró la ocurrencia del hecho de entrega de la gasolina, tampoco el elemento subjetivo, el abuso del cargo y concretamente de la función, es decir los presupuestos fácticos y jurídicos de la acusación, existiendo en su sentir, elementos que confrontan y desvirtúan en incipiente material probatorio aportado por la Fiscalía, dejando el juicio de valoración en la etapa de la duda.

VI.- INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS NO RECURRENTES

6.1.- Fiscalía General de la Nación

Solicita la confirmación del fallo recurrido al ajustarse en todo a derecho; en su sentir, la valoración probatoria se realizó en conjunto y se ajustó a las máximas de la sana crítica, coligiéndose de ellas la demostración de la ocurrencia del hecho, la materialidad de la concusión respecto de los hechos ocurridos entre 2012 y 2013 relativos al suministro de gasolina y de la ocurrencia del hecho endilgado a JHON JAIRO BOTERO PÉREZ en relación a la solicitud dineraria realizada el 13 de julio de 2013 con ocasión a la retención de un arma de fuego.

Indica que la Defensa pretende descalificar el fallo condenatorio con afirmaciones que distan de la realidad, relacionadas con la falta de concreción en los cargos, sobre los cuales existió claridad en la audiencia de formulación de acusación, pues se esclareció que en el episodio del 13 de julio de 2013 no participó el señor DIEGO ARMANDO FLOREZ; se estableció el rango temporal de ocurrencia de los hechos que por ser conexos se investigaron conjuntamente, y los, como mínimo 6 suministros de gasolina que por diferentes valores se realizaron a vehículos de la Policía, y que fueron pagados por el señor PEDRO JOSÉ ARAQUE.

Así, luego de su análisis, para la Delegada de la Fiscalía no existe duda sobre la materialidad de la conducta endilgada a los procesados, ni su responsabilidad, siendo los mismos empleados de la Estación de servicio El Salitre" de Paz de Río, quienes junto con la víctima, señalaron a DIEGO ARMANDO FLOREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ como las personas a las que se le hacía tal suministro de gasolina, y en cabeza del último de los citados, haber realizado la exigencia dineraria de dos millones de pesos a cambio de no judicializarlo, para lo cual la condujo en compañía de otros policiales a otro lugar distinto del que se encontraba, imponiendo así autoridad y superioridad.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1.- Competencia

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, este Tribunal es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la Defensa, contra la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Río.

7.2.- Problema Jurídico

El problema jurídico se contrae a establecer si de la prueba recaudada en el presente asunto, logra acreditarse el conocimiento para condenar a los señores DIEGO ARMANDO FLOREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ del delito de concusión previsto en el artículo 404 del Código Penal. Así, según la propuesta de los recurrentes, será objeto de análisis, (i) la materialidad de las conductas endilgadas, y (ii) el compromiso de responsabilidad frente a los hechos acaecidos entre los días 9 de febrero de 2012 y 17 de abril de 2013 de DIEGO ARMANDO FLOREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ, y los ocurridos el 13 de julio de 2013 a JHON JAIRO BOTERO PÉREZ, (iii) En caso de ser pertinente nos ocuparemos del estudio de los criterios que fijo el Juez al momento de la tasación de la pena impuesta a JHON JAIRO BOTERO estableciendo si está o no ajustada a los parámetros establecidos en el artículo 31 del Código Penal.

Previo a abordarlo es de precisar que tal como lo ha advertido de manera pacífica la Corte Suprema de Justicia[1], la garantía de la congruencia se manifiesta como la necesaria correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia, siendo el primer acto del resorte exclusivo de la Fiscalía General de la Nación, y no puede ser objeto de cuestionamiento por el Juez, las partes ni los intervinientes, la adecuación típica que se haga de los hechos investigados.

[1] Entre otros pronunciamientos Sentencia del 6 de febrero de 2013, siendo M.P. JOSÉ LUÍS BARCELÓ CAMACHO, Radicado 39.892.

Por tanto, allegado el escrito de acusación, el Juez de conocimiento tiene limitada su participación, y debe desplegar un ejercicio imparcial de su función, *"absteniéndose de complementar la labor de las partes y fijar las consecuencias sustanciales respectivas solo en el momento de adoptar la decisión que ponga fin a la actuación, ya que este es el momento procesal, -no antes- en el que ha de estar sometida a control la acusación de la Fiscalía, ya sea acogiéndola, desechándola o, según lo ha precisado la jurisprudencia, morigerándola sin desbordar el marco fáctico de los hechos investigados"*[2].

Sentado lo anterior, es claro que en dicho acto que es de su fuero, la Fiscalía formulará acusación cuando haya probabilidad de verdad de que la conducta delictiva existió y el imputado es su autor o partícipe con base en la evidencia física y los elementos materiales probatorios recaudados, con el propósito de satisfacer el perfecto conocimiento de la acusación y afirmar los derechos que de ella se activan, siendo el legislador el que facultó a dicho ente para adicionar y realizar las aclaraciones correspondientes, e inclusive corregir, sin que ello implique excluir uno de los delitos imputados, cuando ello sea necesario, con el propósito de establecer de forma actual, adecuada, suficiente y certera el marco de actuación de la Fiscalía en la fase del juicio, reforzando así la garantía del derecho a la no indefensión del procesado.

En el caso que nos convoca, es precisamente esta situación la que se advierte, aspecto por demás reiteradamente alegado por la Defensa, inclusive haciendo parte de la tesis de alzada sostenida por los dos recurrentes. Al respecto se dirá, que siendo la acusación inicialmente planteada, válidamente adicionada, pues así se extrae de la audiencia llevada a cabo el 3 de febrero de 2017[3], más que

[2] Sobre lo anterior, también Cfr. Sentencia 14 de agosto de 2013 Radicado 41.375
[3] Récord min 53:06

de la literalidad del escrito adicional, allí se fijó el marco que determinó la actividad de la Defensa, siendo el escenario del juicio oral, en el que los esfuerzos deben estar encaminados a controvertir los medios de prueba, en general, el fundamento de acusación por los yerros advertidos, con la aspiración de que el Juez de conocimiento al momento de adoptar la decisión que ponga fin a la actuación, acoja o deseche la acusación planteada.

Se procede así, tal y como se solicitó por la Fiscalía, por los hechos denunciados por el señor PEDRO JOSÉ ARAQUE GARCÍA, Gerente y propietario de la empresa de carbón y transporte “Minas el Diamante”, persona que inicialmente puso en conocimiento que el 13 de julio de 2013, cuando se encontraba en un acopio de carbón llamado El salitre, tuvo un altercado con el señor FRANCISCO PÉREZ y el joven vigilante del lugar, quien le exhibió un machete, ante lo cual se retiró, sacó un arma de fuego e hizo un disparo al aire, y que luego de hora y media llegaron los Agentes de la Policía de Paz de Río y de Socha a decirle que debía entregarles el arma para realizar un procedimiento.

Según lo informado, el arma para el momento se encontraba donde POMPILIO ARAQUE dentro del vehículo de propiedad de PEDRO JOSÉ ARAQUE, siendo el Comandante Subintendente BOTERO, quien le dijo que se la entregara y que como le vio que tenía ocho millones de pesos para pagar empleados y transporte, éste le dijo que se subiera a la patrulla y que le diera dos millones de pesos para no judicializarlo, a lo cual se negó, al afirmar que el arma tenia documentos y que no lo hacía tampoco porque ahora después de pedirle combustible para sus motos y vehículo, también le pedirían dinero por cualquier cosa; luego llegaron a la Estación de Policía de Paz de Río en donde le hicieron un escrito y al día siguiente le devolvieron el arma.

Surgieron así dos sucesos, el acaecido el 13 de julio de 2013 en el que con ésta versión se vinculó a JHON JAIRO BOTERO PÉREZ y otro relacionado con el suministro de combustible que según se dijo, se llevó a cabo entre los meses de enero de 2012 a abril de 2013, episodio que fue ampliado el 27 de abril de 2015, fecha para la que el denunciante y victima también relacionó al Patrullero "FLÓREZ" interviniendo en los hechos del 13 de julio de 2013, e informó que esta persona también le exigió un millón y medio de pesos para solucionar el problema; en cuanto a las solicitudes de combustible refirió que estas siempre las hacían el Subintendente BOTERO y "FLÓREZ", quienes lo buscaban donde estuviera y que inclusive un día fueron hasta su casa a las 5 o 5:30 de la mañana, a decir que no tenían combustible para la patrulla y que como él era buena gente, les colaborara.

Atendiendo lo señalado, en la audiencia de formulación de acusación, se adicionó que la víctima utilizaba el nombre de FLÓREZ para referirse a DIEGO ARMANDO FLOREZ y a JHON FREDY TARAZONA FLOREZ, siendo el último de los citados el que relacionó con el episodio del 13 de julio de 2013 y el primero como el que reiteradamente solicitaba junto con BOTERO el tanqueó de combustible. Según se observa, en la ampliación de denuncia realizada, el señor PEDRO ARAQUE en detalle refirió que el Patrullero de apellido FLOREZ al que se refería, era el que llegando a Paz de Río el día que lo desplazaron desde Socha Viejo en la patrulla de la Policía y quien se ubicó en la parte delantera del vehículo mencionado, le solicitó la suma *"así fuera de un millón y medio de pesos para que no lo judicializaran"*, misma afirmación que realizó en el juicio oral, en el que adicionalmente reseñó que éste Patrullero "FLÓREZ" no se encontraba en el recinto de la audiencia, además que los diferenciaba porque el otro "FLÓREZ", es decir DIEGO ARMANDO FLOREZ, estaba a

cargo de la conducción de la patrulla de la Policía casi siempre y lo relaciona exclusivamente con la exigencia arbitraria de combustible de que era víctima continuamente y por lo cual se vio abocado a denunciar.

Fijados los episodios por los que se procede, y que también se distinguieron dos patrulleros “FLOREZ”, dilucidado además que a aquel que se refirió la víctima en relación con lo sucedido el 13 de julio de 2013 fue JHON FREDY TARAZONA FLOREZ a quien se le inició otra investigación, tal y como lo advirtiera la Delegada Fiscal, descendamos al análisis de las conductas por las que aquí se procede en orden temporal.

7.2.1.- La materialidad de las conductas y responsabilidad de los acusados frente al suministro de gasolina ejecutado entre 2012 y 2013

Para ello, tomaremos como base lo informado por el señor PEDRO JOSÉ ARAQUE GARCÍA, quien al respecto dijo que el hecho se presentó alrededor de unas 20 o 30 veces, sin precisar fechas, solo entre los años 2012 y 2013, siendo la última vez en el mes de julio aproximadamente, hechos por los cuales se acusó de concurso homogéneo y sucesivo del delito de concusión a los señores DIEGO ARMANDO FLÓREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ.

En lo relacionado al modo como se realizaba el suministro de la gasolina, tal y como se advirtió, el señor PEDRO JOSÉ ARAQUE GARCÍA citó los años 2012 y 2013 como aquellos en los cuales, accedió a las peticiones realizadas por los acusados DIEGO ARMANDO FLOREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ, datas para las cuales, cada vez que era requerido y ante la advertencia de que los uniformados no tenían como movilizarse y requerían combustible, pues así se lo hacían saber, además de que él era buena gente, llamaba a la Estación

de Servicio de Paz de Río en donde se comunicaba con Don “marzo” o NELSON MANRIQUE para que le tanquearan o la patrulla o las motos de la Policía de Paz de Río con $40.000, 20.000 o 25.0000 pesos, y allí le hacían el recibo con el valor, el cual después cancelaba a Don PEDRO CALDERÓN, luego de que le entregaran las cuentas de cobro correspondientes, estipulando siempre si se trataba de moto o patrulla y Policía.

Como testigo de tal proceder depuso el señor MAXIMILIANO RODRÍGUEZ DUARTE conocido como “marzo”, quien indicó que el señor PEDRO JOSÉ ARAQUE GARCÍA, efectivamente en el año 2013, tenía crédito en la Estación de Servicio de Paz de Río en donde labora como empleado, constándole que en cuatro ocasiones, la patrulla de la Policía, estuvo tanqueando a cargo del señor ARAQUE GARCÍA, por lo cual realizaba un recibo que decía patrulla o moto, que después entregaba a su patrón para que se expidiera la cuenta de cobro respectiva al cliente, y que en todo caso la tanqueada era autorizada siempre antes vía llamada telefónica.

En el mismo sentido el señor NELSON MANRIQUE MANRIQUE informó, que cuando el Subintendente BOTERO empezó a tanquear la patrulla de la Estación de Policía y las motos en la Estación de servicio, a nombre de Don PEDRO ARAQUE, siempre se recibía una llamada de autorización del Señor ARAQUE, hecho que se repitió en varias ocasiones, señalando que estas eran de cincuenta mil pesos entre patrulla y motos y que los recibos en los que se incluía la fecha, valor, si era patrulla o moto, se le entregaban al señor PEDRO CALDERÓN SEPÚLVEDA, Administrador de la Estación de Servicio para la que trabajaba, y éste expedía una especie de cuenta de cobro que después era cancelada por el titular.

Tal y como lo advierte la defensa, es claro que con estas dos declaraciones no se obtiene a ciencia cierta las fechas en que los citados suministros de combustible se hicieron efectivos, pero sí que indistintamente uno y otro uniformado acudían para el tanqueo o de motos o de la patrulla, lo que al juzgar con lo informado por el Comandante JUAN DARIO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ concuerda con el parque automotor asignado a la Estación de Policía de Paz de Río (una camioneta y dos motocicletas para los años 2012 y 2013), no obstante, vemos que se aportó una relación de servicios prestados al señor PEDRO JOSÉ ARAQUE en la Estación de Servicio "El Salitre" de Paz de Río desde el mes de enero de 2012 al mes de marzo de 2013[4]. De estos se extrae que a pesar de que se incluye número de recibo en cada servicio de automotor, la fecha, y el valor, para algunos se relaciona No. de placa y en otro no, acorde con la información relacionada por el señor ARAQUE en cuanto a que cada cuenta era aceptada y especialmente incluía la anotación, moto o patrulla Policía, a más que por los valores que autorizaba la víctima, y las mismas afirmaciones que en ese sentido presentó el señor PEDRO CALDERÓN SEPÚLVEDA, propietario de la Estación de servicio, se tienen como no desvirtuados los servicios de venta de combustible del 9 de febrero de 2012 por $40.000, 27 de febrero de 2012 por $50.000, 17 de marzo de 2012 por $40.000, 26 de mayo de 2012 por $30.000, 17 de abril de 2013 por $60.000 y 14 de septiembre de 2013 por $20.000 criterio fijado por el *A quo* y que la Sala comparte.

Nótese que con el testimonio del citado propietario de la Estación de Servicio, se demostró que existía una cuenta a nombre del señor PEDRO JOSE ARAQUE, y que estaba habilitado para la época, el suministro de gasolina por los señores MAXIMILIANO RODRÍGUEZ DUARTE y NELSON MANRIQUE

[4] cuaderno de evidencias folios 186 a 198

MANRIQUE, trabajadores de la Estación, además, lo relacionado con la forma de pago de las facturas, la existencia de las mismas para proceder a realizar la relación de cuentas aportada adquiere confirmación, siendo inclusive acostumbrado por los empleados o Isleros de la Estación, recibir autorización del titular de la cuenta, vía celular y diligenciar recibos a veces sin placas, por lo que al realizar la cuenta de cobro respectiva se le trasladaba al cliente para que la aceptara o no, e hiciera los reparos correspondientes. Por manera que si no se logró realizar un análisis contable de dichas salidas o entradas de la Estación, si lo aportado no contaba con firma o aceptación, lo cierto es que quienes intervinieron en la contratación, es decir el que proporcionó el servicio a través del establecimiento de comercio y el usuario, en este caso PEDRO JOSÉ ARAQUE, informaron que dicho convenio existió, se materializó e inclusive se encontraba saldado, aclarándose por demás, que éste distaba del que se tenía con la Alcaldía Municipal de Paz de Río, para el suministro de combustible a la misma Policía Nacional.

La conducta que se endilga a DIEGO ARMANDO FLÓREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ según lo anterior, es la de inducir a la víctima para lograr el suministro del combustible referido, acción que en los términos del artículo 404 del Código Penal permite la materialización del ilícito de concusión.

Tal y como lo advirtió el *A quo*, del estudio dogmático de éste tipo penal surge que exige sujeto activo cualificado y es de acción alternativa, correspondiendo la inducción al convencimiento o la persuasión que el servidor público suscita en el sujeto pasivo sin constreñimiento o amenaza. Puede inclusive configurarse la inducción, según se extrae de la definición que realiza el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española[5] cuando se realiza

[5] Según el diccionario instigar significa: “instigar, persuadir, mover a alguien”

una sugerencia o se insinua a otro para que dé o prometa dar utilidad o dinero indebidos, en general conlleva un convencimiento de adherencia a la voluntad del servidor público.

Para el caso concreto, la calidad de servidores públicos que en los términos del artículo 20 del Código Penal tenían los acusados es clara, prueba por demás estipulada entre Fiscalía y Defensa y que permite afirmar también, que DIEGO ARMANDO FLÓREZ estuvo vinculado del 2 de mayo de 2006 al 13 de marzo de 2015 y JHON JAIRO BOTERO desde el 14 de agosto de 1998 al 13 de marzo de 2015 y para los periodos que nos ocupan, en servicio, no gozando de periodos de vacaciones como lo afirma la Defensora de JHON JAIRO BOTERO, y asignados a la Estación de Policía de Paz de Río del 18 de abril de 2009 al 16 de diciembre de 2013 y del 28 de noviembre de 2011 al 17 de diciembre de 2013 respectivamente, según evidencia aportada[6].

En cuanto a la realización del comportamiento, la prueba de cargo la constituye el testimonio de la víctima, quien realizó los señalamientos directos contra los Funcionarios DIEGO ARMANDO FLÓREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ pertenecientes a la Estación de Policía de Paz de Río como las personas que le hicieron exigencias o solicitudes de combustible, refiriendo que en una oportunidad, en horas de la mañana fueron a su casa con tal fin, siempre señalando que no tenían gasolina para mover la patrulla, aspecto que no precisó si lo verificó o no.

El anterior testimonio arrojó luces suficientes para esclarecer los hechos por los que se procede, y contrario a lo afirmado por la Defensa, no ofrece duda ni

[6] Evidencia No.1 de la Defensa (Oficio suscrito por el Comandante JUAN DAVID RODRÏAGUEZ MARTÏNEZ)

por haber acudido a las autoridades meses después de ocurridos los hechos, dado que las reglas de la experiencia nos indican que en este tipo de casos, las víctimas optan por no denunciar, así como tampoco por haber relacionado en un primer momento al Agente de apellido FLÓREZ, dado que en ningún momento enrostro comportamientos diferentes a aquellos de los que fue víctima a quienes participaron, al punto en que obteniendo claridad frente a los nombres de los que intervinieron, esto sirvió de fundamento para no imputar cargos al Patrullero DIEGO ARMANDO FLÓREZ por los hechos del 13 de julio de 2013, pues a quien se refería la víctima era al Agente TARAZONA FLÓREZ contra quien mantuvo su acusación, sin que ello implicara cambio de versión.

Contando además con los citados testimonios de los empleados de la Estación de Servicio, el propietario de la misma, en cabeza de quienes no se demuestra animo o motivación para cargar a cuenta y nombre del señor ARAQUE suministros de gasolina inexistentes a los funcionarios DIEGO ARMANDO FLOREZ y JHON JAIRO BOTERO, o que no correspondieran si ellos tenían su propia cuenta, también teniendo en cuenta lo dicho por el Comandante de la Policía de Boyacá JUAN DARIO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, en lo que respecta a la oportunidad, se vincula a los aquí acusados con los hechos, siendo ellos quienes para la época laboraban en la Estación de Policía de Paz de Río, así lo referencian los reportes realizados en los libros aportados, todos disponibles para los periodos referidos.

Es claro que a ninguno de los procesados se les excluye de la conducción de automotores, por lo que con independencia de que aparezca un conductor relacionado para la Estación, como quiera que son las mismas personas que realizaron la autorización y materializaron el suministro del combustible y sin que para la Sala resulte extraño que los empleados de la Estación de servicio

recordaran a aquellos que tanqueaban a nombre de Don PEDRO ARAQUE, seguramente por tratarse de una situación especial, puesto que la Policía tenía su propio vínculo contractual con la Estación de Servicio y tanqueaban con cuenta al Fondo de Seguridad de la Alcaldía según lo afirmara la señora Alcaldesa Municipal, se cuenta en este asunto con prueba suficiente para afirmar que los entonces uniformados DIEGO ARMANDO FLÓREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ indujeron al señor PEDRO JOSÉ ARAQUE para que se adhiriera a sus voluntades como servidores públicos, logrando el suministro de un combustible indebido, creando una idea engañosa de que no se contaba con lo suficiente para proveer las patrullas de la Estación de Policía, pues la realidad era otra al parecer, y el municipio les proporcionaba lo necesario para su movilización y así ejercer en debida forma su función, de ahí lo doloso del comportamiento desplegado por los uniformados.

Vale destacar que estos uniformados actuaron prevalidos de su investidura, es decir del cargo que para el momento ejercían, aprovechándose de un modo indebido del señor PEDRO JOSÉ ARAQUE, razón por la cual se impone la confirmación del fallo condenatorio por el concurso de delitos de concusión acaecido de manera sucesiva los días 9 de febrero de 2012, 27 de febrero de 2012, 17 de marzo de 2012, 26 de mayo de 2012, 17 de abril de 2013 y 14 de septiembre de 2013, al no demostrarse los planteamientos de la defensa que apuntaban a la inexistencia del hecho y atipicidad de la conducta.

7.2.2.- La materialidad de la conducta y responsabilidad del acusado JHON JAIRO BOTERO PÉREZ frente a los hechos acaecidos el 13 de julio de 2013

En lo que a ello respecta, el señor PEDRO JOSÉ ARAQUE refirió que para esa fecha se encontraba en Socha Viejo, aproximadamente hora y media había transcurrido después de un inconveniente que se suscitó con dos personas en el acopio de carbón El Salitre, y por lo cual realizó un disparo al aire; su arma la había dejado en su vehículo donde POMPILIO ARAQUE, cuando arribaron al lugar varios Policías de Paz de Río y de Socha, siendo el Comandante BOTERO de la Estación de Paz de Río, quien le dijo que le entregara el arma, ocurriendo que al tener ocho millones de pesos en su poder, destinados para pagar empleados y transporte, éste le dijo que se subiera a la patrulla y que le diera dos millones de pesos para no judicializarlo, a lo cual se negó, al afirmar que el arma tenía documentos y que no lo hacía tampoco porque ahora después de pedirle combustible para sus motos y vehículo, también le pedirían dinero por cualquier cosa.

Según la Defensa, el procedimiento agotado con el arma de fuego estuvo ajustado a derecho, pues recuérdese que se procedió al decomiso del arma de fuego, la cual fue entregada al día siguiente, razón por la cual indica que se trató de un procedimiento preventivo que no forma parte de las investigaciones penales, y, derivado de este episodio no puede endilgarse responsabilidad penal a su procurado.

A la sazón debe decirse, que con independencia de que una actividad propia de la función de policía, sea la de tomar medidas de protección a la comunidad, sin que para este asunto competa determinar si se ajustó o no a la legalidad la actuación adelantada, si se trató o no de una incautación o un decomiso ora retención de un arma de fuego, aun verificándose que existía una titularidad demostrada con documento idóneo (salvoconducto para porte), el cual había sido exhibido a los uniformados que intervinieron en dicho acto, la solicitud de

una suma de dinero, primero de dos millones de pesos, y luego de un millón y medio de pesos y que se enrostra a uniformados como JHON JAIRO BOTERO PÉREZ, entre otros, corresponde a un actuar del todo alejado de los protocolos y sobre todo de la legalidad, máxime cuando se procedió también a la restricción de la libre locomoción al parecer del señor PEDRO JOSÉ ARAQUE desde el lugar conocido como Socha viejo hasta el municipio de Paz de Río, trayecto que fue empleado para reforzar las peticiones dinerarias realizadas.

De suerte que al indicarse por la víctima que ese dinero que se le solicitó tuvo como propósito no proceder a su judicialización, como quiera que corresponde a la Sala establecer si la conducta concusionaria efectivamente se presentó, tomada como base la versión dada por la misma víctima, y asimismo el testimonio rendido por el señor JULIO CÉSAR CHIQUILLO DURÁN quien estuvo presente el día de retención y dio a conocer las circunstancias en que esta se produjo, sin que se cuente con prueba alguna que desvirtúe lo afirmado y al contrario tener elementos que ubican al señor JHON JAIRO BOTERO en el lugar de los hechos en desarrollo de una actividad según su dicho, de protección a la comunidad dado el comportamiento en que había incurrido el señor PEDRO ARAQUE de disparar al aire a sabiendas de los daños que pudieron ocasionarse, siendo aceptado que fue el mismo quien realizó la requisa del automotor del señor ARAQUE y en donde encontró el arma de fuego, oportunidad que según la víctima fue aprovechada para el abuso del cargo, solicitando dinero indebido, la conducta por la que se le acusa encuentra demostración.

No se verifica para el efecto, en la versión de la víctima, ánimo diferente del que poner en conocimiento lo sucedido, aun cuando producto de la actividad desplegada de disparar al aire, al parecer no se inició actuación administrativa

alguna; contrario a lo indicado por la Defensa esa intención de perjudicar con afirmaciones falsas no encuentra respaldo probatorio, pues nótese que ya el mismo señor ARAQUE había accedido a las peticiones relacionadas con el suministro de combustible y según su testimonio, ya cansado de la situación, se negó a la entrega del dinero requerido a cambio de su no judicialización; existen además soportes documentales de lo acontecido con el arma de fuego, claro está en el marco del ejercicio de la función preventiva, del cual si en gracia de discusión se aceptara, no haría parte en manera alguna, la solicitud de dinero por parte del uniformado aquí vinculado, sobre quien recae además el indicio de oportunidad para delinquir y mala justificación de su actuar que no implicaba ningún otro despliegue ejecutivo para la configuración del delito en comento.

El solicitar por el que se acusa al ex funcionario BOTERO, aquí es equivalente a pedir, peticionar o requerir, siendo éste el medio que utiliza el concusionario, se reitera, abusando de su cargo, acto que se dio de manera explícita e implicó un inmediato constreñimiento por parte de la fuerza pública entonces representada por el Comandante de la Estación de Paz de Río.

Ahora bien, dentro de la configuración del tipo penal que nos ocupa, echa de menos la Defensa el elemento del miedo a la potestad pública *(metus publicae potestatis)* sobre el cual la doctrina nacional como criterio unificado ha afirmado que la víctima a quien se constriñe, se induce o se le solicita y por virtud de la cual el servidor público obtiene una utilidad indebida, cuando se consuma la concusión, esta conducta tiene la aptitud de suscitar el miedo al poder público que encarna, momento en el cual se vulneran valores que deben imperar en el servicio estatal[7].

[7] Cfr. Erneans peña Ossa, Delitos contra la Administración Pública pg. 147 y 148

Por tanto, cuando la solicitud o la acción ejecutiva de que se trate, no logran infundir en la víctima ese temor, se está en presencia de una conducta atípica según corresponda[8]. Para el subjudice, el señor PEDRO JOSÉ ARAQUE, se dispuso a cumplir con las exigencias que para el 13 de julio de 2013 le hicieron los policiales, subirse a la patrulla, permitir el desplazamiento, entregar el arma, manifestando si su oposición con respecto a la entrega del dinero, resultado psicológico que permite afirmar que en efecto el delito si se consumó.

Si ese temor a la autoridad no se verificara, una persona con el salvoconducto de su arma, se opone a su decomiso y menos permite que se proceda a su judicialización y a su retención, siendo la indebida utilización de la preeminencia y el poder intimidante que se ejerce el que lo genera. La Corte Suprema de Justicia en providencia del Magistrado MAURO SOLARTE PORTILLA Rad. 24329 del 8 de junio de 2007 indicó que en el delito de concusión la exigencia del elemento subjetivo conduce al sometimiento de la voluntad de la víctima a las pretensiones del Agente corrupto del Estado.

Así las cosas, exhibido el compromiso del señor JHON JAIRO BOTERO también con la conducta concusionaria del 13 de julio de 2019, la sentencia en ese sentido también admite confirmación, pues con los elementos de conocimiento con que se cuenta, la oportunidad que se llevó a la convicción del grado de certeza necesario, desechando aquellas posturas que sin respaldo se presentaron en torno a los hechos objeto de debate.

7.2.3.- La dosificación de la pena

[8] Ib.

En este punto la defensa de JHON JAIRO BOTERO manifiesta que resulta extraña la tasación de la pena realizada por el *Aquo*, la cual en su criterio desbordó las previsiones contempladas en el artículo 31 del Código Penal.

Para resolver este planteamiento se tiene que el Juez de instancia, al momento de la tasación de la pena, estableció la consecuencia jurídica del contenido del artículo 404 del Código Penal, norma que señala que el delito de concusión se sanciona con pena de prisión de 96 a 180 meses, multa de 66.66 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.

En tal virtud, luego de la individualización respectiva, asignó a los señores DIEGO ARMANDO FLOREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ las penas principales de 114 meses de prisión, multa de 75 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 88 meses, respectivamente, como coautores responsables del delito de concusión en concurso homogéneo y sucesivo del que fue víctima el señor PEDRO JOSÉ ARAQUE GARCÍA. Lo anterior de cara a los hechos relacionados con el suministro de gasolina ocurrido en los años 2012 y 2013.

Asimismo se impuso a JHON JAIRO BOTERO PÉREZ con ocasión al episodio relacionado con el arma de fuego por el cual se le acusó, la pena principal de 96 meses y multa de 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 meses como autor de la misma conducta.

Revisada la acusación, era claro que se procedía por una pluralidad de conductas conexas, incluida la acaecida el 13 de julio de 2013, que se endilgó

a JHON JAIRO BOTERO como coautor, y si bien se citó el contenido del artículo 31 del Código Penal para efectos de la punición correspondiente, su aplicación fue desacertada, dado que al incrementar hasta en otro tanto el quantum punitivo de la conducta base debidamente dosificada, aspecto sobre el cual no existe reparo en los límites, en lo que atañe a JHON JAIRO BOTERO, se le impuso una condena adicional por un delito que se le endilgó de manera concursal, siendo lo acertado incluir dentro de las conductas concursales aquella del 13 de julio de 2013.

Lo anterior a todas luces alteró los principios de legalidad y proporcionalidad del proceso sancionatorio, razón por la que atendiendo los criterios de corrección proporcional y justa[9], deberá en ese sentido modificarse el fallo recurrido atendiendo los mismos parámetros fijados por el Juez de primera instancia al momento de la tasación de la pena.

Así, encontrando que se incrementó la pena fijada por el delito concursal en 102 meses de prisión, se debe incrementar hasta en otro tanto por la conducta en la participó exclusivamente el señor BOTERO relacionada con el arma que le fue retenida a la víctima, atendiendo entonces las mismas consideraciones del juez de instancia, esto es, la gravedad, la intimidación, el acto de corrupción, el daño superlativo causado, se incrementará la pena en 26 meses[10] de prisión por esa conducta y en esa misma proporción la pena de

[9] Citado entre otras, en la sentencia SP338-2019/Radicación 47675 del 13 de febrero 13 de 2019

[10] La pena fijada por el Juez para esta conducta que concursa fue de 96 meses de prisión, 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y 8O meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos de funciones públicas. Para no afectar el principio de legalidad en la dosificación de las penas y seguir las reglas del concurso, se dispone aumentar en 26 meses la pena de prisión que equivale a un 27% de la que tasó el Juez (partiendo de los 96 meses) y en esa misma proporción se tasará la multa

multa que se incrementara en 16.65 salarios mínimos. De la misma manera se aumentará en esa misma proporción la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En consecuencia, a los 114 meses de prisión impuestos por el concurso de las conductas antes vistas, se le incrementaran 26 meses de prisión para un total de 140, la pecuniaria de multa de 75 salarios mínimos legales mensuales vigentes, se incrementará a 16.65 para un total de 91.65 de multa y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que partía de 88 meses se incrementara en 20 meses para un total de 108 meses.

En los anteriores términos se modificará la sentencia impuesta a JHON JAIRO BOTERO, en sus numerales primero y segundo, manteniendo incólumes los demás aspectos.

Como consecuencia de lo anterior y como no lo hizo el juez de instancia, se dispone librar de manera inmediata orden de captura en contra de DIEGO ARMANDO FLÓREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ a quienes se halló responsables como coautores de los delitos de concusión.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Tercera de Decisión de la Sala Única del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

---

e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que corresponden a 16.65 s.m.l.v. y 20 meses respectivamente.

Radicado No. 15-537-31-89-001-2015-00104-00

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria impuesta por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Río en contra de DIEGO ARMANDO FLOREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ como coautores del delito de CONCUSIÓN previsto en el artículo 404 del Código Penal en concurso homogéneo y sucesivo, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia condenatoria los cuales quedarán así:

"**PRIMERO**: CONDENAR a DIEGO ARMANDO FLOREZ identificado con la cédula de ciudadanía número 6.429.906 expedida en Ríofrío, a la pena principal de prisión de ciento catorce (114) meses, a una multa de setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a la inhabilitación de derechos y funciones públicas por el término de ochenta y ocho (88) meses, como coautor responsable a título de dolo del delito de CONCUSIÓN en concurso homogéneo y sucesivo, siendo víctima el señor PEDRO JOSÉ ARAQUE GARCÍA.

SEGUNDO: CONDENAR a JHON JAIRO BOTERO PÉREZ identificado con la cédula de ciudadanía número 7.254.058 de Puerto Boyacá, a la pena principal de prisión de ciento cuarenta (140) meses, a una multa de noventa y uno punto sesenta y cinco (91.65) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a la inhabilitación de derechos y funciones públicas por el término de ciento ocho (108) meses, como coautor responsable a título de dolo del delito de CONCUSIÓN en concurso homogéneo y sucesivo, siendo víctima el señor PEDRO JOSÉ ARAQUE GARCÍA.

TERCERO: ADICIONAR el numeral SEXTO de la sentencia de primera instancia para disponer que se libre orden de captura inmediata en contra de DIEGO ARMANDO FLÓREZ y JHON JAIRO BOTERO PÉREZ y lograda la misma, se emitan las correspondientes boletas de detención.

CUARTO: En los demás aspectos CONFIRMAR el fallo recurrido.

Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación, el cual puede ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación (Art. 183 Ley 906 de 2004, Modificado por el artículo 98 Ley 1395 de 2010).

Las partes quedan notificadas en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada Ponente

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado

LUZ PATRICIA ARISTIZABAL GARAVITO
Magistrada