

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Magistrado Ponente:

Dr. LEONEL OLIVAR BONILLA

Bogotá, D. E. 2 de septiembre de 1968

VISTOS:

La Presidencia del Consejo de Guerra Verbal convocado por la Brigada de Institutos Militares, para juzgar a los particulares Aníbal Pava García, Ecehomo Ajiaco Osorio, Jorge Rafael Toro Osorio, Salomón Leiva Lozano, Rosalba Ortegón de Pava y Ana Clemira Leiva Lozano, por los delitos de **Asociación para delinquir y robo**, dictó la sentencia de diciembre 6 de 1967, por medio de la cual, y de conformidad con la decisión del jurado absolvió a todos los procesados por el primer ilícito, y condenó a Pava García y a Ajiaco Osorio a las penas allí señaladas por el delito de ROBO; por este mismo ilícito, fueron absueltos los demás procesados. Igualmente se ordenó la cesación de procedimiento seguido en este proceso contra Eutimio Ortegón Rojas y Juan de Jesús Valbuena. El fallo fue apelado, y el recurso concedido en el efecto suspensivo. Los hechos que motivaron la investigación ocurrieron en esta ciudad en la noche del 17 de septiembre de 1966.

RESULTANDOS:

1º — Como cabeza de proceso se tuvo la denuncia formulada por el particular Aníbal Pava García en la que daba cuenta, que como a las once y treinta de la noche llegaron aproximadamente diez sujetos a golpear a su apartamento situado en la fábrica Implanena, cuya dirección es carrera 23 N° 9-21; que abrieron entonces la puerta, y los sujetos encañonaron con revólveres y otras armas al denunciante, a su esposa Rosalva Ortegón, a Salomón Leiva, Ana Clemira Leiva y a un menor de nombre Héctor Julio Pava; que los hicieron acostar boca abajo, les amarraron las piernas y los brazos, los amordazaron con esparadrapos y los encerraron en la pieza, quedando dos sujetos cuidándolos; que mientras tanto los otros tomaron la camioneta de placas número D-78707 marca Dodge de color verde que se encontraba dentro de la fábrica y se llevaron una serie de elementos de las máquinas de coser, y una cantidad de mercancía especialmente ropa para niño; que el valor

del robo asciende aproximadamente a trescientos mil pesos; que los ladrones parece que entraron por encima de la tapia de la fábrica. Ante la Comisaría de Occidente el señor Alfonso Virguez Forero dueño de la fábrica asaltada presentó también denuncia, y señalaba contradicciones en la versión de Aníbal Pava; la Comisaría practicó una diligencia de Inspección ocular y encontró en la pieza del Celador varios objetos y mercancías que según el señor Virguez eran de su propiedad, algunas de estas últimas dentro de dos almohadas. Posteriormente, mediante comunicación dirigida al señor Juez Penal Municipal, el señor Comisario de Occidente afirmaba que el mismo señor Virguez se había presentado a su Despacho con un paquete con esparadrapo usado y 13 suéteres que encontró según afirmaba en la caneca de la basura.

2º — En la ampliación de su denuncia, Virguez Forero manifestó que el porta-candado de la puerta del depósito de mercancías había sido arrancado completamente; que cuando preguntó al Celador Pava, a la mujer de éste, a Salomón Leiva, a Ana Clemira Leiva y al menor Héctor Pava, todos manifestaron que se encontraban durmiendo; que sintieron golpes en la puerta de la habitación y que luego fueron encañonados por diez hombres quienes los amordazaron, que el primero en soltarse fue el menor. Agrega que estando en la Comisaría, en un momento de exaltación Rosalva de Pava le dijo que iba a confesar, y que esta confesión consistió en decir que los la-

drones no habían entrado por la parte trasera del edificio, sino que Ana Clemira y Salomón Leiva se encontraban en cine, y que al regresar habían golpeado en la puerta y que en el momento en que les abrieron, los ladrones aprovecharon para encañonarlos. Rosalva Ortégón de Pava en su indagatoria afirma que Salomón Leiva invitó a Ana Clemira al cine; que les dijo que quién les abría la puerta, pues, a élla le hacía daño levantarse; que el menor Héctor Julio, hermano de su esposo se ofreció para esto; que como a las once y media golpearon, que el menor quitó las trancas del portón y que cuando entraron los Leiva, un grupo de hombres penetraron también, que cogieron a los tres a empujones luego fueron a la pieza de la celaduría, los insultaron a todos, los amarraron y los amordazaron; que después del robo, Héctor se pudo soltar y desamarró a los demás; que su esposo llamó a la policía y a la casa de don Alfonso; que como al cuarto de hora llegaron los agentes de la Policía, que subieron a ver lo que se habían robado. "Entonces yo seguí ofuscada y miedosa y le dije a Ana Clemira que cogiera esos sacos y los echara o los metiera entre los cojines que era que esos sacos los habían dejado esos hombres con el pretexto de hacernos hundir o de que nosotros éramos o para hundirnos a nosotros. Yo salí otra vez para afuera y ella se puso y los empacó entre los cojines y los dejamos por ahí. Como a las cinco de la mañana llegó el dueño y nos amenazó y nos dijo que nosotros qué estábamos

haciendo ahí, que por qué Aníbal no había matado a unos dos, que él, Alfonso, lo había respaldado. Y el señor estaba todo borracho y casi nos pegaba". Ana Clemira Leiva hace relato similar en su indagatoria en cuanto a la forma cómo se llevó a cabo el asalto; más adelante agrega: "quiero manifestar que, ahí en donde estaba el tipo sentado allá en la pieza, había una cantidad de sacos para niño y seguro se les olvidó y los dejaron ahí, entonces cuando entramos los encontramos ahí y Rosalva me dijo toda asustada que echáramos esos sacos a una almohada por que como estábamos ahí en la pieza, podían decir que éramos nosotros los que nos lo habíamos cogido y entonces yo los eché entre dos cojines y los cosí y les puse fundas y ahí quedaron".

3º — Aníbal Pava en su indagatoria declaró que cuando Ana y Salomón llegaron, él se encontraba durmiendo. Salomón Leiva Lozano al ser indagado manifestó que cuando llegó a la fábrica luego de salir de cine con Ana Clemira fueron atacados por los asaltantes al entrar. Eccehomo Ajiaco Osorio manifestó que dió permiso para que dos amigos suyos uno de apellido Suárez y otro Bustamante para que guardaran una mercancía en su fábrica de abonos; varios de los objetos que fueron decomisados allí, eran producto del robo a la fábrica Implanena.

El agente del F-2 Alberto Lozano en su declaración afirmó que un informante le dijo que uno de los ladrones que había participado en el

robo, le había dicho que Eccehomo había sido quien planeó el robo; que también le informó que Aníbal Pava se había prestado con su esposa y con los Leiva y un niño para que los amordazaran, que al muchacho lo habían dejado mal amarrado para que pudiera desatar a los demás. El Sargento Viceprimero de la Policía. Sección F-2, Arturo Sarmiento Rodríguez, dijo que por información confidencial supo que Eccehomo Ajiaco y Aníbal Pava se reunían frecuentemente; que el informante le dijo también que Eccehomo era uno de los grandes reducidos de aquí de Bogotá. El agente Laureano Castaño Ríos en la diligencia de ratificación se basa en lo dicho por un informante confidencial en relación con las actividades de Pava y Ajiaco. Jorge Rafael Toro Osorio, celador del establecimiento de Ajiaco Osorio dice: que el domingo 18 de septiembre llegaron dos señores y dijeron que iban a descargar esas cosas por orden de Eccehomo; que los dejó entrar y que ellos descargaron un poco de paños; que eso fue como a las seis o siete de la mañana; que en las horas de la tarde llegó Eccehomo, a quien le comunicó la novedad, pero que él no dijo nada; que ese mismo domingo volvieron los dos señores y se entrevistaron con Ajiaco; que los individuos, volvieron como cinco veces y sacaban parte de la misma en lonas, que después fue cuando efectuó la ronda el personal del F-2; que los cabezotes para las máquinas, los encontraron dentro de unas canecas y los paños en la enramada.

4º — El señor Buenaventura Fúquene declaró que en la fábrica trabajaba una muchacha llamada Ana, quien en sus comentarios con las otras compañeras, dijo que en días anteriores habían matado a un familiar de ella. “Y si no me equivoco le habían velado donde Eccehomo a quien no le se el apellido ni lo conocía”. Alfonso Virguez en la ampliación de su denuncia dice que una vez estando en su fábrica, Marina llamó a Salomón Leiva diciéndole que pasara al teléfono, pues, lo necesitaba Eccehomo; que por comentarios que le hicieron sus empleadas supo que un hermano de la mujer de Aníbal fue muerto en las cercanías de la fábrica y que lo velaron en la fábrica de abonos de Eccehomo Ajiaco; los otros declarantes hablan de un Eccehomo, pero ninguno conoce a Eccehomo Ajiaco Osorio.

5º — Reunido el Consejo de Guerra se formuló el siguiente cuestionario: “El acusado particular Aníbal Pava García, presente, natural del Espinal (Tolima), de 25 años de edad aproximadamente, hijo de Sabas y Eva, de profesión conductor e identificado con la cédula de ciudadanía N° 17.069.258 de Bogotá, casado con Rosalva Ortegón, es responsable, ¿SI o NO?, de haberse asociado con dos o más personas, con el propósito de cometer delitos, según hechos ocurridos en el área urbana de esta ciudad de Bogotá, el día 17 de septiembre de 1966?”. Cuestionarios similares se formularon para Salomón Leiva, Eccehomo Ajiaco, Rafael Toro Osorio, Rosalva Ortegón de Pava y Ana Clemira Lozano, y fueron contes-

tados negativamente por el Jurado. Se hicieron además cuestionarios similares para los mismos procesados en relación con el robo llevado a cabo en la fábrica Implanena de propiedad del señor Virguez, en la noche del 17 de septiembre del mismo año.

CONSIDERANDOS:

1º—El decreto 1290 de 1965 atribuyó a la Justicia Penal Militar el conocimiento del delito de **Asociación para delinquir** y de los conexos con este. Tratándose de una jurisdicción especial, es preciso que se de en el proceso la prueba mínima de que el delito que señala la competencia se ha cometido para así poder entrar a conocer de aquellos que normalmente corresponden a otra jurisdicción, y que por el factor *conexidad*, en forma excepcional le están igualmente atribuidos. Tal es el caso del Robo cometido por particulares. Es imposible aceptar la afirmación del señor Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá cuando dice que para efectos de señalar la competencia “lo importante, procesalmente, es de que haya base para considerar la posibilidad jurídica de esa existencia delictual para que sea el funcionario especial quien conozca del negocio”; si así se aceptara, la simple posibilidad jurídica de la existencia de los delitos de Secuestro, Extorsión, Asociación para Delinquir, Incendio, etc., en los millares de negocios que cursan en los despachos de los Jueces Ordinarios, los autorizaría para enviarlos a la Justicia Penal Militar. Tan cierto es esto, que cuando se produce una colisión

de competencia, la Honorable Corte al entrar a admitir el incidente, hace un estudio de las pruebas que obran en el expediente para poder afirmar si existe una siquiera que sirva de fundamento para afirmar que existe determinado delito, y que por lo tanto la competencia corresponde a determinado Juez y no a otro. Y es obligación de los jueces militares, cuando les provocan incidente de competencia, entrar también a hacer este estudio para concluir que son competentes, o por el contrario para aceptar la colisión que se les propone. Está bien la simple posibilidad jurídica para iniciar la investigación, pues, de acuerdo con los artículos 283 del Código Penal y 501 del Código Penal Militar solamente es necesario para dictar auto cabeza de proceso, la existencia real o presunta de un delito. Pero practicada una serie de diligencias, es natural que el funcionario deba analizar en forma que le permita apreciar si está frente a un Robo cometido por varios individuos, o si además una Asociación para Delinquir. Si se trata de un Secuestro, o de una Detención Arbitraria, o de un delito contra la autonomía personal, sin que la imputación original que se hizo en la denuncia baste para darle la competencia a la Jurisdicción Especial.

2º—El delito investigado en este proceso es el de Robo, capítulo II del título XVI del Código Penal Común. En esta forma fue calificado provisionalmente, primero por medio de auto de detención de octubre 5 de 1966 y luego mediante providencia de la misma es-

pecie, de 15 del mismo mes y año. En esta última se afirmó que como existía un principio de prueba de que se estaba ante una presunta Asociación para Delinquir, se ordenaba el envío del expediente a la Justicia Penal Militar, a la cual se le proponía colisión de competencia negativa; o sea que el principio de prueba no indicaba el delito sino el presunto delito. El auto fue apelado en relación con esta última determinación; el Tribunal Superior de Bogotá, mediante auto de marzo 1º del año pasado lo confirmó. No hay que olvidar sin embargo, que es la Corte Suprema de Justicia quien dirime esta clase de incidentes. Entonces, la Corporación entra a analizar, no con fundamento en posibilidades sino de acuerdo a la prueba recaudada, si se cometió el delito de **Asociación para Delinquir**, desde luego en la modalidad a que se refiere el inciso 1º del artículo 3º del Decreto 2525 de 1963 que modificó el artículo 208 del Código Penal. Parece innecesario recordar que este delito exige para su confirmación los siguientes elementos:

a) Un número plural de sujetos activos, tres o más.

b) La asociación de tales sujetos, que para serlo debe tener un carácter permanente, que puede ser por un tiempo más o menos corto, o largo. Se dirá que este carácter fue precisamente suprimido por el Decreto 2525, ya que la norma original sí lo exigía expresamente. Pero es de que tampoco era necesario que se le mencionara ya que pertenece a la naturaleza misma del

delito como lo ha sostenido la jurisprudencia y la doctrina, y como se desprende del inciso 3º de la disposición vigente, cuando aumenta la pena para los promotores, organizadores, jefes o directores de la asociación o banda. "Asociarse —dice Maggiore—" denota el acuerdo de distintas voluntades, de modo permanente, para conseguir un fin común. Pero en el hecho asociativo hay algo más que un acuerdo. El simple "acuerdo" para cometer un delito no es punible, si el delito no es cometido (art. 115). Lo que cambia el acuerdo en asociación y lo hace punible por el título que estamos examinando, es la organización con carácter estable. "Sin un mínimo de organización no hay asociación criminosa". Si la concurrencia de varios individuos termina con la ejecución especial que se propusieron, cometer un delito, o varios delitos que eventualmente consuman como consecuencia del primero, no hay asociación sino simple coparticipación criminal, artículos 19 y 20 del Código Penal. Ramírez Gronda en su Diccionario Jurídico define la Asociación, cualquier asociación, como "grupo permanente de personas que ponen en común sus conocimientos, sus actividades y sus recursos, en vista de un fin determinado".

c) La asociación tiene como finalidad el cometer delitos; se requiere, pues, un dolo genérico en cada uno de sus miembros, la intención de asociarse con otros, y uno específico, el propósito de cometer más de un delito. No sobra agregar que los elementos que tipifican el ilícito, deben darse en

relación con cada uno de los autores. Así, si los presuntos autores son tres, pero se establece que uno de ellos no se asoció con los otros dos, o que les dió refugio o auxilio a los otros dos que sí estaban asociados como lo dice el inciso cuarto, pues no habría Asociación para Delinquir, pues para imputar el delito en esta última modalidad, hay que partir de la base de que se prestó auxilio a integrantes de una banda de tres o más personas, no menos de tres.

3º—Se hace mención en las diferentes providencias a la prueba indiciaria; así, por ejemplo en el auto de octubre 5, página 80, se dice que "existen, al menos, una pluralidad de indicios que hacen recaer en su contra notable grado de responsabilidad en la comisión de los hechos investigados". No hay que olvidar que conforme a la definición legal, indicio es un hecho del cual se infiere lógicamente la existencia de otro hecho, y que para que un hecho pueda ser apreciado como indicio, debe estar probado plenamente; desde luego, el hecho indicador debe probarse por medios distintos del indicio. En estas condiciones, cuando el Juez hace mención a un indicio, debe señalar en forma concreta el hecho indicador, decir en qué forma está probado y cuál es el hecho que del primero infiere. Es muy frecuente que se diga en las providencias que hay pluralidad de indicios, que existe toda una cadena de indicios, y se deje de hacer no solamente el análisis probatorio sino las explicaciones que la lógica señala para el proceso de in-

ferencia. Se omite decir si el indicio es necesario, o no necesario, si es grave o es leve, si los indicios se refieren a un solo hecho o a varios. A la prueba indiciaria es necesario darle toda su importancia, ya que es posible al tomarla a la ligera incurrir en error. "El indicio, dice la Corte Suprema de Justicia, es un hecho que por su sola objetividad lleva la posibilidad de imputación inculpativa. Y no será indicio que prueba responsabilidad el que necesita, para valer como tal, de la apreciación subjetiva del juzgador, porque en tal caso todas las contingencias y sucesos allegados a la vida de un proceso estarían sometidos, sin lógica ni sana exégesis legal, al arbitrio de las diferentísimas subjetividades de los varios juzgadores del proceso. El hecho que se toma como indicio inculpativo por la sola interpretación subjetiva del juzgador, no es un indicio sino una sospecha".

No nos corresponde por ahora estudiar el aspecto probatorio que se ha tenido en cuenta contra los sindicados, por el delito de Robo. Pero; del hecho de haberse encontrado ocultos en la pieza de los celadores, algunas mercancías pertenecientes a la fábrica. Del hecho, no probado plenamente de la presunta amistad entre Aníbal Pava García y Eccehomo Ajiaco Osorio; (hay que tener en cuenta que esto último se deduce por una parte de informes confidenciales recibidos por los agentes secretos lo que equivale a testimonios de oídas, y a las afirmaciones de algunos declarantes en relación con conversaciones que por teléfono tuvo

Aníbal con un tal Eccehomo). Del hecho de haberse encontrado varios de los elementos sustraídos, en la fábrica de Ajiaco Osorio, se infiera, tomándolos aisladamente o en conjunto, que Pava estuviera asociado con Ajiaco y con Ana Clemira Leiva, para no mencionar a los otros procesados, con el propósito de cometer delitos, dándose así los elementos de la Asociación para Delinquir en las condiciones descritas anteriormente en manera alguna. Y no existía el indicio para la fecha en que el señor Juez Municipal dictó el auto provocando la colisión de competencia, ni al momento de dictarse la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra. Tampoco se puede aceptar como prueba el hecho de que los asaltantes hubieran sido más de diez, según la versión de los primeros sindicados, pues aun cuando haya pluralidad de sujetos, no se da por ello la prueba de los otros elementos señalados por la ley; habría sí una coparticipación en el delito de Robo. Y en cuanto al hallazgo en el local de Eccehomo de unas placas y una camioneta, daría lugar a inferir que este ciudadano, no los otros procesados, tiene que ver con otros ilícitos que seguramente serán objeto de investigación en otros despachos. Tampoco se puede tener como indicio de responsabilidad las contradicciones en que incurra un sindicado en su indagatoria, pues esto solo serviría para restarle credibilidad a su dicho, artículo 255 del Código P. Penal. De modo que este proceso ni en su comienzo, ni cuando se propuso por el señor Juez Municipal la colisión, ni

cuando el Comando de la Brigada avocó el conocimiento, era ni es hoy de competencia de la Justicia Penal Militar. Y es la misma Corte en auto de julio 30 de 1959 la que nos viene a aclarar cualquier duda en relación con el auto del Tribunal de Bogotá dictado en este proceso: "si se propone una colisión de competencia sobre la base de que alguno o algunos de los acusados están sujetos a fuero o jurisdicción especial, esta calidad particular, que rompe el sistema ordinario y encarna un procedimiento excepcional, debe estar plenamente probada. No solo para que pueda desatarse el conflicto en forma positiva respecto a la realidad del fuero especial, sino también como base segura y necesaria para la provocación de la competencia".

Lo que hasta aquí se afirma queda corroborado por lo que dice el señor Juez de Primera Instancia en relación con los veredictos absolutorios: "muy acertada, aprecia esta Presidencia, las respuestas de los señores Vocales, pues los absueltos muy bien pudieron ignorar las andanzas de **Ajiaco, Pava**, y sus compinches, que es una circunstancia dudosa que no se ha podido aclarar y que por consiguiente debe resolverse en favor de los sindicados". (Página 426 expediente). No debe olvidarse que de acuerdo con el artículo 313 del Código Penal Militar, en concordancia con el inciso 1º del artículo 69 del Código de Procedimiento Penal, las diligencias practicadas durante la etapa sumaria conservan todo su valor, ya sean practicadas por los jueces ordinarios o especiales, cual-

quiera que sea la autoridad a quien en definitiva corresponda el conocimiento.

Se procede a decretar la nulidad de todo lo actuado en este proceso a partir de la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, por haberse incurrido en la causal primera del artículo 441 del Código Penal Militar. El Comando de la Brigada deberá dictar el auto correspondiente aceptando la colisión de competencia negativa que se le propuso.

Por las anteriores consideraciones, el **Tribunal Superior Militar**, Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E :

1º—**Decretar la nulidad** de todo lo actuado en este proceso a partir de la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal.

2º—Vuelva el expediente al Comando de la Brigada de Institutos Militares, para que se proceda de conformidad con lo que se dice en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifique y cúmplase.

Leonel Olivar Bonilla,
Magistrado Ponente.

Mayor **Samuel Beltrán Arévalo,**
Magistrado.

José I. Talero Losada,
Magistrado.

Mayor General **Alfonso Mejía V.,**
Comandante General de las FF. MM.
Presidente del Tribunal.

Gustavo Alarcón N.,
Secretario.