

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

SP3647-2018

Radicación 48658

(Aprobado Acta No. 288).

Bogotá D.C., agosto veintinueve (29) de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del Sargento Segundo del Ejército CARLOS ANDRÉS PIZARRO CASTRO, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 26 de abril de 2016, que lo condenó como autor del delito de abandono del servicio.

HECHOS:

El 11 de febrero de 2014 el Sargento Segundo CARLOS ANDRÉS PIZARRO, a quien el Tribunal Médico Laboral del Ministerio de Defensa le había reconocido en septiembre de 2008 una incapacidad permanente y parcial del 25% derivada de trauma en el hombro izquierdo con secuela de luxación recidivante, motivo por el cual no era apto para actividades de fuerza y peso, fue trasladado al Batallón de Alta Montaña con sede en Duitama.

Una vez allí solicitó reubicación laboral por su incapacidad, pero en los meses de junio y julio, médicos ortopedistas del Hospital Militar dispusieron su incapacidad por 30 días para

ser intervenido quirúrgicamente, tiempo durante el cual estuvo en su residencia y al culminar se presentó el 29 de julio exhibiendo al Teniente Coronel Omar Ricardo González Contreras, Comandante del referido batallón, otro certificado de incapacidad por 30 días de carácter ambulatorio con una nota manuscrita, “para realización de ejercicio. Cargar objetos pesados”, que terminaba el 28 de agosto siguiente.

Al regresar al batallón luego de surtida la segunda incapacidad, fue informado de que en su contra se habían promovido acciones disciplinarias y penales por haber abandonado el servicio, en cuanto la orden médica no disponía que pudiera permanecer en su residencia, sino que quedaba relevado de realizar ejercicios y cargar objetos pesados.

ANTECEDENTES PROCESALES:

Una vez se declaró abierta la instrucción, el Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar vinculó mediante indagatoria a CARLOS ANDRÉS PIZARRO CASTRO, absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento.

El 8 de mayo de 2015 la Fiscalía 29 Penal Militar acusó al procesado como autor del delito de abandono del servicio, el 27 de mayo siguiente negó el recurso de apelación interpuesto por la defensa y el 18 de junio del mismo año decidió no reponer la decisión de negar la citada impugnación.

El juicio fue adelantado por el Juzgado 11 de Instancia de Brigada, despacho que el 9 de octubre de 2015 profirió fallo absolviendo a PIZARRO CASTRO por el delito objeto de acusación.

Apelada tal determinación por la Fiscalía y el Ministerio Público, el Tribunal Superior Militar, a través de la sentencia recurrida en casación por la defensa, dictada el 26 de abril de 2016, la revocó para, en su lugar, condenar al procesado a un año de prisión, como autor del delito de abandono del servicio, negándole la condena de ejecución condicional.

Admitida la demanda y surtido el respectivo traslado al Ministerio Público, la Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal rindió su concepto.

LA DEMANDA:

El defensor formuló un cargo por violación indirecta de la ley sustancial, derivada de error de hecho por falso raciocinio sobre el certificado de incapacidad médica del acusado, el acta de la Junta Médica Laboral Militar, el acta del Tribunal Médico Laboral y el resumen de la historia clínica que condujo a la aplicación indebida del artículo 107 de la Ley 1407 de 2010.

Adujo que se violó el principio lógico de no contradicción, pues no podía concluirse que si su representado estaba incapacitado durante la ocurrencia de los hechos, debía acudir al servicio.

El médico que dio la incapacidad de 30 días a CARLOS ANDRÉS PIZARRO dispuso como recomendación que no realizara ejercicios ni cargara objetos pesados durante tal tiempo, sin que dijera que podía trabajar.

Si la incapacidad corresponde a un estado de inhabilidad física o mental temporal que impide desempeñar una profesión u oficio, no puede a la vez concluirse que mientras dure, el incapacitado debe laborar, error de lógica en el cual incurrió el Tribunal en el fallo de condena.

El juez colegiado se enfrascó en discusiones ajenas a lo importante, pues es claro que si el servicio médico emitió un certificado de incapacidad por 30 días, que correspondía a la prórroga de otra incapacidad por el mismo tiempo dada la gravedad de la enfermedad del acusado, no hay duda que tal situación como incapacitado es incompatible con el abandono del servicio objeto de sanción.

No en vano en el fallo absolutorio de primer grado se destacó que “al llegar recién trasladado y con esa notificación médica, no gustó dicha traba para un suboficial que llegaba a una unidad de choque, menos caló que a los pocos meses se le incapacitara por un mes de sus labores y al finalizar la misma nuevamente se emitiera otra incapacidad”, “este aspecto disgustó al TC González Contreras, según lo afirma el procesado, quien afirma que tan pronto finalizó la primera incapacidad y le enseñó la segunda lo que le manifestó es que lo iba a dar de baja si proseguían las incapacidades”.

Erró el Tribunal al considerar que si la incapacidad era ambulatoria, solo comprendía la limitación para hacer ejercicios y levantar objetos pesados, de manera que no podía alejarse del cumplimiento de sus funciones en el batallón. Tal aserto comporta un error de lógica, pues no es compatible el abandono del servicio con la condición declarada de incapacidad médica.

Si una persona está incapacitada médicamente, puede dedicar su tiempo a lo que a bien tenga, siempre que observe las recomendaciones que se le hacen.

El referido error de raciocinio del Tribunal determinó que CARLOS ANDRÉS PIZARRO fuera condenado por el delito de abandono del servicio, cuando lo cierto es que no concurrió al batallón al cual estaba adscrito por encontrarse incapacitado, según lo dispuso el servicio médico del Ejército, como en efecto fue reconocido por el juez de primer grado.

Con base en lo expuesto, el defensor solicitó a la Corte casar el fallo impugnado para, en su lugar, absolver a su asistido.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal sugirió a la Corte casar la sentencia impugnada, toda vez que la incapacidad médica no fue explícita al mencionar el lugar en el cual se debía cumplir, es decir, quedó incompleta, de modo que correspondía al

Comandante del Batallón aclarar con el Hospital Militar el alcance de la certificación, a lo cual no procedió.

Acertó el juez de primer grado al considerar que existe duda sobre la comisión del delito objeto de acusación, razón por la cual es necesario absolver a PIZARRO CASTRO.

De otra parte, no se violó en este caso el bien jurídico tutelado con el delito de abandono del servicio, pues por su dolencia, el procesado no se encontraba en alguna operación o actividad administrativa específica.

A partir de lo anterior, consideró la Delegada que se impone aplicar el principio in dubio pro reo, en el sentido de casar el fallo de condena y absolver al acusado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Tanto en la acusación como en el fallo de segundo grado se reprochó al Sargento Segundo del Ejército CARLOS ANDRÉS PIZARRO CASTRO el abandono del servicio del 29 de julio al 28 de agosto de 2014, en cuanto se encontraba con una incapacidad médica ambulatoria que únicamente lo privaba de realizar ejercicios y cargar objetos pesados, de modo que –se dijo en tales providencias— estaba en condiciones de asistir a sus labores en el Batallón de Alta Montaña con sede en Duitama.

Así, en la acusación se indicó:

“El militar se hallaba eximido de unas actividades puntuales: ‘para la realización de ejercicios y cargar objetos pesados’, definidas situaciones que constituyen solo una mínima parte de la actividad militar, es decir, se trata de una incapacidad parcial, distinto totalmente de una incapacidad total, que lo eximiría de todos los trabajos al interior de la vida diaria militar, o que le exigiera una esfera de especiales cuidados que solo le podían ser proveídos en un centro de salud o en su casa, lo cual no ocurrió en el presente caso, por

lo tanto el suboficial podía estar dentro del batallón efectuando los trabajos que su capacidad física le permitían”.

En el fallo de condena se segunda instancia se expresó:

“Fue suficientemente demostrado que el SS. Pizarro Castro motu proprio no asistió a su trabajo, no cumplió con la obligación de presencia que era prioritaria, al haberse marchado a su casa a pasar una incapacidad de 30 días, expedida por el Hospital Militar Central, a pesar de advertirse en la misma que se registró, por el médico tratante, que era de carácter ‘ambulatorio’ y para la ‘realización de ejercicios y cargar objeto pesados’, dándole una interpretación a su acomodo para ausentarse totalmente de las actividades militares”.

2. En el Acta de la Junta Médica Laboral No. 11930 del 10 de febrero de 2006 se refiere que CARLOS ANDRÉS PIZARRO fue atendido por el servicio de ortopedia al encontrarse “cuadro de 3 años de evolución posterior a caída de su propia altura durante entrenamiento. Presenta luxación de hombro, con 3 episodios posteriores, tras lo cual requirió corrección abierta de cápsula humeral izquierda tipo bankart, presentando mejoría de sintomatología. Durante el procedimiento quirúrgico se evidencia lesión abierta glemoide hiporlaritud de la cápsula a la cual se corrigió”. Allí se estableció que no había disminución de la capacidad laboral ni índice de lesión y que el suceso “ocurrió en el servicio, pero no por causa y razón del mismo”.

Impugnado lo anterior, en Acta No. 3385-3408 del Tribunal Médico Laboral del Ministerio de Defensa Nacional, del 5 de septiembre de 2008, compuesto por los representantes de sanidad de la Armada Nacional, de la Dirección General de Sanidad Militar y de la Fuerza Aérea, que se ocupó de “actuar en última instancia sobre las reclamaciones referentes a la calificación de la incapacidad laboral y clasificación de las lesiones o afecciones y ratificar, revocar o modificar las conclusiones del acta de junta médico laboral No. 11930 del 10 de febrero del 2006”, la modificó por unanimidad y estableció como pronóstico: “Bueno para

actividades de la vida diaria y malo para actividades de fuerza y peso”.

A su vez, en la clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad para el servicio dispuso: “Incapacidad permanente y parcial. NO APTO. Se sugiere reubicación laboral”. Tiene “una disminución de la capacidad laboral del veinticinco punto cero por ciento (25%)”.

El certificado de incapacidad No. 109534, expedido por un médico del Hospital Militar Central el 29 de julio de 2014, con base en el cual se sustentó el fallo de condena, refiere como “Contingencia: Enfermedad general”, como “Diagnóstico: Luxación hombro izquierdo”, como “Tipo de incapacidad: Ambulatoria”. Sin intervención quirúrgica. En el ítem de “Prórroga” aparece la anotación manuscrita “Para realización de ejercicio. Cargar objetos pesados”.

3. Si bien en su indagatoria el acusado manifestó que las incapacidades del año 2014 fueron dispuestas por los médicos ortopedistas de apellidos García y Tintal, la verdad es que en el curso del proceso no se dispuso escucharlos para poder dilucidar el alcance de la anotación que aparece en el certificado de incapacidad, esto es, no se aclaró si el incapacitado podía estar durante los 30 días en su residencia con asistencia a los controles médicos o debía concurrir a su trabajo en el Batallón de Alta Montaña y evitar la realización de las actividades ya mencionadas.

Tal omisión probatoria condujo a que se dificultara saber si el Sargento Segundo PIZARRO CASTRO abandonó el servicio pues no debía permanecer en el periodo de incapacidad en su residencia o, por el contrario, dejó de asistir 30 días a su lugar de trabajo facultado por la incapacidad médica que le fue ordenada para conseguir la recuperación de su hombro izquierdo.

Debe resaltarse que desde el 5 de septiembre de 2008 se había establecido que de manera permanente el acusado no estaba en condiciones de realizar labores ordinarias que

requirieran fuerza y peso.

De otra parte, en la historia clínica se advierte que el 12 de agosto de 2014 –dentro del lapso dispuesto en el certificado de incapacidad del 29 de julio de 2014—CARLOS ANDRÉS PIZARRO fue atendido en el Hospital Militar Central por el médico Álvaro García Herrera, oportunidad en la cual se diagnosticó “luxación de la articulación del hombro” y se ordenó “realizar injerto óseo en glenoides + corrección de inestabilidad tipo Latarjet que se explica al paciente, el cual refiere estar de acuerdo, se da boleta de cirugía, orden para valoración de anestesiología y cita de control con el fin de programar cirugía”.

El 27 de agosto de 2014, es decir, también dentro del tiempo de incapacidad, el procesado fue atendido por el anestesiólogo Carlos Sarmiento Caro a fin de suscribir el consentimiento informado de anestesiología sobre el procedimiento que se le practicaría.

En su indagatoria, al preguntársele por qué abandonó el servicio, CARLOS ANDRÉS PIZARRO contestó: “Porque yo le traje la excusa (al Teniente Coronel Omar Ricardo González Contreras, se precisa), primero que todo yo no soy médico, segundo estaba cumpliendo una incapacidad que me dio el médico, tercero, si yo me hubiera querido tomar la incapacidad de una vez lo hubiera llamado, pero yo lo hice personalmente, si él me hubiera dicho que la incapacidad no era para pasarla en la casa o para estar autorizado de pasar la incapacidad le hubiera cumplido la orden, porque yo me le presenté personalmente y como lo dije en el relato anterior, él la autorizó”. Me dijo “firme el libro, le dice al S-1 que me meta la incapacidad por INPER y al Tesorero que me quite la prima de orden público, es que me dijo vaya cumpla su incapacidad, firme el libro y dónde va a estar”.

Igualmente señaló que durante los 30 días en que estuvo incapacitado no le fue pagada la prima de orden público, pues así lo dispuso el Teniente Coronel González por no desempeñar labores militares.

Al formularse dentro de la misma diligencia la imputación jurídica por el delito de

abandono del servicio, PIZARRO CASTRO manifestó: “Me declaro inocente porque estaba autorizado”.

4. Si el artículo 107 de la Ley 1407 de 2010, establece que incurre en el delito de abandono del servicio “El Oficial o Suboficial de la Fuerza Pública, o el personal de agentes o del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que abandone los deberes propios del cargo por más de cinco (5) días consecutivos, o no se presente al respectivo superior dentro del mismo término contado a partir de la fecha señalada por los reglamentos u órdenes superiores, para el cumplimiento de actos del servicio, o no se presente dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha del vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones o de su cancelación comunicada legalmente”, advierte la Corte que si la conducta típica puede ser dolosa, culposa o preterintencional y estas dos últimas modalidades deben estar expresamente dispuestas en tal condición en el tipo penal por el legislador (artículo 21 de la Ley 599 de 2000), es claro que el comportamiento del citado punible es de naturaleza dolosa.

5. Constata la Sala que, tal como lo señaló la Juez de primer grado, así como en esta sede el Ministerio Público, no consiguió eliminarse la duda acerca de si CARLOS ANDRÉS PIZARRO ajustó o no su comportamiento al delito doloso de abandono del servicio, pues durante el proceso no se demostró que la incapacidad médica para trabajar suponía su estadía en su residencia asistiendo a los controles y citas médicas, o si por el contrario, debía concurrir todo el tiempo al Batallón de Alta Montaña, pero podía excusarse de realizar ejercicios y cargar objetos pesados.

Es pertinente resaltar que si desde el 5 de septiembre de 2008 se reconoció a PIZARRO CASTRO una “Incapacidad permanente y parcial” con “una disminución de la capacidad laboral del veinticinco punto cero por ciento (25%)”, excluyente de la realización de labores ordinarias que requirieran fuerza y peso, puede colegirse que la incapacidad por 30 días desde el 29 de julio hasta el 28 de agosto de 2004 dispuesta por un médico ortopedista del

Hospital Militar Central, no podía limitarse únicamente a la “realización de ejercicio. Cargar objeto pesados”, pues respecto de estas actividades ya operaba la incapacidad establecida por el Tribunal Médico Laboral.

La anterior conclusión es producto de los siguientes razonamientos:

- (i) Para el 29 de julio de 2014 cuando le fue reconocida incapacidad para trabajar durante 30 días que vencían el 28 de agosto del mismo año, CARLOS ANDRÉS PIZARRO ya había sido incapacitado durante los 30 días anteriores, lapso durante el cual permaneció en su residencia, sin que le fuera reprochado tal proceder.
- (ii) El Teniente Coronel Omar Ricardo González Contreras, Comandante del referido Batallón de Alta Montaña, le ordenó a PIZARRO CASTRO el 29 de julio de 2014, firmar el libro correspondiente, decirle al S-1 que pasara la incapacidad por INPER (Información de personal), que el Tesorero no le pagara la prima de orden público y que cumpliera con su incapacidad.
- (iii) Resultaría inconsistente que el médico ortopedista dispusiera para PIZARRO CASTRO, en julio de 2014, una incapacidad parcial para la “realización de ejercicio. Cargar objeto pesados”, cuando lo cierto es que hacía casi 6 años estaba excluido de tales actividades, esto es, adelantar labores ordinarias que requirieran fuerza y peso.

En suma, el cuadro conjunto de pruebas permite deducir que en este caso, al no ser escuchados los profesionales que dispusieron la segunda incapacidad médica para trabajar por 30 días a CARLOS ANDRÉS PIZARRO, no consiguió establecerse, en primer lugar, si le correspondía quedarse en casa, o asistir al batallón y abstenerse de realizar las citadas actividades. En segundo término, si los galenos le informaron cuál era el alcance de la incapacidad y de qué manera debía cumplirla, así como los cuidados propios de su condición. En tercer lugar, si le explicaron las razones por las cuales la ejecución de esta incapacidad era igual o diferente de la que acababa de cumplir durante los 30 días

anteriores. Y en cuarto término, si de lo expuesto por los médicos puede concluirse que el acusado actuó con dolo de realizar el delito de abandono del servicio, es decir, si en los términos del artículo 22 de la Ley 599 de 2000, conocía los hechos constitutivos de la infracción penal y quería su realización (dolo directo) o, incluso, si la previó como probable y su producción la dejó librada al azar (dolo eventual).

En el fallo absolutorio de primer grado se afirmó:

“En este documento (el certificado de incapacidad, se aclara) no se especifica si el suboficial podía estar en casa o si por el contrario debía proseguir con el cumplimiento de sus labores militares, teniendo en cuenta que no podía hacer ejercicio físico ni hacer esfuerzos con objetos pesados.

“Este caso no admite suposiciones, ni que se diga que la costumbre es que la incapacidad se pasa o no en la casa, lo que se tiene es que no se probó dónde y cómo debía cumplir la incapacidad que se le extendió al procesado y que el Comandante del batallón le hubiese autorizado estar en casa en ese lapso.

“No hay certeza sobre la comisión del punible, todo lo contrario, hay duda, por cuanto las pruebas referidas en autos no han sido suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia que protege al encartado, por lo tanto es aplicable el principio in dubio pro reo en este evento”.

Encuentra la Corte que la falta de contundencia demostrativa derivada del conjunto de pruebas recaudadas, condujo al Tribunal Superior Militar a incurrir en un error de hecho por falso raciocinio, al deducir del certificado de incapacidad que CARLOS ANDRÉS PIZARRO debió asistir del 29 de julio al 28 de agosto de 2014 a las instalaciones del Batallón de Alta Montaña a realizar actividades que no comportaran la realización de ejercicio o carga de objetos pesados, yerro a partir del cual dio por demostrado, sin estar acreditado, el punible objeto de acusación y la responsabilidad del procesado.

De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que como no consiguió probarse la materialidad del delito de abandono del servicio y tanto menos, la responsabilidad penal de CARLOS ANDRÉS PIZARRO por el mismo, se impone, al amparo del principio in dubio pro reo y en orden a garantizar su presunción de inocencia, casar el fallo de condena del Tribunal Superior Militar para, en su lugar, confirmar la sentencia absolutoria de primer grado.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. CASAR la sentencia impugnada para, en su lugar, confirmar la absolución de primera instancia proferida en favor de CARLOS ANDRÉS PIZARRO CASTRO por el delito de abandono del servicio.
2. DISPONER que el juez de primer grado cancele los compromisos del acusado, con ocasión de este asunto.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria