



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

AP1809 - 2020

Casación No. 54542

Acta n.º 162

Bogotá, D.C., cinco (05) de agosto de dos mil veinte (2020).

La Sala se pronuncia sobre los requisitos de admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA**, respecto de la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 8 de octubre de 2018, confirmatoria del fallo condenatorio emitido en su contra el 18 de abril del mismo año, por el Juzgado 44 Penal del Circuito de esa ciudad.

H E C H O S

Fueron expuestos por el *ad quem*, de esta manera:

«(i) El procesado laboró como docente en Boyacá a partir del 18 de octubre de 1982; (ii) el 1 de diciembre de 2003, presentó petición de reconocimiento y pago de pensión gracia; (iii) el 21 de noviembre de 2005, mediante Resolución N° 38890, le fue negada esa petición porque su vinculación como docente no cumplía los requisitos de las Leyes 114 de 1913 y 81 de 1989, como estar nombrado en instituciones educativas del orden nacional antes del 31 de diciembre de 1980; (iv) sabiendo que no cumplía los requisitos legales [...] dio poder al abogado Luis Gutiérrez para que tramitara el reconocimiento y pago de pensión gracia [...].

[...] (vi) el 20 de enero de 2010, el referido abogado presentó ante la Fiduprevisora Buen Futuro la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión; (vii) el apoderado del procesado aportó en su solicitud una certificación de la Gobernación de Casanare del 7 de octubre de 2009, de que el procesado fue docente nacionalizado en la Escuela Rural Monterralo del Municipio de Aguazul, según la Resolución de Vinculación N° 0226 del 15 de mayo de 1978, cubriendo, por 56 días, licencia por maternidad a la docente titular, firmada por Nelly Hernández.

(viii) Mediante Resolución UGM 016298 del 3 de noviembre de 2011, CAJANAL negó la pensión gracia, desestimando el tiempo laborado en el municipio de Aguazul; (ix) en la investigación se determinó: (a) el procesado no aparece entre los docentes que laboraron en Casanare, por lo que no existe su hoja de vida; (b) la Resolución 0225 que se cita en la certificación aportada por el procesado, corresponde a la profesora Gilma Pérez, y en la misma se encarga en su reemplazo a Pedro Socha; (c) no hay uniprocedencia en las firmas de la certificación aportada; (d) la huella en el poder que se otorgó al abogado Luis Gutiérrez corresponde al procesado; (d) según el contrato de prestación de servicios profesionales, los documentos aportados los suministró el mandante».

A N T E C E D E N T E S

1. En audiencia preliminar del 1° de julio de 2016, ante el Juzgado 7 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, la Fiscalía formuló imputación en contra de **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA** como autor responsable de los delitos de estafa agravada en grado de tentativa, uso de documento falso y fraude procesal

(artículos 27, 246, 267, numeral 2º, 291 y 453 del Código Penal), a la cual no se allanó.

2. Radicado el escrito de acusación por estas ilicitudes, el Juzgado 44 Penal del Circuito de la misma ciudad, despacho al que correspondieron las diligencias, el 2 de diciembre de 2016, llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación y el 27 de marzo de 2017 la audiencia preparatoria.

3. Culminado el juicio oral y anunciado el sentido condenatorio del fallo, dicho estrado judicial dictó sentencia el 18 de abril de 2018, mediante la cual le impuso a **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA** las penas principales de prisión de ciento ocho (108) meses, multa de 244,44 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por noventa (90) meses, al hallársele autor responsable de las conductas punibles objeto de acusación. Se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.¹

4. Apelada esta decisión por la defensa, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad -Sala Penal- el 8 de octubre de 2018.²

5. Frente a esta determinación, se interpuso y sustentó oportunamente el recurso extraordinario de casación.

¹ Cfr. Folio 229 cuaderno actuación.

² Cfr. Fl. 33 cuaderno Tribunal.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor de **ORJUELA MEDINA**, después de reseñar los hechos, identificar las partes e intervinientes, la actuación procesal surtida, justificar la procedencia del recurso extraordinario y el interés para recurrir, postula **tres cargos** en contra del fallo de segunda instancia.

Cargo primero

Al amparo de la causal prevista en el artículo 181, numeral 2°, de la Ley 906 de 2004, pide la nulidad del trámite procesal por vulneración del derecho de defensa. Lo anterior, toda vez que, afirma, el entonces apoderado del procesado *«no cumplió con los deberes a él confiados y no desarrolló una estrategia defensiva acorde con las características que el caso exigía»*. Evidenció protuberantes yerros en su gestión que condujeron a la condena, entre los cuales destaca:

i) No recomendar la aceptación de los cargos endilgados en la audiencia de formulación de imputación, pese a que, con posterioridad y de manera contradictoria, fueron reconocidos de forma tácita, al estipularse con la Fiscalía el contenido de los documentos presentados como base de la acusación.

Sostiene que «*el error en la estrategia defensiva, al haber hecho las estipulaciones que ahora son objeto de reproche, se corrobora con lo afirmado en la sentencia condenatoria de primera instancia al referirse a dichas estipulaciones y lo que con ellas se probó [...] es claro que el sentido del fallo estaba determinado y la condena era inminente y evidente [...]*».

ii) Mostrar en el juicio oral desconocimiento frente a lo convenido en estas estipulaciones, dado que solicitó tiempo para estudiar su contenido, asumiendo erróneamente que solo recaían en la identidad del procesado. «*El defensor no tenía ni idea de qué elementos probatorios documentales había estipulado, ni cuáles habían sido las consecuencias incriminatorias para su representado, inferencia a la que se llega cuando pide los documentos para revisarlos que era un acto que de haberlo ejercido en la audiencia preparatoria no hubiese llegado a unas estipulaciones, 13 en total, que sellaron el destino de condena de **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA***».

iii) No solicitar durante la audiencia preparatoria la práctica de pruebas esenciales, como la declaración de los abogados que invocaron el reconocimiento de la pensión gracia y del intermediario que convenció al acusado de tramitarla. En concreto, los testimonios dejados de practicar fueron:

a) Nelson Javier Camacho Facundo, quien contactó a **ORJUELA MEDINA** para ofrecerle servicios de asesoría y le aseguró que tenía derecho a esa prestación, so pretexto de un cambio de legislación. *«Este hecho indica que esa cadena de abogados encabezada por este personaje tiene informantes al interior de la entidad que otorga dichas pensiones, porque no de otra manera se entiende que supiera que había hecho la solicitud y el sitio donde vivía y laboraba».*

De haberse recibido su declaración, opina, se hubiera esclarecido cómo obtuvo esa información y el modo en que operaba la organización, además habría explicado *«por medio de qué artificio pretendían que en un segundo intento la pensión inicialmente negada le fuera reconocida a pesar de que le quedaba faltando el mismo requisito, es decir, no haber estado vinculado al magisterio con anterioridad a 1980».*

b) Luis Bernardo Gutiérrez Olaya *«al parecer el jefe de la organización jurídica que prestaba servicios en materia laboral para el reclamo de pensiones al personal del magisterio»* y de Edwin Farith López Gómez, Jorge Enrique Trujillo Rodríguez y Giovanni Parra, abogados que intervinieron en la reclamación administrativa, *«a través de una cadena de sucesivos poderes».*

Lo anterior, para establecer que **ORJUELA MEDINA** fue ubicado por *«una extraña organización que recibe información de los maestros a quienes se les ha negado la concesión de las pensiones».*

Ahora, aunque el abogado Gutiérrez Olaya fue citado al juicio como testigo de la Fiscalía, se excusó de asistir, lo que condujo a que no se esclareciera *«con qué artificio jurídico se hacían cargo de casos en los cuales, por el no lleno de los requisitos legales, era imposible pretender su reconocimiento y menos en este caso, en el que ya se le había negado»*.

Por la importancia de su declaración, debió la defensa solicitar su interrogatorio directo con miras a poner de relieve aquella coyuntura, ante la posibilidad de que el deponente no concurriera, o la Fiscalía desistiera de su comparecencia. *«Si se hubiera indagado por este lado se habría podido verificar que la coartada presentada por nuestro representado no era mentirosa, ni fantasiosa y sí, por el contrario, se trataba de una persona manifiestamente ingenua, porque **ORJUELA MEDINA** fue convencido que ahora sí tenía derecho a reclamar la pensión gracia en virtud de una nueva legislación que así lo reconocía»*. Ese candor, afirma, se evidencia en que pactó con sus apoderados que recibirían el 80% del valor a cobrar.

Sin embargo, la *«desidia»* condujo a que no se hubiera podido acreditar *«que nuestro defendido fue engañado por hábiles y tramposos abogados»*.

iv) No haber sustentado de manera adecuada la pertinencia y conducencia de los testimonios que rendirían sus compañeros de trabajo, acerca de cómo fue contactado

por el intermediario Nelson Javier Camacho Facundo para reclamar la pensión gracia. Por tal razón, se negó su práctica, siendo una labor argumentativa que, en su concepto, no ofrecía mayor dificultad, pero no pudo llevarse a cabo por la «*ineptitud y falta de idoneidad profesional de quien fuera “defensor” de nuestro representado*».

v) Estipular todos los documentos demostrativos de la falsedad y de la reclamación de una pensión a la que **ORJUELA MEDINA** no tenía derecho, para plantear en los alegatos de conclusión su inocencia, «*porque con los hechos que se dieron como probados en el proceso, la sentencia de condena para nuestro defendido estaba garantizada de manera irremediable*».

vi) Desconocer que la actividad probatoria es preclusiva, al pretender introducir después de la audiencia preparatoria un dictamen dactiloscópico, con el que aspiraba probar que la huella obrante en uno de los documentos firmados por el implicado no era suya. Esta pretensión extemporánea, es palmaria de la «*absoluta ignorancia*» del abogado con relación a la estructura del proceso acusatorio.

vii) No haber solicitado la exclusión de algunas evidencias recaudadas de forma ilegal y que luego se convirtieron en el soporte de la condena, por tratarse de documentos sujetos a reserva. Los mismos, sostiene, para ser obtenidos de los archivos o bases de datos encargados de su custodia requerían de autorización de un Juez de Control

de Garantías, al constituir información laboral y expedientes pensionales en los términos del artículo 24 de la Ley 1755 de 2015.

Tampoco se pidió la exclusión de otros documentos que habiendo sido recaudados cuando no tenían reserva, la adquirieron para la época de su exhibición en el juicio.

La Sala, para evitar repeticiones, volverá con posterioridad sobre el tema, ya que esta circunstancia es objeto de reproche por idénticos motivos por vía de la violación indirecta de la ley sustancial, en la modalidad de error de derecho.

Como colofón, el censor transcribe apartes de las sentencias de instancia que descartan la tesis esbozada por el entonces defensor, por carecer de respaldo probatorio, para recalcar la alegada ausencia de idoneidad profesional.

En consecuencia, pide invalidar las diligencias a partir de la audiencia preparatoria, para que un nuevo abogado realice las gestiones necesarias en aras de la defensa de los intereses del implicado.

Cargo segundo

Bajo la égida de la causal prevista en el numeral 3° del citado artículo 181, denuncia la comisión de falsos juicios de legalidad en la valoración de ciertos medios de conocimiento

aportados al trámite, al no acatarse requisitos esenciales para su validez. Divide en dos grupos los elementos de convicción en los que, estima, se verifica la infracción:

«1.- Las pruebas que no cumplieron con los requisitos esenciales de validez desde el momento de su orden por la Fiscalía y al momento de su obtención por la investigadora Paola Andrea Molina Vega».

Se refiere a la prueba n.º 6, compuesta por: i) el informe de investigador de campo del 8 de agosto de 2016, a través del cual se dio cumplimiento a la orden de trabajo del 11 de julio de esa calenda, ii) respuesta de la Unidad de Pensiones y Parafiscales UGPP, iii) fotocopia de la resolución 38890 del 21 de noviembre de 2005, que negó a **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA** el reconocimiento y pago de la pensión gracia, iv) fotocopia de los documentos que dieron origen a este acto administrativo, v) fotocopia de los documentos relacionados con la solicitud de pensión gracia elevada el 20 de enero de 2010 y vi) fotocopia de la resolución UGM 016298 del 3 de noviembre de 2011, por medio de la cual se negó de nuevo la solicitud.

Sostiene que *«todos los anteriores documentos [...] formaban parte o estaban incluidos en dos expedientes pensionales del ciudadano **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA**, uno de radicado 2005 y otro de radicado 2010»* y constituyen información confidencial, acorde con los artículos 14 y 244 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015, reglamentaria del derecho de petición.

Además, la declaración en juicio de la investigadora «se erige como prueba ilegal derivada», al fungir como testigo de acreditación respecto de la consecución anómala de la evidencia.

De igual modo, dice, el vicio comprende la estipulación probatoria n.º 2 celebrada entre Fiscalía y defensa, por medio de la cual se convino dar por probado que **ORJUELA MEDINA** no se desempeñó como docente en el departamento del Casanare y pactada con base en el oficio del 14 de junio de 2011, en el que la Secretaría de Desarrollo Social de Aguazul indicó que no laboró en ese municipio, porque ese documento se obtuvo en las mismas condiciones.

Esta información se recopiló con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1755 de 2015, que establece su confidencialidad, de ahí que su recaudo exigía la autorización de los jueces de garantías para salvaguardar el derecho a la intimidad, lo que no ocurrió, vulnerándose esa garantía y el debido proceso probatorio.

«2.- Las pruebas introducidas al juicio por el investigador Robinson Rocha Enciso, que al momento de la expedición de la orden por la Fiscalía y su obtención por el investigador no estaban protegidas por la reserva legal, pero que no podían utilizarse al momento del juicio, por requerir de la autorización del juez de control de garantías, por tratarse en ese momento de información confidencial».

La información recaudada por este investigador también se convirtió en reservada con ocasión de la promulgación de la Ley 1755 de 2015, de manera que para ser utilizada en el juicio requería ser legalizada, «saneada», a través del juez de control de garantías.

Entonces, al no cumplirse con este requisito esencial, se transgredió el derecho a la intimidad. Además, para el instante en que entró en vigencia dicha normatividad, no se había formulado imputación, ni radicado escrito de acusación, «*como para llegar a pensar que se estaba en presencia de una investigación consolidada*». Llama la atención el demandante, sobre que la Fiscalía tuvo tiempo suficiente para proceder de conformidad, pues uno y otro acto se verificaron el 1° de julio y el 20 de septiembre de 2016, respectivamente.

La irregularidad, asegura, recae en concreto en la prueba n.° 4 de la Fiscalía, contentiva de varios documentos extraídos del expediente pensional del procesado, mediante inspecciones realizadas a CAJANAL, la Gobernación de Casanare, la Secretaría de Educación de ese departamento y el Municipio de Aguazul.

Esta abarca: i) el informe de investigador de campo del 16 de agosto de 2012, que dio cumplimiento a la orden de trabajo del 11 de mayo de esa anualidad, ii) poder conferido al abogado Luís Bernardo Gutiérrez Olaya, iii) solicitud de pensión gracia elevada el 20 de enero de 2010, iv) resolución

del 8 de septiembre de 1978, que concede licencia de maternidad a la profesora Gilma Aurora de Cepeda y encarga en su lugar al maestro Pedro Socha y v) contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA** y Luis Bernardo Gutiérrez Olaya.

También la declaración de Rocha Enciso como testigo de acreditación en el juicio oral, se erige como prueba ilegal derivada. Su existencia sólo se entiende en razón de los actos de investigación que le fueron encomendados.

De otro lado, aduce que en la misma situación de ilegalidad sobreviniente se encuentran las siguientes estipulaciones probatorias, al recaer en actuaciones cumplidas por el citado investigador:

-Estipulación 1, con soporte en el oficio calendado 14 de julio de 2010, que da como hecho probado que la resolución 0225 del 15 de mayo de 1978 no fue encontrada en la Secretaría de Educación de Casanare.

-Estipulación 3, acerca de la existencia de la certificación de tiempo de servicios, del 7 de diciembre del año 2009, suscrita aparentemente por la secretaria administrativa de la Gobernación del Casanare y en la que se afirma que el procesado laboró en ese ente territorial para el año 1978.

-Estipulación 4, respecto del contenido de la certificación expedida por la gobernación de Boyacá el 18 de noviembre de 2009 y que señala que el acusado laboró en ese departamento a partir del 30 de agosto del año 1982, en el cargo de profesor de básica secundaria.

-Estipulación 7, con relación al contenido del acta de inspección realizada a la Alcaldía de Aguazul (Casanare) el 29 de junio de 2012, donde se especifica que no se halló registro de **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA** como docente en la escuela Rural de Monterralo, ni de la resolución 0225 del 15 de mayo de 1978, aparentemente proferida a su nombre.

-Estipulación 8, referente a la inspección efectuada a la secretaría de Educación de Casanare el 26 de junio de 2012, con el fin de verificar la expedición de la certificación del 7 de diciembre de 2009 y la existencia de la resolución 0225 del 15 de mayo de 1978. Se constató, una vez revisado el archivo digital y físico, que **ORJUELA MEDINA** no tuvo vinculación con la Secretaría de Educación de Casanare y que la resolución en comento, es de septiembre de 1978.

-Estipulación 11, sobre el contenido del oficio del 25 de septiembre de 2012, suscrito por Jairo Antonio Agudelo, director administrativo de la Gobernación del Casanare, mediante el cual anexa certificación relativa a que, una vez revisada la base de datos de documentos activos y retirados, no se encontró relacionado **ORJUELA MEDINA**.

-Estipulación 13, informe de investigador de laboratorio calendado 23 de agosto de 2012, suscrito por Jesús Ángel Villalba Izquierdo, grupo de grafología forense de la Fiscalía. Allí se indica que no existe uniprocedencia entre la firma de la señora Nelly Teresa Hernández Sandoval, directora administrativa de la Gobernación del Casanare, con la que aparece como suya en la certificación del 7 diciembre de 2009, donde obra que **ORJUELA MEDINA** prestó sus servicios como docente nacionalizado en la escuela rural de Monterralo del municipio de Aguazul, según resolución 0225 del 15 de mayo de 1978, por el término de 56 días, supliendo una licencia de maternidad. Se trata de una prueba ilegal derivada, en tanto el cotejo que llevó a esa conclusión, provino de un documento que con posterioridad a su recaudo se cobijó con reserva.

El casacionista, para sustentar la ilegalidad denunciada, resalta la importancia del derecho a la intimidad como garantía fundamental y reitera que era necesaria la intervención del juez de control de garantías para verificar la legalidad de la información obtenida, debido a que la información contenida en expedientes pensionales no es de libre acceso.

Recuerda que la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2007, estableció que a esos datos se accedía únicamente con orden judicial, citando como ejemplo los libros de los comerciantes, los documentos privados, las

historias clínicas y los documentos hallados en el registro del domicilio del indiciado o imputado.

No obstante, dice, «*estos no son los únicos documentos o información que por ministerio de la ley son considerados privados o confidenciales en el orden jurídico interno, porque existen otras normas que otorgan tal naturaleza a otros tipos de documentos que, por su naturaleza, son reservados o confidenciales*».

Apoya esta tesis en la Ley Estatutaria 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición, que en su artículo 24 relaciona los documentos cuyo acceso es restringido y entre los que se encuentran, conforme el numeral 3.º de dicho precepto, «*los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica*».

Ya que esa información solo puede ser solicitada por su titular, sus apoderados o personas autorizadas con facultad expresa, lo que aquí no ocurrió, ni hubo control judicial, se incurrió en errores de derecho por falsos juicios de legalidad, trascendentes en la declaración de justicia, al punto que de no haberse cometido la sentencia hubiese sido absolutoria en aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

Lo anterior, considerando que la condena se basa en las estipulaciones individualizadas con antelación. El censor transcribe apartes de las providencias de instancia, para concluir que las demás pruebas sobre las que no recae el vicio, son insuficientes para mantener la estructura de la determinación atacada.

Por consiguiente, pide que aquellos elementos de convicción sean excluidos de la actuación, se case el fallo y en su lugar proferir decisión absolutoria.

Cargo tercero

Invocando la causal prevista en el numeral 1° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, denuncia la violación directa del artículo 453 del Código Penal, por interpretación errónea.

El delito de fraude procesal, en sentir del demandante, requiere que el sujeto activo del delito haya inducido en error a un servidor público, hipótesis que no se verificó en este asunto, tal y como se reconoce en la síntesis de los hechos y en varios pasajes de la sentencia impugnada. Por contera, la conducta ejecutada no superó la fase de tentativa, de cara a la descripción típica de la ilicitud.

Cita jurisprudencia que refiere como el servidor oficial debe proferir una decisión basada en el acto engañoso desplegado con esa finalidad, para que este se consume,

según se desprende del vocablo «*inducir en error*» y de la interpretación gramatical derivada de la literalidad del precepto, en los términos del artículo 27 del Código Civil.

En estas condiciones, solicita casar parcialmente el fallo y redosificar la sanción impuesta por este delito.

Por último, anota que, de observarse vocación de prosperidad del cargo elevado por violación indirecta, ha de ser acogido con prelación a los demás. Lo anterior, puesto que conduciría a dictar proveído absolutorio de reemplazo, determinación más favorable que la declaratoria de nulidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El recurso de casación es un medio de control constitucional y legal, de carácter extraordinario, que procede cuando en las decisiones o actuaciones judiciales se presentan errores in iudicando o in procedendo que afectan de modo ostensible los derechos de las partes o intervinientes. Dichos errores se hayan comprendidos en causales taxativas, para este caso, las del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

Desde esa perspectiva, la jurisprudencia ha precisado que los errores en esta sede deben demostrarse, y que la demanda, por tanto, ha de ser un escrito claro y coherente,

acorde con la lógica que orienta la presentación de cada tipo de reproche, que se baste a sí mismo para evidenciar la existencia de un error y su idoneidad para modificar el fallo que se impugna.

Dicho escenario, no se avizora en este asunto, como se explicará a continuación, en el estudio que se hará de cada uno de los ataques propuestos por el demandante, al amparo de las causales de nulidad, violación indirecta de la ley por errores de apreciación probatoria y violación directa por errónea interpretación de la norma aplicada al caso.

1. **Cargo primero**

El reparo no consulta la metodología exigida en casación para demostrar la vulneración del derecho de defensa. Este, en su cariz técnico, según criterio reiterado de la Sala, no se acredita con los conceptos o apreciaciones que los nuevos defensores puedan tener de la actividad de sus antecesores, por cuanto *«es lógico que cada profesional, frente a un caso concreto, diagnostique y establezca su propia estrategia defensiva, de manera que no coincidir en ello no significa que se haya infringido la garantía»* (CSJ SP, 29 Abr 1999, Rad. 13315).

Aun cuando el casacionista, en este ataque, se encarga de recalcar las actuaciones que, en su concepto, son representativas de una deficiente y equivocada labor defensiva por parte del abogado que lo antecedió en el

encargo, las mismas se revelan insuficientes para acreditar la carencia de una adecuada asistencia jurídica en el trámite.

1.1. En esencia, cuestiona la teoría planteada por el defensor anterior, en el sentido de que la reclamación presentada por **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA** para el reconocimiento de la pensión, estuvo determinada por el engaño del que fue víctima por parte de una red de abogados inescrupulosos, y que su actuar estaría cobijado, por tanto, por la causal de ausencia de responsabilidad consagrada en el artículo 32.10 del código Penal.

Esta tesis, que el actor cuestiona por equivocada, se compendió en el fallo del *a quo*, del siguiente modo:

*«su cliente no realizó trámite alguno de reconocimiento de pensión de manera directa, sino que es víctima de uno de los llamados “carteles de pensiones” constituidos por abogados carentes de ética profesional [...]. Advierte que su cliente rindió testimonio haciendo revelaciones sobre su actuación, precisando que la documentación falsa fue presentada por el abogado Luis Bernardo Olaya de manera directa al momento de presentar la solicitud de reconocimiento de pensión gracia, aunado al hecho de que su representado no elaboró la documentación adulterada, ni gestionó de manera directa ese reconocimiento, sino que dada su ingenuidad, fue víctima de un “cartel” que lo asaltó en su buena fe y lo indujo a firmar un poder, génesis de sus problemas [...] mientras éste se encuentra afrontando un asunto penal, los responsables están libres y gozando de dineros que captan de personas que ingenuamente les creen».*³

Postura replicada en la apelación:

«[...] el procesado es profesor de educación física, sin conocimientos jurídicos, que fue abordado en su lugar de trabajo e inducido en error para firmar y autenticar un documento para pedir, una vez

³ Cfr. Fl. 7 sentencia primera instancia / Fl. 226 c.a.

más, la pensión gracia que le había sido negada [...] fue Luis Gutiérrez quien entregó la constancia falsa y rindió la entrevista que se aportó al juicio, donde no solo evadió la respuesta del papel espurio, sino que dijo no conocer al procesado, aspecto que confirma la revelación de éste sobre cómo fue abordado [...] las estipulaciones con la fiscalía no configuran confesión, como lo dijo el juzgador, y no pueden ofrecer dicha condición, pues el interés de la defensa se centró en conocer el autor de la creación espuria, insistiendo en que el procesado actuó con error invencible, convencido de su legalidad y sin saber tanto los antecedentes de los gestores como el origen falso del documento».⁴

Bajo ese panorama, la alegada ausencia de idoneidad profesional del abogado que venía asistiendo al procesado, se torna insostenible, porque: i) los hechos objeto de estipulación probatoria son coherentes con la estrategia exculpativa asumida, y ii) recaen en circunstancias de connotación objetiva -la improcedencia de la solicitud de pensión gracia y la falsedad de una certificación-, esto es, en sucesos plasmados de forma literal y expresa en varios documentos.

En este orden, el acuerdo sobre las estipulaciones, no se ofrece inaudito de cara a la dinámica defensiva desplegada, porque, como lo reseñó el *ad quem*, no implicaba reconocimiento de responsabilidad, ni aceptación implícita de los cargos.⁵ Cosa distinta es que esta postura no hubiera tenido éxito, pero esto no conduce a colegir que la defensa técnica fue inexistente o torpe, mucho menos cuando la crítica sobre el particular se construye a partir de la seguridad de un resultado conocido.

⁴ Cfr. Fl. 5 sentencia segunda instancia / Fl. 35 cuaderno Tribunal.

⁵ «[...] lo que se observó fue que la valoración que [...] se hizo fue con base en las reglas de la sana crítica y en conjunto con las demás pruebas [...]». (Cfr. Fl. 15 sentencia segunda instancia / Fl. 40 cuaderno Tribunal).

Por ende, la pregonada vulneración de la garantía a una defensa técnica idónea, es infundada, de cara al contenido esencial del derecho fundamental. Más aún, cuando el reproche deja de lado la demostración de irregularidades que evidencien la ausencia fehaciente de condiciones reales de defensa, oposición y contradicción, para dedicarse, en su lugar, a sugerir que la opción más viable, dadas las características del caso, era la de contemplar la aceptación de cargos.

1.2. La censura, adicionalmente, no trasciende el ámbito de lo subjetivo y especulativo en lo que tiene que ver con el alcance de las pruebas cuya práctica considera ineludible, como presupuesto para dar por sentada la presencia de una adecuada labor defensiva.

La demanda destaca la necesidad de hacer comparecer a: i) Nelson Javier Camacho Facundo, quien le ofreció a **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA** servicios jurídicos para obtener la pensión gracia, que ya le había sido negada, y ii) Luis Bernardo Gutiérrez Olaya y demás profesionales del derecho que, en su nombre, adelantaron la reclamación ante CAJANAL.

Para el casacionista, es un hecho cierto que sus declaraciones permitirían establecer «*que esa cadena de abogados [...] tiene informantes al interior de la entidad*», además que con ellas se develaría el «*artificio jurídico*» con el cual aspiraban materializar aquel reconocimiento, pese a la ausencia de los requisitos de rigor.

Esta acreditación, sin embargo, emerge discutible, en tanto implicaría que los declarantes asistieran al juicio y reconocieran públicamente que estaban incurso en actividades ilícitas, o al menos indebidas, y que el procesado fue víctima de su ilícito proceder, lo cual no deja de ser una postura especulativa, que en modo alguno prueba que la situación del procesado habría sido distinta si se hubiera agotado esta posibilidad.

Esto, para destacar que los citados medios de conocimiento no contaban con la repercusión probatoria que el recurrente les atribuye para infirmar la declaratoria de responsabilidad del procesado, ni pueden tenerse en cuenta como referente para censurar la defensa antecedente, por no haber obtenido su ordenación y recaudo.

Ahora, en lo atinente a la declaración del abogado Gutiérrez Olaya, el impugnante sostiene que, no obstante haber sido decretada a instancias de la Fiscalía, la defensa debió solicitar también su testimonio directo, ante la posibilidad de que el órgano acusador desistiera de la prueba, como finalmente sucedió.

Al margen de la incertidumbre sobre los resultados probatorios de este testimonio y su incidencia favorable para el procesado, no se explica de manera específica, a través de un ejercicio intelectual fundado en la racionalidad y no en la conjetura, por qué este testimonio redundaría a favor del procesado, ni por qué era previsible que el fiscal desistiera de su práctica.

No puede pasarse por alto que el motivo por el cual el declarante no asistió a la audiencia del 20 de octubre de 2017, no obedeció a una excusa médica incierta, en los términos expuestos en la censura, sino a un cuadro clínico de ansiedad y depresión que tenía como antecedente inmediato internamiento en el Hospital Simón Bolívar de Bogotá, entre el 27 de agosto y el 12 de septiembre de esa anualidad, según aparece en la copia del formato de epicrisis suscrito por esa institución.⁶

En las referidas condiciones, la decisión de la Fiscalía de acudir a la facultad de desistir del testimonio⁷, no se muestra preordenada, caprichosa o arbitraria. Y aun cuando se hubiese alegado indisponibilidad del testigo, con el fin de incorporar la entrevista que rindió durante la investigación como prueba de referencia, su contenido hubiese sido probatoriamente inidóneo para liberar de responsabilidad al acusado, si se coteja la cita que de ella efectuó la defensa:

*«no solo evadió la respuesta del papel espurio, sino que dijo no conocer al procesado, aspecto que confirma la revelación de éste sobre cómo fue abordado [...]».*⁸

Esto, para subrayar que el cargo no acredita, ni logra siquiera explicar en grado de aproximación, cuál habría sido la relevancia de estas pruebas en orden a revelar una

⁶ De hecho para la época en que se esperaba que Gutiérrez Olaya asistiera al juicio, se encontraba bajo prescripción farmacológica (Cfr. Fl. 125 y s.s c.a).

⁷ Cfr. audiencia 20 de octubre de 2017, récord 03:08 y s.s.

⁸ Cfr. Fl. 6 sentencia segunda instancia / anverso Fl. 35.

realidad distinta a la plasmada en la sentencia impugnada, favorable para el procesado.

Es más, resulta contradictorio plantear que, con todo y las falencias del cuestionado abogado, algunas de las declaraciones que invocó contaban con la capacidad de evidenciar el pregonado engaño del que dijo fue víctima **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA**, porque fustiga la estrategia defensiva adoptada y de manera simultánea le confiere validez.

1.3. En cuanto a las alegaciones relacionadas con la deficiente sustentación en la audiencia preparatoria de la conducencia y pertinencia de las declaraciones de Gladys Aponte Camargo, Nubia Alvarado Corrales y Emperatriz García Ortiz, que ratificarían que **ORJUELA MEDINA** fue contactado por un intermediario que conocía que la pensión gracia le había sido negada por CAJANAL, si bien la sustentación no es un modelo argumentativo, por lo genérico de los fundamentos,⁹ lo cierto es que esas deficiencias no incidieron en la condena.

La decisión adversa a la práctica de estos testimonios se hizo radicar en su carácter superfluo,¹⁰ pues el tema objeto de prueba también pretendía ser acreditado con las declaraciones del acusado y su esposa, quienes concurrieron al juicio, siendo dicho aspecto materia de evaluación en los fallos de instancia, como pasa a verse:

⁹ Cfr. audiencia preparatoria 27 de marzo de 2017, récord 1:55:13 y s.s.

¹⁰ Cfr. récord 2:51:50 y s.s. ibidem.

«La defensa presentó en juicio la atestación de la señora Luz Nelcy Ramírez Perilla -cónyuge del procesado- [...] recuerda que en noviembre de 2009 cuando llegaron del trabajo, su esposo le comentó que un señor fue a buscarlo al colegio donde él laboraba, diciéndole que él sabía que le habían negado la pensión gracia por no cumplir requisitos, sin embargo, había “salido” una nueva normatividad que permitía a los docentes vinculados después del año 1980, obtener el reconocimiento y pago de ese beneficio, razón por la cual firmó unos documentos para que le llevara el “caso” un señor “Nelson”, cuyo apellido no recuerda [...].

[...] [El] hoy enjuiciado [...] sostiene que en el año 2009, se acercó el señor Nelson Javier Camacho Facundo a la institución educativa donde laboraba a informarle que sabía que su pensión le fue negada y que para el reconocimiento de la pensión gracia para los docentes vinculados después de 1980, regía una nueva resolución y aunque él le explicaba que no tenía derecho, el sujeto lo convenció.

Por tanto, leyó con detenimiento y diligenció unos documentos -que le llegaron por correo electrónico- y otorgó poder a unos abogados que no conoció para que tramitaran la pensión gracia. Aclara que por medio de una empresa de correo le hizo llegar toda la documentación necesaria al abogado de apellido Trujillo y cuando se comunicaba con aquel, le respondía el señor Camacho Facundo, tranquilizándolo, informándole que “todo iba bien”.

Precisa que desde el momento en que otorgó poder al instante en que recibió comunicación de la no concesión de la prestación perseguida, no conoció a ningún abogado».¹¹

Además, el casacionista omite considerar que la condena no sobrevino exclusivamente por la falta de corroboración de las exculpaciones a las que se ha hecho mención en las transcripciones anteriores. A tal situación se sumó que estas no consultaban las reglas de la experiencia, según lo señalado por los juzgadores de instancia, quienes destacaron que en el poder suscrito para adelantar la reclamación, **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA** aparecía

¹¹ Cfr. Fl. 15 sentencia primera instancia / Fl. 222 c.a. En similares términos se expresó el *ad quem* con relación a estas declaraciones (cfr. Fl. 13 sentencia segunda instancia / Fl. 39 cuaderno Tribunal).

como quien aportaba los documentos presentados con tal finalidad:

«[...] para el despacho no es de recibo que el encartado haya sido asaltado en su buena fe, dejándose “convencer” de un desconocido de que tenía derecho al reconocimiento de la pretensión (sic) pretendida -cuando afirmó en su atestación que sabía que no le asistía derecho alguno para ello- por lo cual accedió a leer y firmar una documentación que le fue enviada por correo electrónico y de la cual curiosamente nunca adujo copia ni especificó de qué se trataba y/o su contenido, para que unos abogados que no conocía tramitaran a su nombre la solicitud.

Considera el juzgado, que no es así como suceden las cosas de un modo ordinario, es decir, el común de la gente no actuaría de la forma en que presuntamente actuó el encartado -quien no debe olvidarse que por su grado de formación, profesional, especializado, se le presume una persona con poder de discernimiento-, ya que se tiene que la regla cultural y/o el sentido común dicta que una persona que no conoce a un similar, que no ha tratado directamente con él y con el cual no ha creado un vínculo de confianza, no va a legitimarle para que administre sus negocios o para que actúe por él en trámites de distinta índole [...].¹²

«En el recurso se adujo que el procesado fue inducido en error, y si bien no explicó en qué consistió esa inducción, éste reconoció su exceso de confianza y falta de diligencia en su rol de poderdante, pues aunque tenía la obligación de conocer a su contratista y verificar las labores que él adelantaba, no lo hizo. Así mismo, no se probó que el procesado haya sido obligado a firmar el poder, pues en su relato indicó que, luego de hablar con la persona que contactó, se dejó convencer y firmó los documentos, uno de los cuales prevé, expresamente, que era él quien suministraba los documentos base de la demanda y respondía por su autenticidad».¹³

No se advierte, en consecuencia, que la decisión impugnada haya estado determinada por actuaciones o actividades vinculadas con la alegada ausencia de defensa, pues lo que muestra el proceso, opuestamente a lo sostenido por el casacionista, es que el ejercicio defensivo se proyectó

¹² Cfr. Fl. 18 sentencia primera instancia / anverso Fl. 221 c.a.

¹³ Cfr. Fl. 15 sentencia segunda instancia / Fl. 40 cuaderno Tribunal.

a partir de una tesis plausible, que resultaba razonable frente a la realidad probatoria existente.

Es de interés resaltar que el procesado estuvo presente en las audiencias del trámite, percatándose del devenir de la actuación. En la audiencia de formulación de imputación, la juez de control de garantías le explicó en detalle sus alcances y posibilidades, entre las que se encontraba allanarse a los cargos endilgados, pero declinó esa alternativa.¹⁴ Lo mismo sucedió en las oportunidades ulteriores (acusación, preparatoria y juicio oral), donde se le brindó esa posibilidad. Empero, manifestó ser inocente, incluso renunció a su derecho a guardar silencio para asistir como testigo al juicio.

La dignidad humana, máxima fundante del Estado Social de Derecho y del procedimiento punitivo, implica proteger por vía jurídica la autodeterminación de la persona sobre la que recae la acción penal. Esta no puede ser objeto de injerencias indebidas y el derecho de defensa supone respetar cualquier criterio que se asuma frente al particular, incluso la contumacia o el silencio.

Por eso, las manifestaciones de aceptación de cargos que se realizan de manera consciente, voluntaria e informada en el curso de la actuación, no pueden dejarse sin efectos solo porque su titular decide replantear la posición adoptada, o se arrepiente de ella, conforme se advierte en este asunto, donde a través de la alegación amparada en una supuesta

¹⁴ Cfr. audiencia del 1.º de julio de 2016 (Fl. 40 c.a).

ausencia de defensa técnica, lo que realmente se busca es replantear una postura estratégica, con el argumento de que lo consecuente con la actividad defensiva era la aceptación de cargos.

Así las cosas, se recalca, no tiene cabida pregonar que la condena en este asunto estuvo determinada por causa de una indebida asesoría o que hubo una situación de indefensión al respecto, lesiva de garantías fundamentales.

1.4. En esta secuencia, resultan inanes las críticas formuladas a la gestión realizada por el entonces defensor para desvirtuar la presunción de legalidad del fallo. El casacionista cuestiona, por ejemplo, que al inicio del juicio oral hubiera pedido revisar las estipulaciones probatorias, para mostrarlo como un abogado inseguro e inexperto, pero al cotejar lo sucedido, se establece que lo que solicitó fue una verificación documental, que la juez a quo calificó de improcedente.¹⁵

Es decir, se evoca una circunstancia ajena al alcance y naturaleza de los hechos acordados como probados en las estipulaciones. De hecho, a la postre se accedió a la revisión solicitada por el abogado cuestionado, quien manifestó no tener objeción.¹⁶ En este punto, el casacionista tergiversa lo realmente sucedido.

¹⁵ Cfr. sesión de juicio oral del 18 de julio de 2017, récord 25:30 y s.s.

¹⁶ Cfr. récord 28:05 ibidem.

Igual acontece con el cuestionamiento que se hace a la actividad del defensor por haber pretendido incorporar al proceso, de forma extemporánea y sobreviniente, un dictamen grafológico (insuficiente para excusar de responsabilidad al procesado, al señalar que la huella dactilar obrante en uno de los documentos allegados a CAJANAL no era suya), atendiendo que se trata de una imprecisión irrelevante.

Esta impertinente pretensión, no permite llegar a las conclusiones de inidoneidad que el recurrente le atribuye, porque bien pudo obedecer a una pretensión consciente, pero, además, porque de aceptarse que fue producto de la ignorancia, surge aislada dentro del conjunto de actividades propias de su rol, en desarrollo del cual aportó pruebas y ejerció el derecho de contradicción. Todo ello, dentro de las posibilidades discursivas que arrojaba la postulación jurídica y probatoria del ente acusador.

1.5. En suma, el censor construye una hipotética transgresión al derecho de defensa desde la percepción de lo que para él sería una gestión óptima, postura que, por sí misma, resulta inidónea para acreditar el cargo, porque la normatividad legal, ni la práctica judicial, establecen parámetros de estrategia que vinculen la actividad de los defensores en el proceso penal.

La pretensión que subyace en este cargo, es además incierta, porque se demanda la nulidad de lo actuado para que un nuevo defensor recaude los testimonios echados de menos y corrobore el engaño pregonado por el procesado,

pero no se suministra ninguna información que permita anticipar cuál sería el contenido de sus declaraciones, ni la incidencia que tendrían en la definición del asunto, ni sobre las posibilidades de su comparecencia.

Toda la alegación, como ya sea dijo, se construye sobre el supuesto de que estos testigos que no declararon concurrirán al juicio y declararán, (i) que intervinieron directamente en los hechos delictivos, y (ii) que engañaron al procesado, es decir, en simples conjeturas y suposiciones, en una petición de principio, que contradice abruptamente el principio casacional que enseña que las afirmaciones que sustentan los cargos deben probarse.

Tratándose de Nelson Javier Camacho Facundo, por ejemplo, no hay datos de ubicación, según lo consignado por el Tribunal al examinar la declaración del procesado.¹⁷ Y en relación con Giovanni Parra, la referencia sobre su participación solo proviene de lo dicho en entrevista por el abogado Luis Bernardo Gutiérrez Olaya, acerca de que él era el encargado de obtener la documentación por parte de los docentes para adelantar reclamaciones de pensión gracia, como quiera que no tenía contacto con los peticionarios.¹⁸

¹⁷ «Indicó que al único que conoció fue a Nelson Javier, a los demás abogados no los conoció físicamente y que no se comunicó con los abogados telefónicamente. No ofreció ningún dato de ubicación de Nelson Camacho» (Cfr. Fl. 13 sentencia de segunda instancia / Fl. 39 cuaderno Tribunal).

¹⁸ Apartes de dicha entrevista aparecen consignados en el informe de la investigadora Paola Andrea Molina Vega, a los cuales se refirió el Tribunal en su providencia: «[...] éste informó que no tenía contacto con los docentes y contaba con asesores encargados de hacer el negocio con éstos, y que la documentación la recibía de Giovanni Parra, sin saber quién tramitó la solicitud de certificación laboral en la Gobernación del Casanare a nombre del procesado» (Cfr. Fl. 12/anverso Fl. 38 ibídem).

Entonces, no se avizoran elementos de juicio que permitan advertir, de manera razonable, la trascendencia real de las pruebas que se afirma omitidas y que conducirían a un resultado diverso del que acoge el fallo atacado. Esto repercute en la ausencia de motivos que impongan la admisión del cargo para la realización de los fines del recurso.

Que el defensor anterior hubiera estipulado con la fiscalía la existencia y contenido de los documentos que fueron presentados a CAJANAL para el reconocimiento y pago de la pensión gracia,¹⁹ tampoco es señal de ineptitud del abogado, ni prueba de una asesoría equivocada, ni nada parecido, pues aparte de que la normatividad procesal permite hacerlo, no es cierto, como lo insinúa el casacionista, que el defensor hubiera reconocido la responsabilidad penal de su representado, dado que las estipulaciones probatorias materia de estudio solo recogen datos y sucesos objetivos reflejados en archivos documentales.

2. Cargo segundo

Esta censura sostiene que los documentos que contienen las circunstancias estipuladas tenían que ser sometidos a control de los jueces de garantías, por albergar información vinculada con la intimidad de **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA**, protegida por la normatividad legal. Se

¹⁹ Cfr. Resolución UGM 016298 del 3 de noviembre de 2011 (Fl. 154 c.a).

afirma que no haber cumplido con ese protocolo, afecta la legalidad de la prueba y, por ende, deben excluirse.

Para abordar la discusión, la Corte previamente hará referencia al contexto jurídico que rodea el derecho a la intimidad y el derecho de petición, luego reseñará la naturaleza constitucional de los datos personales, para finalmente examinar el modo en que el casacionista construye el cargo.

2.1. Acerca del derecho a la intimidad, la Sala, evocando a la Corte Constitucional, ha señalado:

«El derecho fundamental a la intimidad se proyecta en dos dimensiones: (i) como secreto que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados, o (ii) como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada.

En este sentido, el derecho a la intimidad es un derecho de status negativo, o de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, a la vez que un derecho de status positivo, o de control sobre las informaciones que afecten a la persona o la familia.

Mediante este derecho se asegura a la persona y a su familia un reducto o espacio físico inexpugnable, en el que es posible encontrar el recogimiento necesario para proyectar libremente la personalidad, sin las intromisiones propias de la vida en sociedad». (CSJ SP 3956-2019)

De otro lado, el derecho de petición constituye una garantía fundamental de comunicación, información y control, de interacción entre el Estado y la ciudadanía (incluso entre esta y particulares) encaminada a prohijar que las solicitudes de sus integrantes, con relación a temas que son

de su competencia, ya sean de interés general o particular, tengan respuesta clara.

Una de sus principales aristas está compuesta por el acceso a la información que, como lo ha precisado la Corte Constitucional desde sus primeros pronunciamientos sobre el tema, se trata de una facultad *«cuya efectividad resulta indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente el servicio de la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la participación de todos en las decisiones que los afectan, así como para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas»* (sentencia T-012 de 1992).

Ello no quiere decir que las peticiones encaminadas a recabar información obrante en archivos de entidades oficiales, deban siempre resolverse de forma favorable, porque el límite para ello es la posible afectación que pueda ocasionar, por ejemplo, en el derecho a la intimidad.

2.2. En ese orden, dicha Corporación ha decantado los grados de intromisión que pueden comprometerla de acuerdo a la naturaleza de los datos materia de solicitud, clasificándolos, desde el punto de vista cualitativo, en función de su publicidad y posibilidad legal de acceso, en:

- i) públicos o de dominio público,
- ii) semi-privados,
- iii) privados y

iv) reservados o secretos:²⁰

«La información pública, calificada como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución, y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas; igualmente serán públicos, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia [...] puede solicitarse por cualquier persona [...] y sin el deber de satisfacer requisito alguno.

En segundo término se encuentra la información semi-privada, siendo aquella que por versar sobre información personal o impersonal y no estar comprendida por la regla general anterior, presenta para su acceso y conocimiento un grado mínimo de limitación [...] sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales. Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social o de los datos relativos al comportamiento financiero de las personas.

Luego se tiene la información privada [...] que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio.

Finalmente se encuentra la información reservada, que por versar igualmente sobre información personal y sobre todo por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular -dignidad, intimidad y libertad- se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados "datos sensibles"²¹ o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc.» (T-487 de 2017).

²⁰ Esta clasificación ha sido usada en varios pronunciamientos, entre ellos, sentencias T-729 de 2002, C-1011 de 2008, C-748 de 2011, T-828 de 2014.

²¹ En la Sentencia T-307 de 1999, sobre la llamada información "sensible", la Corte afirmó: "...no puede recolectarse información sobre datos "sensibles" como, por ejemplo, la orientación sexual de las personas, su filiación política o su credo religioso, cuando ello, directa o indirectamente, pueda conducir a una política de discriminación o marginación".

Así mismo, la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad de la norma invocada por el recurrente (sentencia C-951 de 2014), señaló lo siguiente:

*«Si bien la Corte comparte lo dicho por los intervinientes, en tanto la indeterminación en la redacción de la norma puede conducir a un entendimiento de la misma que resulte desproporcionado e irrazonable, toda vez que no especifica cuál es la información que hace parte de los documentos relacionados que constituye o cuya divulgación puede llevar a una vulneración del derecho a la intimidad o privacidad de las personas, considera que lo anterior no conduce a la inconstitucionalidad de la norma, pero sí a que el alcance de su contenido se deba interpretar de manera sistemática e integrada, **toda vez que como ya se ha advertido del mismo texto del numeral 3 se deduce que no se trata de la reserva de las hojas de vidas, la historia laboral o los expedientes pensionales en su totalidad, sino de apartes específicos que hagan alusión a datos que involucran la esfera de intimidad y privacidad de las personas [...]**.*

*[...] En consecuencia, no todos los datos que reposan en las hojas de vida, la historia laboral, los expedientes pensionales y demás registros de personal están cobijados por la reserva, sino solamente aquellos que tocan con el ámbito privado e íntimo de las personas, que se han considerado como **datos sensibles**. Por el contrario, no estarán sujetos a reserva aquellos datos que tengan relevancia pública y no encajen en la categoría de datos personales sensibles» (Resaltado de la Sala).*

2.3. En la demanda, la argumentación ofrecida como base del reparo pretermite la teleología de los derechos a la intimidad y de petición, y parte de la falsa premisa de que la Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula este último, le dio carácter confidencial a «*la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas*»,²² lo que daría lugar a control judicial, en los términos del artículo 244 de la Ley 906 de 2004.

²² Artículo 24, numeral 3.º, del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1.º de dicha normatividad.

La acreditación del error de derecho por falso juicio de legalidad, no se satisface indicando la prueba sobre la cual hipotéticamente recae la irregularidad. Es necesario, además, acreditar en qué consistió la contrariedad normativa que afecta la validez del medio, al igual que su trascendencia, en orden a desvirtuar la presunción de acierto y legalidad de la decisión atacada.

En este punto, el reproche carece de idoneidad sustancial, porque el casacionista sostiene que se desconoció una regla de producción de la prueba (control judicial), pero no logra acreditar que la regla que afirma desatendida fuese exigible para el caso en estudio, en relación con los documentos de distinta índole que integraban los procesos pensionales de CAJANAL.

En efecto, la reserva legal de la información contenida en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales, no puede entenderse en abstracto, de manera genérica, como lo expone el casacionista en su reclamo, porque la autorización que invoca, como viene de verse, solo opera para los datos que involucran la intimidad de la persona, la esfera de su privacidad.

Los documentos que conforman el expediente pensional de **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA**, no están amparados por este ámbito de protección, porque la información que allí reposa se integra de documentos que no refieren aspectos que tengan que ver con el núcleo esencial

de su derecho a la intimidad. No tienen la connotación de *datos sensibles*, ni se vinculan con la «*esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas*».²³

Y no puede ser de otra manera, si se tiene en cuenta que el ejercicio de su labor como docente no corresponde a una actividad que mantuvo aislada con relación a su grupo social, la comunidad o los individuos con los que compartió mientras desempeñó aquel rol. Por el contrario, esos datos reflejan un vínculo legal y reglamentario conocido por todos los que de una u otra forma tenían que ver con él, incluidas las instituciones estatales llamadas a designarlo en esa posición, la cual no puede olvidarse corresponde a un cargo público.

Además, la sentencia de constitucionalidad citada por el recurrente como fundamento de su tesis (C-336 de 2007), señala de manera explícita que «*los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social*» constituyen información semiprivada, lo que descarta la necesidad de intervención de los jueces de control de garantías para su acopio, con las salvedades allí anotadas y que no concurren en este evento.

2.4. Aunado a lo anterior, confluencia a restarle entidad al reproche que, contrario a lo consignado en la demanda, aquí no se está propiamente ante una búsqueda selectiva en bases

²³ Definición que aparece en la sentencia C-336 de 2007.

de datos, como allí se pregona, ya que la información obrante en los documentos catalogados ilegales, recaudados por los investigadores Robinson Rocha Enciso y Paola Andrea Molina Vega, fue aportada inicialmente por la abogada de asuntos penales de CAJANAL, Carmen Leñise Perilla Almeida, con la denuncia formulada el 26 de octubre de 2011.

En la *noticia criminis*, se destacó la presentación de una constancia suscrita en apariencia por una funcionaria del departamento de Casanare, en la que se indica que según resolución 0225 del 15 de mayo de 1978, el procesado había prestado servicios como docente nacionalizado en la escuela rural de Monterralo del municipio de Aguazul por 56 días, la cual, al ser constatada por el Patrimonio Autónomo Buen Futuro y la firma CYZA outsourcing, incluído un estudio grafológico, permitió advertir que no correspondía a la realidad.

Con la denuncia se allegaron, entre otros, los siguientes documentos:

«[...] 6. Copia de derecho de petición - solicitud de información a la Secretaría de Educación Departamental Gobernación del Casanare - Yopal, 26/01/2010.

7. Copia de solicitud de información derecho de petición PAB Buenfuturo, 02/05/2011, a la Jefe de Talento Humano Secretaría de Educación Alcaldía de Aguazul.

8. Copia de Certificado 0225 del 15 de mayo de 1978, aportado por el apoderado de **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA**, en el cual informa la prestación de servicios como docente, resolución de vinculación por el término de 56 días cubriendo una licencia de

maternidad, firmada por la señora Nelly Teresa Hernández de Sandoval.

*9. Información emanada del Director Administrativo del Sistema de Gestión de Calidad, Proceso Gestión documental, de la Gobernación de Casanare, la que (sic) informa no existencia del nombre de **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA** como docente ni la hoja de vida como docente [...].²⁴*

Entonces, la crítica es intrascendente, por cuanto la información catalogada ilegal no tuvo como fuente exclusiva los datos recopilados por los investigadores. Se originó en la corroboración efectuada por el área administrativa de CAJANAL, una vez **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA** allegó por conducto de su abogado la solicitud de reconocimiento de pensión gracia, labor de contraste relatada de manera pormenorizada por la doctora Perilla Almeida en su declaración en el juicio, con apoyo en diversa documentación.²⁵

La realidad que en su momento arrojó la misma, se ratificó luego con las gestiones agotadas por la policía judicial, las que, se insiste, dejaron constancia de situaciones objetivas, plasmadas en múltiples oficios y certificaciones.

2.5. De otra parte, es de suma relevancia tener presente que los datos en cuestión fueron aportados por **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA** cuando allegó a CAJANAL diversas constancias de tiempo de servicios como soporte de sus solicitudes de pensión gracia, las cuales dieron lugar a

²⁴ Cfr. Fl. 121 c.a.

²⁵ Cfr. sesión de juicio oral del 18 de julio de 2017, récord 37:48 y s.s.

la verificación correspondiente por esa entidad, obteniéndose los resultados conocidos.

Por ende, se observa que el cargo carece de entidad para develar la posible vulneración de su derecho a la intimidad, garantía cuya custodia explicaría la reserva legal para el acceso a la información, al no advertirse el modo en que el procesado, como titular de ella, poseía interés en evitar que fuese divulgada, al ser él mismo quien la exhibió.

En hipótesis afines, la Sala se ha expresado en estos términos:

«Por obvias razones, las reservas judicial y legal atrás referidas no se activan cuando el ciudadano, por un acto de liberalidad, decide renunciar a la expectativa razonable de intimidad que tiene frente a sus comunicaciones privadas y opta, como en este caso, por entregar a las autoridades los dispositivos donde las mismas están almacenadas, con la inequívoca intención de que se extraiga la información relevante para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación [...].

[...] Debe resaltarse que en la práctica judicial esos actos de liberalidad suelen ocurrir con frecuencia, especialmente cuando las personas renuncian a la expectativa razonable de intimidad que tienen frente a una determinada información con el fin de que el Estado la utilice para fines penales. Ello sucede, por ejemplo, con las historias clínicas que algunas víctimas suministran al momento de la denuncia, la entrega de cartas u otras formas de comunicación privada que contienen información relevante para el esclarecimiento del delito, el suministro de conversaciones telefónicas que quedan registradas en algún dispositivo, etcétera.

A la luz del anterior marco normativo, se tiene que la apoderada judicial del senador EV estructuró la petición de exclusión sin tener en cuenta que el teléfono de donde fue sustraída la información objeto de censura fue entregado voluntariamente por quien tenía expectativa razonable de intimidad frente al mismo, tal y como lo ha reiterado ONBB en sus diferentes intervenciones ante las autoridades [...]. Mirado desde la óptica del artículo 29 de la Constitución Política, no explicó de qué manera se trasgredió un derecho o una garantía fundamental (según ella la intimidad), al

punto que sea procedente una decisión tan gravosa como la exclusión de "pruebas", con las consecuencias que de ello pueden derivarse para la recta y eficaz administración de justicia [...].

Por tanto, no se trató de un acto de investigación orientado a limitar el derecho a la intimidad en los términos de los artículos 15 de la Constitución Política y 236 de la Ley 906 de 2004, lo que hace inoperantes las salvaguardas dispuestas para este tipo de intervención estatal». (CSJ AP 5391-2017).

En suma, para que este cargo pudiera ser estudiado de fondo por la Corte, debía acreditar en forma concreta por qué razón la incorporación de los referidos documentos debían someterse al control judicial, situación que, como se ha dejado visto, aquí no se demostró, ni aparece tampoco que fuera presupuesto de legalidad para la validez de las pruebas (CSJ AP 2372-2019).

3. Cargo tercero

Esta censura predica violación directa de la ley sustancial, por errónea interpretación del artículo 453 del Código Penal, que define el fraude procesal, con apoyo en jurisprudencia de la Sala que a la fecha ha sido revaluada.²⁶

La postura vigente sobre el tema, precisa que la consumación del delito de fraude procesal no requiere que el sujeto agente induzca efectivamente en error al funcionario público, porque el ilícito es de mera conducta y no de resultado (CSJ AP, 30 Jun 2010, Rad. 32397).

²⁶ El censor cita CSJ SP 21 May. 1990, SP 02 Mar. 1994 y SP 15 Ago. 1995.

La Sala, al abordar este aspecto, ha examinado las diferencias entre la *consumación* y el *agotamiento* del delito, estableciendo que la primera noción apunta a la ejecución de todos los elementos del tipo penal, según se verificó en este evento, mientras que la segunda se relaciona con el logro de una finalidad específica (CSJ SP 3631-2018).

Esta última variable, es la que explora el demandante para equiparar ambos conceptos. Sin embargo, la Corte, de manera reiterada, ha dicho que la protección de la función pública incluye su protección anticipada frente a riesgos derivados del ejercicio de maniobras fraudulentas, orientadas a afectar su actividad ceñida a la legalidad (CSJ SP 3250-2019, CSJ AP 2281-2019, CSJ SP 2299-2019).

En este caso, el proceder engañoso del procesado, orientado a inducir en error a CAJANAL, se desplegó y consumó al margen de la obtención del resultado, por lo que el ataque elevado por violación directa de la ley sustancial resulta infundado.

4. Por las razones anotadas, la Sala, según se anticipó, inadmitirá la demanda estudiada y ordenará la devolución del proceso al Tribunal de origen, no advirtiendo violaciones a garantías fundamentales que esté en el deber de proteger de manera oficiosa.

5. Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, en los términos indicados en la providencia del 12 de diciembre de 2005, proferida en el radicado 24322.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,**

R E S U E L V E

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de **HÉCTOR JULIO ORJUELA MEDINA.**

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia

Cópiese, comuníquese, y cúmplase



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



GERSON CHAVERRA CASTRO


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

202


FABIO OSPITIA GARZÓN


EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal@2020