



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 18 DE 30 DE OCTUBRE DE 2011

1. **PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN**

1.1. Sala Civil

1.1.1

LA GARANTÍA DE CONDUCTA SE PROYECTA DURANTE LA VIDA DEL CONTRATO, PORQUE ES LA PROMESA, O SEA LA OBLIGACIÓN QUE ADQUIERE EL ASEGURADO DE HACER O NO HACER Y DE CUMPLIR UNA DETERMINADA EXIGENCIA, POR LO QUE SU OBSERVANCIA ES ESTRICTA. ES POR ELLO QUE SU INFRACCIÓN ORIGINA LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO, FACULTAD QUE PUEDE EJERCER EL ASEGURADOR ANTES O DESPUÉS DEL SINIESTRO.¹

Se ha sostenido, que la misión del intérprete, es la de recrear la voluntad de los extremos de la relación contractual, por lo que su labor debe circunscribirse, únicamente, a la consecución prudente y reflexiva del aludido logro, en orden a que su valoración, de índole reconstructiva, la debe hacer sin eclipsar el querer de los convencionistas ni conducir a su suplantación, para lo cual deberá estarse a las reglas que para el efecto consagran los artículos 1618 y subsiguientes del C.C., tomando en consideración, en todo caso, que el método indicado para la interpretación de un contrato es el que tenga en cuenta la totalidad de su texto, habida consideración que de ningún modo resulta aceptable aquel que apartándose de dichas normas pretenda hacerle producir a la convención efectos contrarios a los que de su conjunto se concluyen.

De conformidad con el artículo 1036 del C. de Comercio el contrato de seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.- Su característica es la transmisión de un riesgo mediante el pago de un precio y por el hecho de recibir ese precio el asegurador asume sobre su propio patrimonio el riesgo que gravitaba en el patrimonio del asegurado².

El contrato de seguros es por esencia de carácter indemnizatorio, pues, con él se busca restablecer la situación económica afectada por un siniestro, sin que jamás pueda constituirse para el asegurado en una fuente de lucro; el seguro implica, como lo afirma el tratadista Efrén Ossa en su libro “Tratado Elemental de Seguros, 1962 págs. 43 y 44, la traslación de riesgos, es decir, de aquellos eventos que comportan una posibilidad de pérdida.

Las características del contrato de seguro contenidas en el artículo 1036 transcrito, implican la necesidad que ellas se encuentren plasmadas en todo contrato, como es el hecho de la *bilateralidad*, en donde cada una de las partes asume una obligación específica, de un lado, el pago de la prima y del otro, el cumplimiento de la prestación pecuniaria una vez ocurrido el siniestro; la *onerosidad*, porque a la futura prestación del asegurador se contrapone la actual prestación del asegurado de pagar la prima; su carácter *aleatorio* porque al momento de la celebración del contrato no se sabe cuánto, o cuándo le tocará al asegurador pagar la prestación, ni si tendrá que pagarla; la naturaleza de *contrato de ejecución continuada* por ser un vínculo continuo de las partes por un periodo más o menos largo.- Finalmente, es importante tener claro que este tipo de contratos es fundamentado en la “**buena fe**” no sólo en su celebración sino también durante su ejecución.

Como puede apreciarse esta estipulación es de relevante importancia en este tipo de negocios jurídicos en la medida que la misma resulta determinante del consentimiento del asegurador, o una carga que contrae el tomador o el asegurado en virtud del contrato.

“Para la doctrina si es lo primero, la infracción de la garantía conlleva la anulación del contrato. Si es lo segundo “el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción”, de donde surge la relación indiscutible que tiene con el riesgo asegurado, relación que, al decir de OSSA G, debe ser tal que signifique influencia positiva en el riesgo. En vía de ejemplo y para el seguro de incendio, la imposición al asegurado de no mantener sustancias inflamables en la instalación asegurada, o la presencia permanente de vigilantes nocturnos en los seguros de hurto. De todas formas esa relación debe ser tal que signifique influencia en el riesgo, esto es que “tienda a hacerlo así sea levemente más azaroso”.

De la definición del artículo 1061 y en relación con lo que se analiza, se infiere que las garantías son de dos clases: *afirmativas* y *de conducta*. Las primeras corresponden a la declaración por la cual el asegurado afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho, entendiéndose coetáneas a la celebración del contrato, por lo que es en ese momento cuando debe identificarse su infracción en virtud a la disconformidad entre la declaración y el hecho sobre el que recae; de manera que ante tal discordancia se originará la *anulabilidad* del contrato.

La garantía de conducta se proyecta durante la vida del contrato, porque es la promesa, o sea la obligación

¹ Sent. del 14 de mayo de 2010 M.P. Ariel Salazar Ramírez Exp.2005-338-01.

² Garigues Joaquín Curso de Derecho Mercantil Tomo IV págs., 260”



que adquiere el asegurado de hacer o no hacer y de cumplir una determinada exigencia, por lo que su observancia es estricta. Es por ello que su infracción origina la *terminación* del contrato, facultad que puede ejercer el asegurador antes o después del siniestro.³ (Negrillas fuera de texto).

Emerge de lo anotado, que dentro del marco del contrato de seguro se ha previsto la posibilidad que el asegurador imponga al tomador o al asegurado, el cumplimiento de ciertas obligaciones, que dada la relación directa con la declaración del estado de riesgo, su desconocimiento puede afectar de nulidad el contrato, o permitir que se dé unilateralmente por terminado, según se trate de garantías que deban verificarse coetáneamente a su celebración o con posterioridad a ello.

Como parte fundamental en este tipo de contratos y en aras de la asunción del riesgo, el Legislador patrio estableció en el artículo 1061 del Código de Comercio lo referente a la obligatoriedad de las garantías, precisando lo siguiente:

“ARTICULO 1061. DEFINICIÓN DE GARANTÍA. Se entenderá por garantía la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho.

La garantía deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella. Podrá expresarse en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla.

La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, el contrato será anulable. Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción”.

Esta estipulación contractual, propia del contrato de seguro, “supone una declaración del tomador (afirmativa o negativa) que, consignada en la proposición de seguro o incorporada en el clausulado de la póliza, debe entenderse determinante del consentimiento del asegurador. O una obligación o carga que contraen el tomador o el asegurado en virtud del contrato”⁴.

Como puede apreciarse esta estipulación es de relevante importancia en este tipo de negocios jurídicos en la medida que la misma resulta determinante del consentimiento del asegurador, o una carga que contrae el tomador o el asegurado en virtud del contrato.

Por último, ella debe cumplirse estrictamente. En la Exposición de Motivos del proyecto de 1958, la Comisión redactora claramente expresó que “La garantía sea o no sustancial al riesgo, ha de ser objeto de cumplimiento estricto. La declaración debe ser substancialmente exacta. No siéndolo se afecta la validez misma del contrato. Esto que se predica de la celebración del contrato vale también respecto de su ejecución. El no cumplimiento de la garantía, aunque no sea sustancial al riesgo, significa terminación del contrato, por constituir infracción de las obligaciones o cargas que él origina”. (Se subraya; op. cit, pág. 562)⁵.

Resulta entonces, que el examen se debe circunscribir a examinar si la mentada estipulación es ciertamente ambigua, en caso afirmativo, la interpretación que la misma puede resistir de cara a la naturaleza del contrato y, consecuentemente, su eventual incumplimiento como justa causa para no asumir el pago del siniestro.

En este orden de ideas, viene pertinente memorar el contenido de la cláusula de garantía contenida en el contrato de seguro celebrado entre las partes, cuyo tenor literal es el siguiente:

“GARANTÍA ESPECIFICA

Queda expresamente convenido y aceptado que la compañía otorga amparo para el predio antes indicado en consideración a la garantía otorgada por el asegurado, que durante la vigencia del seguro, cumplirá con las instrucciones o mantendrá en perfecto estado de funcionamiento las protecciones, que se estipulan a continuación:

MANTENER LA ALARMA (SIC) MONITOREADA HASTA LA VIGECNIA (SIC) PÓLIZA El incumplimiento de este compromiso dará lugar a las sanciones previstas en el artículo 1061 del código de comercio”

Cuestiona la parte demandada la inteligibilidad que debe merecer esta estipulación, en razón a que el siniestro ocurrió sin que la compañía de vigilancia contratada pudiera advertir el hecho en razón a que la alarma no fue conectada el día de los acontecimientos, pero que desde la suscripción del contrato y hasta ese mismo día, inclusive, estuvo contratado el servicio que era lo solicitado como garantía, máxime cuando el consultor de riesgo de la compañía recomendó ALARMA NO MONITOREADA.

³ Sent. del 14 de mayo de 2010 M.P. Ariel Salazar Ramírez Exp.2005-338-01.

⁴ Ossa G J. Efrén. *Teoría General del Seguro- El contrato*. Editorial Temis 1984 pág. 319.

⁵ Sent. de sept. 30 de 2002. C.S.J.- Sala de Casación Civil M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.



FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 1037 DEL C.C.
: ARTÍCULO 1048 DEL C.C.
: ARTÍCULO 1054 DEL C.C.
: ARTÍCULO 1061 DEL C.C.
: ARTÍCULO 1609 DEL C.C.
: ARTÍCULO 4° DEL C.CO.
: ARTÍCULO 1036 DEL C.CO.
FECHA : 2011-04-13
PROCESO : ORDINARIO
PONENTE : Dra. NANCY ESTHER ANGULO QUIROZ
DEMANDANTE : JOSEFINA AMPARO MATABOJOY BURBANO Y OTRO
DEMANDADO : MAPFRE SEGUROS DE COLOMBIA
RADICACIÓN : 110013103030620050060701

1.1.2

LA FACTURA DEBE CONTAR, ENTRE OTROS REQUISITOS, CON: “2) “LA FECHA DE RECIBO DE LA FACTURA, CON INDICACIÓN DEL NOMBRE, O IDENTIFICACIÓN O FIRMA DE QUIEN SEA EL ENCARGADO DE RECIBIRLA SEGÚN LO ESTABLECIDO EN LA PRESENTE LEY.”

De vieja data se ha decantado que un documento podrá apreciarse como título-valor si en efecto cumple con los presupuestos señalados por el legislador para así colegirlo, teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 620 del Código de Comercio “Los documentos y los actos a que se refiere este Título -referente a los títulos valores- sólo producirán los efectos en él previstos cuando contengan las menciones y llenen los requisitos que la ley señale...”

El artículo 774 del Estatuto Mercantil -conforme a la redacción que introdujo la Ley 1231 de 2008- señaló que la factura debe contar, entre otros requisitos, con: “2) “La fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley.”

Frente a la aceptación de este título valor el artículo 773 del Código de Comercio refiere que la factura “se entenderá aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los diez (10) días calendarios siguientes a su recepción”, además, ante la remisión que se hace a las disposiciones que regulan la letra de cambio⁶, y lo establecido en el art. 6° del Decreto 3327 de 2009, la aceptación deberá ser incondicional.

No se discute, que en virtud de la normativa en cita, la aceptación de la factura pueda ser expresa o tácita, en donde de darse esta última modalidad se sustituye la firma de la aceptación en el original de la factura, por obvias razones, pero no sustituye la atestación que de cuenta del recibo de la mercancía o la prestación efectiva del servicio.

FUENTE NORMATIVA : LEY 1231 DE 2008, REGLAMENTADA POR DECRETO 3327 DE 2009
: ARTÍCULO 774 ESTATUTO MERCANTIL
: ARTÍCULO 448 DEL C.P.C.
: ARTÍCULO 620 DEL C.CO.
: ARTÍCULO 773 DEL C. CO.
FECHA : 2011-2-09
PROCESO : EJECUTIVO SINGULAR
PONENTE : Dra. NANCY ESTHER ANGULO QUIROZ
DEMANDANTE : ODEKA S.A.S.
DEMANDADO : SADEVEN S.A. Y TECNA S.A.
RADICACIÓN : 110013103021201000790 01

1.2 Sala de Familia

1.2.1

LA INIMPUTABILIDAD NO SE PRESUME POR EL ESTADO DE EMBRIAGUEZ DEL PROCESADO

6



Ahora, la inimputabilidad no se presume por el estado de embriaguez del procesado tal y como sobre este puntual tema dijo la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, en la sentencia calendada el 22 de agosto de 2002, cuya parte pertinente dice: **“Desconoce el demandante, que el nivel de alcohol en la sangre no determina el estado de embriaguez, aunque puede ser un indicador de ella, ni ésta por sí misma conduce a declarar el estado de inimputabilidad. La sola cantidad de alcohol que se halle presente en la sangre del sujeto, aunque puede ser la causa no es el efecto de la embriaguez, ya que ésta se manifiesta por signos externos que conducen a su diagnóstico, como el aliento alcohólico, la coordinación motora, el aumento del polígono de sustentación, y la disartia o dificultad para expresarse lógica y coherentemente. Si bien la declaración de haber actuado en estado de embriaguez resulta jurídicamente relevante especialmente en los delitos contra la vida y la integridad personal de modalidad culposa, no es suficiente para declarar que se actuó en estado de inimputabilidad, pues la situación de imputabilidad o inimputabilidad no es un concepto médico sino jurídico que debe ser establecido por el juez atendiendo la idoneidad y mérito del conjunto de la prueba recaudada siguiendo las reglas de la sana crítica.**

“Si bien es cierto el trastorno mental como fuente de inimputabilidad puede ser originado por factores tóxicos, traumáticos, psicológicos hereditarios orgánicos, lo que realmente importa para su declaración judicial ‘no es el origen mismo de la alteración biosíquica sino su coetaneidad con el hecho realizado, la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del actor y el nexo causal que permita vincular inequívocamente el trastorno a la conducta ejecutada’ (cfr. Sent. Casación de junio 8/00) Rad. 12565”.

De acuerdo con la línea jurisprudencial demarcada por la Sala de Casación Penal frente al tema de la inimputabilidad, debe concluirse necesariamente que no siempre quien infrinja la ley penal en estado de alicoramiento, sea inimputable; tal circunstancia debe ser valorada por el Juez en conjunto, con todo el material probatorio recaudado al interior del proceso, pues para ello, no existe una prueba reina como lo pretende hacer ver el recurrente, al argüir que debió realizarse un examen técnico especializado al adolescente.

Aplicando los anteriores derroteros al caso puesto de presente, para la Sala queda claro que las circunstancias en las que se encontraba el adolescente (.....) al momento de cometer los hechos en los que perdió la vida el señor LUIS ALFONSO MIRANDA ZIPACÓN, no tipifican la inimputabilidad alegada por el señor apoderado, pues si como lo arguye, estuvo bajo el influjo del alcohol, tal circunstancia no le impidió comprender la ilicitud de los hechos perpetrados; por el contrario, tan consciente estaba de la conducta que acababa de cometer, que emprendió la huída una vez advirtió la presencia de la Policía, arrojó el arma y luego de avanzar cinco cuerdas del lugar donde ocurrieron los hechos, se obtuvo su captura. Además, no sobra destacar que entre los elementos materiales probatorios aducidos por la Fiscalía frente al adolescente, se encuentra el dictamen técnico médico legal en el que la doctora ADRIANA PATRICIA ROJAS RODRÍGUEZ dictaminó: “hacia las 3:38 horas paciente con embriaguez clínica aguda negativa al momento del examen”, lo que pone en entredicho la afirmación que frente al tema, hizo el adolescente.

FUENTE NORMATIVA: ARTÍCULO 94 INCISO 2° C.I.A.

: ARTÍCULO 33 C.P.

: ARTÍCULOS 383, 455 a 457 DEL C. DE P. P.

FECHA

: 2010-09-06

CAUSA

: HOMICIDIO AGRAVADO Y OTROS

PONENTE

: DRA. GLORIA ISABEL ESPINEL FAJARDO

VÍCTIMA

: ÁNDERSON MIRANDA MORENO

ADOLESCENTE

: (.....)

RADICACIÓN

: 11001600002820110173801

1.3 Sala laboral

1.3.1



¿LA OMISIÓN DE VALORACIÓN DE UN MEDIO PROBATORIO (GRABACIÓN), VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO?

1. El problema jurídico a resolver consistente en determinar la licitud o no de la prueba contenida en una grabación realizada por el interviniente en una conversación, sin la autorización ni el conocimiento de su interlocutor, tal como sucede con la aportada por el actor al proceso ordinario laboral, la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, se ha pronunciado muy recientemente⁷, retomando antecedentes jurisprudenciales decantados con anterioridad por esa misma Corporación, estableciendo que, en materia penal, bajo ciertas circunstancias, sí es válida la inclusión de este tipo de prueba, y por tanto, debe valorarse dentro del plenario. Dijo entonces la H. Corte Suprema de Justicia:

“Sobre el punto, la Sala de manera reiterada ha expresado que en tratándose de grabaciones, éstas no pueden ser estimadas cuando carecen efectivamente de autorización judicial o son efectuadas por terceros que no tienen interés en la investigación y no tienen la calidad de víctimas o perjudicados; sin embargo, cuando tales registros magnetofónicos son realizados por una de las partes no existe violación del derecho a la intimidad si una de ellas decide publicarlos se convierte en un medio de prueba legalmente válido y debe apreciarse como tal, más cuando se trata del esclarecimiento de un ilícito.[...]”⁸ Subrayas son de la Sala.

Sobre el caso en que se aportaba como elemento de prueba un casete contentivo de una grabación obtenida sin el conocimiento de algunos de los intervinientes en la conversación allí capturada, tuvo ocasión de pronunciarse la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, señalando que, en principio, la grabación obtenida en estas condiciones, debe ser considerada como una prueba ilícita que debe ser excluida del proceso judicial, al tenor de lo establecido en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Nacional cuando indica que “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, por violación del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 constitucional⁹; sin embargo, reconoce que en efecto, existen específicas excepciones en las cuales, una prueba obtenida en tales circunstancias, puede ser valorada por el Juez, para lo cual se apoya igualmente en los pronunciamientos realizados por la Sala de Casación Penal de esa misma H. Corporación, tal como lo hizo en la sentencia del 29 de junio de 2007, expediente 00751-01 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Sala de Casación Civil, expresando que tales excepciones pueden establecerse como fruto de la aplicación del criterio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que por supuesto, la regla es la inadmisibilidad de este tipo de prueba:

“A título ilustrativo, bien vale la pena traer a colación, en lo pertinente, algunos de los pronunciamientos indicativos de la aplicación del mencionado criterio de proporcionalidad – también conocido como *criterio de razonabilidad*-, de suyo excepcional, ora en el derecho comparado, ora en el derecho patrio, en la medida en que, en general, sin que consecuentemente se torne absoluta, impera la regla de la inadmisibilidad de la prueba ilícita o, si se desea, de su nulidad de abolengo constitucional (art. 29 C.P.).

En sentencia de 30 de noviembre de 2001, expediente 13948, la Sala de Casación Penal de la Corte expresó:

“...surge claro que el denunciante estaba grabando su propia voz, para lo cual no necesitaba autorización judicial, y si bien lo hizo con desconocimiento por parte de sus interlocutores, los acusados, como estaba motivado por el proceder indecoroso puesto de presente con antelación por el señor GÓMEZ TABARES, su comportamiento se legitima, dado que era lógico suponer que iba a ser víctima de un delito, evento en el cual la vía por la que optó se torna en un válido

⁷ Auto del 12 de mayo de 201, proferido dentro del expediente No. 34474. M.P. Javier Zapata Ortiz.

⁸ Sentencia del 9 de febrero de 2006, radicado 19219; en el mismo sentido decisión del 6 de agosto de 2003, radicado 21216.

⁹ C.P. ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.



mecanismo de defensa de sus intereses, máxime que en la clase de delitos porque se procede, el funcionario que ‘vende’ su labor actúa al amparo de la clandestinidad, eludiendo la posibilidad de dejar rastros. En este contexto, se cumplen los presupuestos que la Corporación tiene señalados para concluir en la legalidad de la grabación que, de su propia voz y por propia iniciativa, obtiene la víctima de un delito.

“Valga la oportunidad para que la Sala actualice el planteamiento expuesto en sentencia del 16 de marzo de 1988 (...), cuando consideró la posibilidad legal que tiene la víctima para preconstituir -con la ayuda de la tecnología a su alcance-, la prueba del delito.

“Al efecto debe decirse que con la actual prefiguración constitucional del Estado como Social de Derecho -fundado en el respeto por la dignidad humana-, la libertad y autonomía individuales cobran especial relevancia al punto de garantizarse a la persona natural el ejercicio de sus facultades ‘sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico’ (art. 16 C.N.).

“Siendo ello así, mal podría esgrimirse impedimento alguno o exigir autorización judicial para que las personas graben su propia voz o su imagen, o intercepten su línea telefónica, si estas actividades no se hallan expresamente prohibidas. Este aserto resulta avalado si se tiene en cuenta que quien así actúa es precisamente el afectado con la conducta ilícita, y por ende, eventualmente vulneradora de sus derechos fundamentales, por lo que su proceder se constituye en un natural reflejo defensivo.

“Pero el derecho a la autonomía individual aquí referido, no es absoluto. Una de sus limitaciones es el derecho a la intimidad ajena, también de rango constitucional fundamental, emanado del de la dignidad humana e íntimamente ligado al libre desarrollo de la personalidad, por virtud del cual no pueden ser intervenidos los actos de la esfera privada de las personas, siendo exclusivamente éstas quienes pueden decidir su divulgación sin que ello implique su renuncia, pues se trata de un derecho indisponible.

“Por ello conviene advertir que cuando no se trate de grabar la propia voz, o recoger documentalmente la propia imagen, ni de interceptar la línea telefónica que se tiene, sino de registrar comunicaciones o imágenes privadas de otras personas, es necesario que se obre en cumplimiento de una orden emanada de autoridad judicial competente, en cuanto ello implica invadir la órbita de intimidad personal ajena, también protegida como derecho constitucional fundamental (art. 15), como se dejó dicho” (Se subraya).

A su turno, en fallo de 9 de febrero de 2006, radicado 19219, sólo para registrar algunas de las providencias existentes, en obsequio a la brevedad, puntualizó:

“Por ello, por vía excepcional, con relación al específico tópico de la necesidad de esclarecer o evitar un delito, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha reiterado legítima la grabación de las conversaciones privadas de la víctima, cuando a través de esa operación técnica se puede preconstituir prueba con la finalidad de denunciar o enervar un hecho que se presume delictivo. (...)”

“El derecho fundamental a la *intimidad* consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, se concreta en que ‘*la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables*’ y en que ‘*sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley*’.

“Los titulares de ese derecho son el productor de la comunicación y su interlocutor, quienes a menudo ocuparán uno y otro lugar, porque la comunicación se construye en una dialéctica de intervenciones mutuas, con mensajes y respuestas que se generan alternativamente.

“Cuando está de por medio un delito, y se precisa preconstituir prueba, ante la urgencia de asegurar la evidencia, la conversación ‘privada’ entre la víctima y el implicado en la actividad delictiva, bien puede dejar de ser ‘privada’ en términos jurídicos, cuando la víctima accede a que su conversación sea grabada, filmada o registrada en medios técnicos, con fines investigativos y procesales.

“Se precisa entonces ponderar tales derechos desde la perspectiva del mejor efecto constitucional posible.

“En ese ejercicio es razonable privilegiar el derecho de la víctima, puesto que al establecer la verdad, dentro de un marco de justicia material, utilizando para ello las voces y las imágenes así grabadas, se logran los fines constitucionales atribuidos al proceso penal en mayor medida, que si se optara por la solución contraria; es decir, si se concediera preponderancia a la *intimidad* del implicado como derecho absoluto o intangible, mientras la autoridad judicial no disponga lo contrario” (Se destaca).¹⁰ Subrayas y negrillas originales del texto.

Concluye la Sala de Casación Civil, señalando en la misma decisión cuyos apartes se han transcrito, que en lo que respecta a la valoración de las grabaciones obtenidas en las circunstancias pluricitadas en esta decisión, aparece ardua tarea para el Juez, quien, en su ejercicio de interpretación, tiene la posibilidad de admitir tal acervo y analizarlo de fondo al no ser la exclusión una regla inmutable:

¹⁰ En igual sentido, entre otras, bien pueden mencionarse las sentencias de la misma Sala de 16 de marzo de 1988 (radicación 1634) y 29 de junio de 2005 (radicación 19227).



“No hay duda de que en el ámbito de los procesos civiles, *lato sensu*, habrá casos en que, por sus específicas particularidades y, sobre todo, por la naturaleza de los concretos derechos que allí se discutan, podrá concluirse la viabilidad de apreciar una prueba que, en principio o *prima facie*, luzca como ilícita, ponderación que, en cada asunto en particular, corresponderá realizar y justificar a los jueces, para lo cual, *ex abundante cautela*, habrán de examinar si en la específica controversia en que se aduzca el respectivo elemento demostrativo está seriamente comprometido el interés general, o el orden público, o el derecho de un menor, preferente por mandato del artículo 44 de la Carta Política, etc., al igual que la específica forma como se obtuvo el mismo, los derechos superiores conculcados, el titular de éstos, la existencia de otras pruebas que sirvan al propósito de comprobar similares hechos a cuya acreditación apunta el medio irregular, entre otras circunstancias. De allí que, en la hora de ahora, no se torne admisible y tampoco conveniente la rigidez pregonada por algunos, debido a que en esta materia no rige un principio inmutable y, por contera, absoluto. Muy por el contrario, reconociendo el carácter general de la proscripción en cita [exclusión de la grabación sin autorización], se posibilita su excepción, conforme a las circunstancias, razón por la cual no es procedente un rechazo totalizador, a fuer que a priori, toda vez que habrán casos de casos, en los que pueda tomarse apropiada y procedente una respuesta disímil.” Subrayas son de la Sala

No obstante, se hace evidente que para proceder a la valoración de la prueba, la carga argumental para el juzgador es grande, por cuanto debe justificar suficientemente los motivos por los cuales opta por la excepción (admisibilidad de la prueba), y no por la regla (nulidad por ilicitud de la prueba).

Conforme a los criterios expuestos en precedencia, la Sala encuentra que, en efecto, la regla general a aplicar es la de la declaratoria de ilicitud de la prueba obtenida mediante la grabación de una comunicación, sin el consentimiento de alguno o algunos de sus intervinientes, aún cuando dicho procedimiento se haya realizado por otro u otros de los igualmente intervinientes en esa comunicación, pues se constituye en la violación del derecho fundamental a la intimidad y por tanto, es nula de pleno derecho, al tenor de lo establecido en el artículo 29 Constitucional; sin embargo, esta regla admite excepción, que como tal, exige para su aplicación, una carga argumental adicional para el fallador, quien debe sustentar suficientemente los motivos que lo llevarían a valorar una prueba que, en principio se torna ilícita, considerando, por supuesto, los criterios señalados por la jurisprudencia para la adopción de una decisión como esa.

Así las cosas, encuentra la Sala, que no existe entonces evidencia de la incursión en un defecto fáctico por la exclusión probatoria determinada en este caso, como quiera que el Juez, en ejercicio de su autonomía, presenta los argumentos en los cuales apoya su decisión a este respecto, y no se encuentra que puedan enjuiciarse como irrazonables o incoherentes; por el contrario, se fundan no solo en normas constitucionales, sino criterios jurisprudenciales vertidos al respecto, sin que pueda decirse entonces que esa decisión de exclusión probatoria, obedezca a su mero capricho o a la adopción de una determinación arbitraria.

Habiendo presentado el contenido de la grabación aportada por el actor, procede la Sala a estudiar la aplicación de los criterios establecidos por la jurisprudencia para la aceptación o no de esta clase de prueba en el proceso judicial. Se encuentra entonces que, en lo que atañe al caso concreto, la pretendida prueba efectivamente debió ser considerada como ilícita



FUENTE NORMATIVA: ARTÍCULO 29 CONSTITUCIÓN POLÍTICA
: DECRETO 2591 1991I
: JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
FECHA : 2011-11-04
PROCESO : TUTELA
PONENTE : DRA. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
DEMANDANTE : NELSON ANDREY SÁNCHEZ CONTRERAS
DEMANDADO : JUZGADO 1° DE PEQUEÑAS CAUSA LABORALES Y 10° LABORAL
RADICACIÓN : 110012205000 2011 0070-01

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M. P. RUEDA SOTO MARCO ANTONIO Rad. 110016000023201008643 01 (27-10-11) REDENCIÓN DE PENA POR TRABAJO Y ESTUDIO – No constituye subrogado, mecanismo sustitutivo de la pena, ni beneficio - No se encuentra cobijada por la prohibición prevista en el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007 – El trabajo y el estudio constituyen derechos para el penado / BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS – REDENCIÓN DE PENA – Diferencias

“Precisado lo anterior y en desarrollo del cometido anunciado, sea lo primero indicar, que el trabajo y el estudio, por lo tanto, las consecuencias que de su realización en reclusión se derivan en la ejecución de la pena no constituyen beneficios del interno sino derechos del mismo, más aún, de carácter fundamental, susceptibles de modulación pero no de su proscripción en forma explícita o velada a través de la negación de las consecuencias que pueden derivar para entender cumplida en parte la sanción privativa de la libertad.

En efecto, el trabajo está erigido en el artículo 25 de la Carta Política a la categoría de derecho fundamental, inherente además a la persona humana y que de ninguna manera se pierde o suspende con ocasión de la privación de la libertad, menos aún, en cuanto está vinculado a la función de resocialización como lo destaca con indiscutible acierto la apelante, en concreto, como medio terapéutico adecuado para la consecución de los fines de la pena al tenor de los artículos 10 y 79 de la ley 65 de 1993, a tal punto, incluso, que en el artículo 82 ibídem se le atribuye entidad para generar la redención de aquella y, consecuentemente, para modificar las condiciones cuantitativas en su ejecución; actividad respecto de la cual se dispone el carácter obligatorio para los condenados y, en la segunda norma citada además, en armonía con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, que no tendrán connotación afflictiva ni podrán aplicarse como sanción disciplinaria.

En este mismo entendimiento converge el artículo 8 de los Principios Básicos para el Tratamiento de Reclusos, adoptados y proclamados por Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990, pues prevé a su vez que deben crearse las condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborales remuneradas y útiles para propiciar la reinserción en el mercado laboral y contribuir de este modo al sustento económico propio y del correspondiente núcleo familiar.

Adicionalmente, no sobraría añadir con la finalidad de afianzar la connotación predicada, que en términos de la jurisprudencia constitucional y tratándose de las personas privadas de la libertad, el trabajo integra el núcleo esencial del derecho a la libertad, porque si la aspiración del recluso es recobrarla, uno de los medios para materializarla es precisamente el trabajo, que por virtud de las disposiciones legales redime en parte la pena y, así las cosas, como lo tiene precisado la Corte Constitucional a través de criterio susceptible de invocarse en el presente asunto, las *“oportunidades de trabajo y las garantías para el goce permanente de este derecho en las cárceles posibilitan al recluso alimentar su esperanza de libertad mediante un esfuerzo resocializador que dignifica su existencia”*¹¹.

Desde luego, la condición predicada para el trabajo de los internos de ninguna manera lo sustrae de la posibilidad de su modulación. Por el contrario, ello resulta viable ante las condiciones propias de la ejecución penal y con sustento en la relación de especial sujeción que vincula a los reclusos con la Administración, motivo por el cual el estatuto penitenciario establece, entre otras limitaciones, la prohibición para que los internos celebren contratos con los particulares para otorgarle a la autoridades penitenciarias la facultad exclusiva para la planeación y organización del trabajo en el interior de los establecimiento de reclusión -artículos 80 a 93 de la ley 65 de 1993-.

En este entendimiento que la Sala propugna para el trabajo en reclusión, despojado de la connotación de beneficio, la Corte Constitucional tiene discernido además que *“no resulta posible conminar a los reclusos a realizar determinadas actividades dentro del penal, sino estimularlos para que las realicen”*; y, en este orden de ideas, concluye el precedente en cita, *“el acceso de las personas condenadas a penas privativas de la libertad a actividades de resocialización tiene un doble carácter, de una parte, se concibe como un mecanismo diseñado por el Estado para hacer realidad los fines de la pena sin desconocer la dignidad humana... y, de otra, se presenta como un derecho subjetivo que las personas privadas de la libertad pueden ejercer o dejar de hacerlo”*, de manera que podrían prescindir de tales mecanismos *“sin hacerse acreedores a sanción alguna”*¹² (negrillas fuera de texto).

Por otra parte, una connotación idéntica es predicable con mayor razón del estudio durante la reclusión, vinculado de manera inescindible a la educación como derecho fundamental al tenor del artículo 67 de la Carta Política, respecto del cual la Corte Constitucional tiene igualmente precisado, excusada sea la redundancia, que constituye un *“derecho y un servicio de vital importancia para sociedades como la nuestra, por su relación con la erradicación de la pobreza, el desarrollo humano y la construcción de una sociedad democrática”*; pero además y, primordialmente, que se erige en *“(i) una herramienta necesaria para hacer efectivo el mandato de igualdad del artículo 13 superior, en tanto potencia la igualdad de oportunidades; (ii) es un instrumento que permite la proyección social del ser humano y la realización de sus demás derechos fundamentales; (iii) es un elemento dignificador de las personas; (iv) es un*

¹¹ Sentencia T-09 de 1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; criterio reiterado en sentencia T-718 de 1999, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹² Sentencia T-1295 de 2005, M.P. Dr. Álvaro Tafur Gálvis.



*factor esencial para el desarrollo humano, social y económico; (v) es un instrumento para la construcción de equidad social, y (vi) es una herramienta para el desarrollo de la comunidad, entre otras características...”*¹³.

En fin, concluye el Tribunal, el estudio y el trabajo por parte del interno, entendidos como derechos de éste, contribuyen entonces a la dignificación en el cumplimiento de la sanción privativa de la libertad y a la consecución de su finalidad de reinserción social; y, así las cosas, la redención de pena que propician siempre y cuando concurren las exigencias contempladas en la ley 65 de 1993, tampoco constituyen un subrogado, un mecanismo sustitutivo de la pena ni beneficios administrativos para los sentenciados y, en consecuencia, aquella no se encuentran cobijada por la prohibición prevista en el artículo 32 de la ley 1142 de 2007.

Esta conclusión se afianza al advertir, desde otra perspectiva, que los beneficios administrativos previstos de manera taxativa en el artículo 146 de la ley 65 de 1993, en concreto, los permisos hasta de 72 horas, la libertad y la franquicia preparatoria, el trabajo extramuros y la penitenciaría abierta, que son de factible concesión en el período de la ejecución penal, consisten en términos de la Corte Constitucional en una *“serie de mecanismos de política criminal del Estado”* inherentes *“a la ejecución individual de la condena”*, que comportan además *“una disminución de las cargas que deben soportar”* los sentenciados y, *“en algunos casos, pueden implicar la reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad...o una modificación en las condiciones de ejecución”*⁴.

Desde luego, conviene advertir, la denominación de tales beneficios no permite deducir, como podría pensarse sin más miramientos o consideraciones, que su concesión corresponde a las autoridades de la misma naturaleza referida. Por el contrario, ante el anotado efecto que tienen están subordinados al control judicial al tenor de los artículos 79, numeral 5, de la ley 600 de 2000 y 38, numeral 5, de la ley 906 de 2004, aunque algunas de las condiciones de obligada satisfacción para su procedencia deban certificarse por las dependencias penitenciarias, como acontece, por ejemplo, con la constancia de la conductas observada en el interior del centro de reclusión.

En síntesis, sostiene el precedente en cita, *“estando los beneficios administrativos sujetos a condiciones determinadas previamente en la ley, y siendo los jueces de ejecución de penas las autoridades judiciales encargadas de garantizar la legalidad de las condiciones de ejecución individual de la condena, mediante la verificación del cumplimiento de las condiciones en cada caso concreto, resulta ajustado a la Constitución que el reconocimiento de tales beneficios esté sujeto a su aprobación”*; control que debe versar sobre *“la conveniencia y oportunidad del tratamiento penitenciario”*⁵.

Esos beneficios administrativos están vinculados además, a diferencia de lo que acontece con la redención de pena por trabajo o estudio, enfatiza el Tribunal, al principio del sistema progresivo que rige el cumplimiento de la pena de conformidad con el artículo 12 de la ley 65 de 1993, en armonía con el artículo 146 ibídem. En consecuencia, su concesión o negativa depende de las circunstancias particulares e individuales del sentenciado, que son las determinantes de su ubicación en las fases que lo componen de acuerdo con el artículo 144 del estatuto en cita, por lo tanto, a aquellos a los cuales puede acceder el interno, desde luego, si satisface además las restantes exigencias establecidas en el estatuto penitenciario y carcelario.

Lo anterior, además, porque al tenor del artículo 146 de la ley 65 de 1993 esos institutos integran el tratamiento penitenciario e involucran un mayor o menor ámbito de invasión en el derecho a la libertad individual, o en sentido adverso, esto es, examinados desde la óptica del beneficio que derivan, representan un mayor o menor grado de reintegro efectivo a la sociedad que depende del nivel de adaptabilidad que a la vida en comunidad hubiese exteriorizado el sentenciado, mediante un diagnóstico vinculado en los artículos 147 y siguientes ibídem a tres exigencias comunes a todos ellos, ajenas insiste la Corporación, al ámbito de la redención de la pena por trabajo o estudio:

(i) En primer término, a un requisito de naturaleza objetiva, en concreto, al descuento de un porcentaje determinado de la sanción privativa de la libertad impuesta que varía y se acrecienta en cuanto más amplitud de restablecimiento de la libertad comporte el beneficio respectivo.

(ii) En segundo lugar, a verificaciones orientadas a establecer si el penado ha asimilado y en qué medida la necesidad del respeto por las normas reguladoras de la convivencia pacífica, de menor exigencia tratándose del permiso de hasta de setenta y dos horas, para cuya concesión simplemente es requerida la constatación de la ausencia de requerimientos judiciales, así como no registrar fuga o tentativas de ella durante la ejecución de la sentencia condenatoria; y, obviamente, de mayor entidad en lo que respecta a la libertad preparatoria, supeditada al estudio minucioso de la situación del condenado que comprende la ponderación de la conducta anterior, de la consagración al trabajo y al estudio, al igual que del proceso de readaptación social.

(iii). Finalmente, a un presupuesto de carácter procesal derivado de su naturaleza de esos mecanismos que integran el tratamiento penitenciario, por virtud del cual su otorgamiento presupone entonces la ejecutoria de la sentencia que impuso la sanción privativa de la libertad.

De acuerdo con lo expuesto y ante la imposibilidad de aducir a la prohibición de que trata el artículo 32 de la ley 1142 de 2007, el Tribunal deberá examinar si concurren o no los requisitos establecidos en los artículos 101 y 102 de la ley 65 de 1993 para el reconocimiento de la redención de la pena pretendida en beneficio de la condenada *SANZ SAAVEDRA*. ”

Relatoría/consulta/2011/Ley 600 /Sentencias

⁴ Sentencia C-312 de 2002, citada ut-supra.

⁵ Auto de marzo 18 de 2003, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll, radicado 15.610.

¹³ Sentencia T-746 de 2007.



1.2. M. P. RUEDA SOTO MARCO ANTONIO Rad. 110013104036200800227 01 (01-07-11) OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR – Para su configuración es necesario que el sujeto activo tenga la posibilidad efectiva de ejecutar el pago / AGENTE RETENEDOR – AGENTE RECAUDADOR-Diferencias



“En síntesis, en el caso examinado está demostrado el incumplimiento de la consignación dentro del plazo fijado en el Estatuto Tributario y a favor del Estado de la suma correspondiente a la retención en la fuente. Por consiguiente, de manera alguna se discute que surgió para la sociedad que fungía en la condición de agente retenedor la obligación de asumir y pagar no sólo esos valores sino también las sanciones e intereses causados al tenor del Estatuto Tributario, cuyo cobro fue cubierto en mayor parte por la vía del cobro coactivo con remate de los bienes inmuebles de propiedad de aquélla como lo relató el acusado en el interrogatorio de la audiencia pública (f. 285, c. 2).

No obstante, esta circunstancia en la estructura del tipo penal de omisión doloso, que es la naturaleza del ilícito definido en el artículo 402 de la ley 599 de 2000, de manera alguna resulta suficiente la prescindida realización de ese mandato, o en otros términos la exteriorización de una conducta distinta de la ordenada, pues es necesario también que el sujeto activo tenga, no la previsión del pago del impuesto generado como lo destacó el a quo, sino la **posibilidad efectiva** de ejecutarlo.

Es por esta razón, conviene indicar con el propósito de afianzar dicha exigencia, que el artículo 25, numeral 1, de la ley 599 de 2000 prevé en relación con los delitos de omisión impropia, que *“quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo lleve a cabo, estando en la posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal”* (negritas fuera de texto).

Ahora bien, en este caso esa exigencia es echada de menos; básicamente, porque contrario a lo aducido en la acusación y el fallo la operación contable de la retención, coincidente además con la declaración privada de la misma, efectuada el 12 de febrero de 2004 sin pago y correspondiente al primer período de dicha anualidad (f. 3), de manera alguna permite afirmar que para ese momento la sociedad de carácter público de la cual el acusado era su representante legal hubiese retenido de manera real o efectiva los dineros correspondientes al tributo, menos aún, realizado su recaudo para destinarlos después a un fin distinto a su consignación a favor del Estado

Por el contrario, en el caso examinado dicha novedad simplemente implicó que en ese ciclo fiscal fue completado el pago a los ganadores de los premios respectivos, conforme lo constató el perito mediante la revisión de los libros de contabilidad de la persona jurídica y fue dictaminado en la experticia aludida en los acápites precedentes, momento en el cual, con prescindencia de la disponibilidad o no de dinero para efectuar el respectivo depósito, para lo cual el artículo 665 del Estatuto Tributario concede un plazo de 2 meses, resultaba imperativo noticiar la retención, como en efecto lo efectuó la sociedad en la declaración privada; y, así las cosas, el a quo mal puede censurar que ese reporte se realizara seis meses después del sorteo, porque como lo precisó la Sala en precedencia y reitera ahora, el hecho generador del tributo era el pago del premio, que se completó en el mes de enero de 2004.

En fin, como lo sostiene el apelante con acierto, puesto que contablemente fue efectuada la retención, la sociedad debía proceder entonces a declarar el tributo así no tuviese los fondos necesarios para cubrirlo y que tampoco obtuvo con posterioridad como consecuencia de la precariedad de los recaudos provenientes de la explotación del monopolio de la lotería, situación a tal punto evidente, que en la actuación quedó demostrado que el premio neto que quedó en poder del público el 30 de septiembre de 2003 fue cubierto con las ventas de los sorteos posteriores, en especial, en el mes de diciembre siguiente.

Por otra parte, al funcionario de conocimiento tampoco le era válido sostener que la persona jurídica regentada por el acusado *ROJAS SEGURA*, en la actividad mercantil constitutiva de su objeto social “recaudó” efectivamente los 668 millones de pesos reportados en la declaración privada para negar después su recepción, porque tratándose de la retención en la fuente y a diferencia del impuesto al valor agregado (IVA) el agente no obra, excusada la redundancia, en la calidad de recaudador sino de retenedor, es decir, como lo tiene precisado la Corte Constitucional¹ *“afectando la cantidad bruta en sentido decreciente, esto es, disminuyéndola porcentualmente a efectos de determinar el valor neto a pagar en ese instante, ya en efectivo o a través de cualquier otro medio de pago válido”*.

De acuerdo con lo argumentado, concluye la Sala en coincidencia con el apelante, ningún elemento de juicio permite sostener que las sumas declaradas fueron realmente percibidas; menos aún, que de ellas dispuso la persona jurídica representada por el acusado *ROJAS SEGURA* con omisión del deber de depositarlas, esto es, con fusión de los dineros de la sociedad y de los de carácter público provenientes del confiado recaudo de las obligaciones fiscales de los contribuyentes, respecto de los cuales aquélla simplemente se cumplía una limitada función. En consecuencia, sostiene el Tribunal con apego al precedente antes citado, de ser compelido el procesado *“a consignar cantidades que no ha recibido efectivamente, en la práctica se le está forzando a financiar sumas que no gozan del suficiente título jurídico para efectos penales”*².

(...)

El análisis precedente apuntala entonces la conclusión anunciada en el sentido que los medios demostrativos incorporados al expediente no satisfacen las exigencias de que trata el artículo 232 de la ley 600 de 2000 para el fallo de carácter condenatorio. En consecuencia, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar absolverá



al acusado *ROJAS SEGURA* del cargo que le fue imputado en la resolución de acusación como autor del delito de omisión del agente retenedor o recaudador.”

Relatoría/consulta/2011/Acusatorio/Sentencia

¹ Sentencia C-009 de 2003.

² Sentencia citada ut-supra.

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Presidente

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora