



Bogotá, D.C., 24 de Junio 2009.

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Ciudad

E. _____ S. _____ D. _____

REFERENCIA: Oficio No.994 de diez de junio 2009, atinente al expediente D-7741, Ley 1142 de 2007, artículo 50, numeral 4.

Muy distinguidos, Señores Magistrados:

Cordial y respetuoso saludo. En relación con la solicitud contenida en el Oficio de la referencia, al tenor de lo señalado en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, gustosamente, procedo a emitir el concepto que se solicita a esta dependencia.

I. EL ASUNTO PLANTEADO

A través de escrito sin fecha, el día 30 de abril de 2009 se radicó ante la H. Corte Constitucional una acción pública de inconstitucionalidad contra la expresión "Que se realice el pago total de la multa" prevista en el num. 4º del inc. 1º del artículo 38A del Código Penal, introducido por el art. 50 de la ley 1142 de 28 de junio de 2007. El demandante, luego de invocar el



principio constitucional de la igualdad, afirma que *“la norma entonces exigiendo el pago total de la multa, discrimina a quien no tiene como sufragar ese pago, marginándolo por su condición social y económica de un sustituto que dada la garantía que le es propia (libertad vigilada electrónica) constituye una prerrogativa fundamental e influyente en su condición de ser humano, lo que de paso debe ser de aplicación generalizada, previniendo entonces (sic), que quien carece de recursos económicos, (fuentes de trabajo, bienes, etc —sic—) no puede serle exigida tal condición (sic)”* (cursivas añadidas). Por ello, pues, *“solicita declarar INEXEQUIBLE”* la disposición *“...por haber discriminado a los condenados con precaria situación económica, que de conformidad con los presupuestos de la ley soliciten el mecanismo sustitutivo de la Pena de Prisión por una vigilancia electrónica”* (folio 11 del escrito, cursivas añadidas).

II. ALGUNAS PRECISIONES

Para una debida ubicación de la discusión que el asunto sometido a consideración propicia, es pertinente hacer algunas reflexiones previas que involucran tres problemáticas: el principio de igualdad material, los sustitutos o sustitutivos penales y el pago de la multa como exigencia para que ellos procedan.



A. El Principio material de igualdad. En términos generales, como se ha dicho en otro lugar¹, puede afirmarse que la idea de igualdad —afincada en el concepto de justicia— envuelve un derecho típicamente relacional, por ende relativo y no absoluto, en la medida en que impone un trato igual para los casos iguales y uno desigual para los que son diferentes; no se trata, pues, del derecho a ser igual, sino del derecho a ser tratado igualmente frente a situaciones similares². De esta delimitación, obviamente, se desprenden tres manifestaciones jurídicas de la igualdad: en primer lugar, es un derecho subjetivo en virtud del cual el ciudadano tiene la potestad de exigir que se le trate de manera igual a los demás; en segundo lugar, supone el deber de los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual; y, en tercer lugar, se concreta en el principio constitucional de la igualdad, tal como lo prevé la Carta Fundamental. Se trata, pues, de un concepto puramente valorativo, relacional³, porque —como se ha dicho— “lo que hace el Derecho es una tarea clasificadora y de justificación, que consiste en establecer los criterios (legítimos) conforme a los cuales se tratará una situación en términos de equiparación (aunque no necesita en principio justificación), o bien en los de discriminación (que ha de ser justificada)”⁴.

¹ Así, en FERNANDO VELASQUEZ V.: *Derecho Penal, Parte General*, Medellín, Comlibros, 2009, págs. 68 y ss.

² Como dice BOBBIO: “El concepto de igualdad es relativo, no absoluto. Es relativo por lo menos en tres variables a las que hay siempre que tener en cuenta cada vez que se introduce el discurso sobre la mayor o menor deseabilidad, y/o sobre la mayor o menor viabilidad, de la idea de igualdad: a) los sujetos entre los cuales nos proponemos repartir los bienes o gravámenes; b) los bienes o gravámenes que repartir; c) el criterio por el cual repartirlos. Con otras palabras, ningún proyecto de repartición puede evitar responder a estas tres preguntas: «Igualdad sí, pero ¿entre quién, en qué, basándose en qué criterio?»” (BOBBIO, NORBERTO: *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, trad. de Joaquín Estefanía, Madrid, Taurus, 1995, págs. 136 y 137).

³ Cfr. Corte Constitucional: sent. C-0016 de 21 enero 1993.

⁴ Cfr. DE LUCAS, JAVIER: “La igualdad ante la Ley”, en *El Derecho y la Justicia*, edición a cargo de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Ed. Trotta, 1996, pág. 495.



Así las cosas, parece evidente que el contenido de este apotegma se plasma en la obligación de tratar de modo igual a los materialmente desiguales — previa precisión sobre quiénes son los unos o los otros⁵—, lo que es de vital importancia en el ámbito penal obligado a poner especial atención a las situaciones de desigualdad entre los hombres, con miras a que ellas sean plenamente reconocidas por el aparato conceptual y las elaboraciones legales; por supuesto, ello no significa el abandono de la noción de igualdad formal, que se mantiene al lado de otros tres componentes autónomos: la igualdad social, la ausencia de discriminaciones y, finalmente, la igualdad sustancial. Además, téngase en cuenta, como es imprescindible buscar el criterio o criterios de diferenciación, con los que se pueda juzgar la validez de la norma que atribuye relevancia jurídica a cualquiera de las múltiples diferencias fácticas que la realidad ofrece, el juez se debe auxiliar de algunas fórmulas encaminadas a precisar la trascendencia de esa diferenciación, entre las que se encuentran las de razonabilidad de la diferenciación y la de proporcionalidad de los medios incorporados en la norma y los fines de ésta, de donde surgen dos apotegmas más: proporcionalidad y razonabilidad (adecuación al fin)⁶.

B. Los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad.

También es necesario precisar dónde se enmarca la figura de la vigilancia electrónica como sustituto de la prisión.

⁵ Cfr. BOBBIO, “La regla de oro de la justicia «Tratar a los iguales de una manera igual y a los desiguales de una manera desigual» requiere para no ser una mera fórmula vacía que se responda a la pregunta: «Quiénes son los iguales, quiénes son los desiguales?»” (*Derecha e izquierda*, págs. 149).

⁶ Cfr. Corte Constitucional: sents. T-422 de 19 junio 1992, C-530 de once noviembre 1993, C-565 de siete diciembre 1993, T-230 de trece mayo 1994, C-22 de 23 enero 1996, C-364 de 29 marzo 2000, C-840 de seis julio 2000, y C-93 de 31 enero 2001.



En efecto, el legislador penal ha dispuesto una serie de dispositivos enderezados a suplantar, mudar, cambiar, mutar o sustituir la pena privativa de libertad de prisión, como se infiere de la denominación dada al Capítulo III del Título IV, del Libro Primero del C. P.: “De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad”, donde se prevén la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad (art. 63), la libertad condicional (arts. 64), la libertad condicional (art. 66) y la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave (art. 68), como manifestaciones de esa clase de instrumentos. Desde luego, no se requiere mucho análisis para concluir que la expresión utilizada no es afortunada, habida cuenta de que la misma ley penal prevé otras figuras — para ser más precisos, en el Capítulo I del Título IV y también en el C. de P. P.— que, en principio, también parecen operar como verdaderos “sustitutivos”, sustitutos, sucedáneos o mecanismos reductores de la pena privativa de libertad, esto es, de la prisión, la única de ese género prevista en ella, como sucede con la prisión domiciliaria (art. 38), la libertad controlada por manilla electrónica (cfr. art. 50, ley 1142 de 2007, que introduce el art. 38 A del C. P.) y la sustitución de la ejecución de la pena privativa de libertad (C. de P. P. , art. 461). Igualmente, también el codificador busca la sustitución de la pena de prisión mediante la introducción de penas sustitutivas (cfr., art. 36) cuando se refiere a la prisión domiciliaria como reemplazo de la prisión y al arresto de fin de semana, convertible en arresto ininterrumpido como sustitutivo de la multa.



C. El pago total de la multa como condición para la operancia de estos mecanismos y los precedentes jurisprudenciales sobre el asunto.

Si se examina la textura legal se observa que el pago total de la multa, como exigencia para poder operar el sustitutivo correspondiente, es también requerido en los siguientes casos fuera del que aquí es objeto de cuestionamiento:

1) En la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad, art. 63 in c. 4º: “Introducido, art. 4º Ley 890 de siete de julio de 2004, vigente desde el primero de enero de 2005. **Su concesión estará supeditada al pago total de la multa**”. Este inciso fue declarado exequible mediante Sent. C-194 de dos de marzo 2005.

2) En la libertad condicional, art. 64 inc. 2º: “En todo caso **su concesión estará supeditada al pago total de la multa** y de la reparación a la víctima”. Mediante Sent. C-194 de dos de marzo 2005 la Corte Constitucional decidió «declarar EXEQUIBLE la expresión y “*En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa*”, contenida en el artículo 5º de la Ley 890 de 2004, que modificó el artículo 64 del Código Penal, en los términos del artículo 39 del Código Penal». En esa sentencia se dijo:

“No obstante, el planteamiento del argumento del demandante demuestra a las claras que el actor desconoce el contenido de la normatividad que regula el método de imposición de la multa y los mecanismos dispuestos para facilitar el pago. En efecto, las previsiones citadas del Código Penal demuestran que la imposición de la multa, el monto de la misma y las alternativas ofrecidas al condenado para el



pago hacen parte de un esquema de sanción proporcional que consulta la realidad fáctica del individuo e incluye, como factor determinante, su capacidad económica.

Por lo anterior, no resulta válido el argumento que presupone que quienes están en condiciones de solicitar el reconocimiento de un subrogado penal se encuentran en las mismas condiciones ante la imposición del pago de la multa, pues la ley ha previsto que el monto de la misma debe estar acorde con la capacidad de pago del individuo, lo cual descarta que exista un tratamiento igualitario para situaciones fácticas disímiles. Así entonces, el cargo por violación del artículo 13 constitucional, que el demandante formuló en contra del artículo 4° de la Ley 890 de 2004 y de la expresión “*En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa*” del artículo 5° de la misma ley, carece por completo de fundamento, pues la Ley sí dispensa un trato diferenciado para situaciones que realmente lo merecen, por lo que la norma no encarna discriminación alguna” (subrayas y negrillas añadidas).

Sin embargo, es necesario ir más al fondo del asunto y no quedarse sólo en consideraciones formales porque hay fundamentos claros para pensar en la contrariedad a la Carta Fundamental del texto cuestionado, tarea que en esta oportunidad debería afrontar la H. Corte Constitucional.

III. LOS VERDADEROS MOTIVOS DE LA CONTRARIEDAD A LA LEY DE LEYES

No obstante, el cuestionamiento al tenor literal demandado —que, por supuesto, también cobija a los apartes pertinentes de los arts. 63 y 64 por tratarse de la misma materia— se debe fundar en otras razones no discutidas en la decisión de la H. Corte ya citada y, por supuesto, en el escrito que hoy es objeto de examen. En efecto:



En primer lugar, cuando el texto señala que para disfrutar de la libertad vigilada electrónica se requiere “que se realice el pago total de la multa”, exige —ni más ni menos—, como condición para disfrutar de la libertad con base en el sistema de vigilancia electrónica, el pago de esa sanción de manera automática. Ello, obvio es decirlo, no sólo implica un trato desigual desde el punto de vista social, una manifiesta desigualdad material, sino una inadmisibles discriminación en la medida en que, de forma general y sin cortapisas de ninguna índole, la propia ley penal al ocuparse del pago de la multa señala en su art. 39:

“5. *Pago*. La unidad multa deberá pagarse de manera íntegra e inmediata una vez que la respectiva sentencia haya quedado en firme, a menos que se acuda a alguno de los mecanismos sustitutivos que a continuación se contemplan.

6. *Amortización a plazos*. Al imponer la multa, o posteriormente, podrá el Juez, previa demostración por parte del penado de su incapacidad material para sufragar la pena en un único e inmediato acto, señalar plazos para el pago, o autorizarlo por cuotas dentro de un término no superior a dos (2) años. La multa podrá fraccionarse en cuotas cuyo número no podrá exceder de veinticuatro (24), con períodos de pago no inferiores a un mes.

7. *Amortización mediante trabajo*. Acreditada la imposibilidad de pago podrá también el Juez autorizar, previa conformidad del penado, la amortización total o parcial de la multa mediante trabajos no remunerados en asunto de inequívoca naturaleza e interés estatal o social.

Una unidad multa equivale a quince (15) días de trabajo.

Los trabajos le obligan a prestar su contribución no remunerada en determinadas actividades de utilidad pública o social.

Estos trabajos no podrán imponerse sin el consentimiento del penado y su ejecución se ceñirá a las siguientes condiciones:



- 1) Su duración diaria no podrá exceder de ocho (8) horas.
- 2) Se preservará en su ejecución la dignidad del penado.
- 3) Se podrán prestar a la Administración, a entidades públicas, o asociaciones de interés social. Para facilitar su prestación la Administración podrá establecer convenios con entidades que desarrollen objetivos de claro interés social o comunitario. Se preferirá el trabajo a realizar en establecimientos penitenciarios.
- 4) Su ejecución se desarrollará bajo el control del juez o tribunal sentenciador, o del juez de ejecución de penas en su caso, despachos que para el efecto podrán requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la administración o a la entidad o asociación en que se presten los servicios.
- 5) Gozará de la protección dispensada a los sentenciados por la legislación penitenciaria en materia de seguridad social.
- 6) Su prestación no se podrá supeditar al logro de intereses económicos.

Las disposiciones de la Ley Penitenciaria se aplicarán supletoriamente en lo no previsto en este Código.

En los eventos donde se admita la amortización de la multa por los sistemas de plazos o trabajo, el condenado suscribirá acta de compromiso donde se detallen las condiciones impuestas por el Juez”.

Así las cosas, al condenado —téngase muy en cuenta: normalmente, una persona sin recursos económicos y, por supuesto, dada su condición de recluso, sin trabajo y/o medio de manutención alguno— sólo le quedan las siguientes posibilidades:

- 1) Pagar automáticamente.
- 2) Pagar a plazos —que pueden llegar hasta los dos años— y, vencidos ellos, solicitar la libertad electrónica.



- 3) Pagar mediante trabajo y, una vez culminado ello, solicitar la libertad con vigilancia electrónica.

Si es lo primero, sólo quienes posean recursos suficientes podrán pagar automáticamente la multa con lo cual, y aquí radica la desigualdad, los desposeídos de fortuna no podrán acudir al sustituto. Se vuelve, pues, la ley discriminatoria y desigual.

Si es lo segundo, ante la carencia de recursos para hacer el pago automático aunque ello se puede hacer de manera fraccionada, a la persona **se le obliga a permanecer hasta dos años más descontando pena de prisión** para poder aspirar a que opere el sustitutivo; esto es, en la práctica no opera.

Y, si es lo tercero, ante la imposibilidad de cancelar tiene que pagar mediante trabajo a la par que descuenta la pena de prisión, sin que se señale un plazo definitivo para ello. Se le niega, pues, de plano el sustituto o sustitutivo.

En otras palabras: el texto demandado “**que se realice el pago total de la multa**” es inconstitucional porque es desigualitario, discriminatorio, e impide que realmente operen las formas subsidiarias de pago previstas en el legislador en el art. 39 y **termina, por esta vía, imponiendo el pago automático de la multa.**



En segundo lugar, así la H. Corte ya se haya pronunciado sobre la materia bien valdría la pena que se revisaran los argumentos aducidos en su momento para declarar la constitucionalidad de apartes similares, porque si se miran los razonamientos allí consignados todo indica que no se midieron con claridad los alcances de los textos sobre la materia y que —sin entrar al fondo del debate— dicho organismo sólo se limitó a decir que “...**la ley ha previsto que el monto de la misma debe estar acorde con la capacidad de pago del individuo, lo cual descarta que exista un tratamiento igualitario para situaciones fácticas disímiles...**” y que “**la Ley sí dispensa un trato diferenciado para situaciones que realmente lo merecen, por lo que la norma no encarna discriminación alguna**”.

Sí, es cierto, la Ley prevé ese distingo pero el problema no reside allí sino en el hecho de que, por mandato legal (arts. 38A, 63 y 64), ese “trato diferenciado” resulta inoperante porque la única posibilidad que se le brinda al condenado —si quiere acudir al sustitutivo de forma inmediata— es el pago automático de la multa. Con ello, obvio es decirlo, se desconoce la verdadera naturaleza jurídica de figuras como la libertad con el empleo de manilla electrónica que es potenciar la sustitución inmediata de la pena de prisión y no, como ahora sucede, su condicionamiento a que se den ciertas posibilidades: que pague durante dos años o trabaje durante un lapso indeterminado de tal manera que el goce del sustitutivo se dilate a lo largo de los meses y los años.



En otras palabras, la exigencia contenida en el art. 38 A inc. 1º, num. 4º: **“que se realice el pago total de la multa”** si no se la entiende en el contexto en el cual la ubica el artículo 38 —que, claramente, señala qué hacer cuando la persona está en incapacidad de pagar la multa— es inconstitucional (cfr. Const. Pol., art. 13) porque entraña una discriminación que la ley penal no prevé al exigir el pago automático impidiendo, así, la operancia de los mecanismos sustitutivos.

Así mismo, en tercer lugar, prueba inequívoca de que se vulnera el principio constitucional de la igual —que no sólo es formal sino material— es el hecho de que **otros sustitutivos similares a los examinados no están condicionados al pago de la multa**. Es lo que sucede con la prisión domiciliaria (art. 38) que, es bueno recordarlo, al prever una medida parecida pero de otra naturaleza jurídica, impone el pago de los perjuicios ocasionados con el delito aunque lo condiciona: “Reparar los daños ocasionados con el delito, **salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo**”; la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave (art. 68); la sustitución de la detención preventiva (art. 314) y la sustitución de la ejecución de la pena (art. 461), que tampoco traen ninguna exigencia como la señalada.

No se entiende, pues, como en un Estado Social y Democrático de Derecho (cfr. arts. 1 y ss. de la Constitución Política), los sustitutos, sucedáneos o sustitutivos llamados a atemperar la situación de los privados de la libertad y a potenciar su rehabilitación, su resocialización —acorde con el programa



penal de la Constitución: cfr. arts. 1º, 5º, 12, 17 y concordantes—, potencien el sometimiento de algunos penados a un tratamiento disímil, máxime que en el entramado constitucional vigente se impone no sólo la igualdad formal sino la igualdad social, la ausencia de discriminaciones y, finalmente, la igualdad sustancial.

IV. CONCLUSIÓN

Así las cosas, Honorables Magistrados, a título de **petición principal**, si se analizan con detenimiento las razones anteriores se debe concluir que el aparte del Art. 38A demandado: “**que se realice el pago total de la multa**”, es inconstitucional por ser violatorio del principio de igualdad (formal y material) previsto en el artículo 13 de la Carta, cosa que también sucede en los artículos 63 y 64 del Código Penal a los cuales ese organismo debería extender este pronunciamiento, para lo cual debe acudir a los mecanismos que la moderna técnica de control constitucional les brinda, pues las razones puestas en consideración para declarar ahora su inconstitucionalidad serían otras.

A título de **petición subsidiaria**, si se desecha el pedimento principal, se debería declarar la *constitucionalidad condicionada* del aparte demandado, en el entendido de que el pago de la multa automática allí dispuesto sólo es exigible a la persona que tenga los recursos suficientes para cancelarla, salvo que se **demuestre la imposibilidad de hacerlo**, como con toda claridad lo exige el legislador al prever otros mecanismos de pago para



quien está en imposibilidad de hacerlo, en cuyo caso nada impediría que quien se encuentre en esta situación pueda acceder al sustituto de la libertad con manilla electrónica.

Agradeciéndole a los H. Magistrados que hayan pensado en nuestra Especialización en Derecho Penal para estos efectos, me es grato suscribirme de Ustedes,

Atentamente,