

CORREO #44.- PANDEMIA COVID-19. REMITE DAVID VANEGAS GONZÁLEZ, MAGISTRADO SALA DE DECISIÓN PENAL TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA, EN VIRTUD DEL PRINCIPIO SUPERIOR DE COLABORACIÓN ARMÓNICA.

En el día de hoy les comparto un documento suscrito por algunos profesionales del derecho, por el cual se pronuncian críticamente acerca de las medidas decretadas por el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 546 de 2020, para prevenir el contagio por Covid-19 en las cárceles del país.

El documento está suscrito por un número plural de personas conocidas en nuestro medio académico y que siempre han asumido una postura coherente en el tema de protección de los Derechos Humanos; tal es el caso de los profesores Fernando Velásquez Velásquez y Jaime Sandoval Fernández, solo para hacer una ejemplificación no excluyente y sin demeritar el vasto y reconocido prestigio académico de los demás firmantes.

El documento, o manifiesto, como ha sido titulado, llama a una profunda reflexión y se resalta su objetividad, pues en manera alguna se dirige un reproche contra la Rama Judicial del Poder Público ni a sus funcionarios judiciales; y no debía ser de otro modo, pues los jueces estamos obligados, en principio, a acatar las normas expedidas en el escenario natural de las leyes y,

como en este caso, en el ambiente extraordinario propio de los estados de excepción, en el cual se expiden decretos con fuerza de ley.

Ha habido situaciones en las que - *ante la evidente incompatibilidad de las leyes, en su concepción amplia, con la Constitución Política* -, los jueces hemos acudido a la figura de la excepción de inconstitucionalidad, de que da cuenta el artículo 4 superior; aún no conozco un pronunciamiento en este sentido, emitido por alguna autoridad judicial o jurisdiccional del país, y sin el ánimo de llamar a la desobediencia irreflexiva, - *y lo digo desde mi perspectiva personal que no institucional*-, es factible que algunas situaciones que se presenten en la actual coyuntura, no estén reguladas en el Decreto de Emergencia, por el cual se adoptaron medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación por Covid-19.

Tales serían por ejemplo, los casos de afectaciones al derecho a la vida y la salud de personas privadas de la libertad en virtud de sentencia condenatoria o medida de aseguramiento, cuya situación particular no encaje en las permisiones del decreto ley y, - *muy por el contrario* -, esté incluida en el amplísimo listado de excepciones que, en la práctica, pueden hacer nugatoria la protección de los derechos humanos que probablemente se pretenden proteger con la expedición de la norma extraordinaria ya citada.

Es ahí donde se habrá de requerir posturas jurídicas que vayan más allá del inciso; es decir, que al momento de tomar decisiones no se tengan en cuenta única y exclusivamente interpretaciones restrictivas de la normas positivas y, en cambio, se acuda a la doctrina y jurisprudencia constitucional referidas a los principios en los que debiera descansar la aplicación del derecho positivo; del mismo modo, no debiera soslayarse la realidad nacional propia de las cárceles colombianas, de la manera como lo ha descrito la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, al momento de declarar el “**estado de cosas inconstitucional**” en los centros de reclusión del país.

Y aquí reitero - *siguiendo las orientaciones del profesor Gustavo Zagrebelsky, contenidas en un argumento del cual me auxilio en situaciones críticas*, - la necesidad de dar aplicación prevalente a los principios, cuando la regla se torne contraria a la Constitución, al respecto, el autor aludido expone:

*“Si el derecho sólo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la maquinización de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea, típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios. **La aplicación de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de***

nosotros una reacción, se tome posición ante ésta de conformidad con ellos. *Una máquina capaz de tomar posición en el sentido indicado es una hipótesis que ni siquiera puede tomarse en consideración mientras la máquina siga siendo máquina". (El derecho ductil Gustavo Zagrebelsky, págs. 109 y ss. Ed. Trotta. Cuarta edición 2002). (Resaltado y negrilla fuera de texto).*

En el manifiesto que comparto con ustedes, se invocan en esencia sentimientos de humanidad, nada más apropiado en el contexto de una actividad en la que es evidente el dolor humano que se genera en quienes tienen que padecer la respuesta estatal propia del jus puniendi.

Y ya que se ha hecho alusión a criterios de humanidad, *siguiendo el pensamiento del gran filósofo italiano Gianni Vattimo*, en la difícil labor judicial debiera aplicar como principio categórico la combinación entre

*“(...) **la conciencia de la inevitabilidad de la justicia penal** – a condición de que sea justa, es decir, igualitaria y no contaminada por los privilegios reservados a los ricos y poderosos – **y el reconocimiento de la insuperable violencia que siempre caracteriza a toda imposición de cualquier pena.** Ésta es la razón por la que siempre se requerirá prudencia y cautela en todo uso del poder represivo. Ningún juez puede condenar aplicando rigurosamente la ley sin un poco de remordimiento y de mala conciencia, es decir, sin ese fondo de humanidad (nunca agotable en la definición del derecho positivo) y sin*

el cual toda justicia pasa a ser pura y simple barbarie”.¹ (Negritas y subrayas fuera de texto).

El pensamiento que se acaba de mencionar, perfectamente encaja en la actual crisis que atraviesa la humanidad toda, y que requiere que los jueces nos dejemos persuadir, en el caso concreto y atendidas las circunstancias particulares, por ese “**poco de remordimiento, de mala conciencia y de humanidad**” para que el poder punitivo no llegue a ser más perverso que el cumplimiento de la pena o de las privaciones cautelares de la libertad en reconocidas condiciones de indignidad, en el contexto de lo que ha llamado la Corte Constitucional “estado de cosas inconstitucional”.

Amablemente,

DAVID VANEGAS GONZÁLEZ
Juez de la República

¹ Vattimo, Gianni. Prólogo a la obra “La cuestión Criminal” de Eugenio Raúl Zaffaroni. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá, 2013.