

Necesidad del diálogo en la optimización de principios procesales del derecho procesal penal*

Needing of dialogue for the optimization of procedural principles of criminal procedural law

A necessidade de diálogo na otimização dos princípios processuais do direito processual penal

Luz Mireya Mendieta Pineda

Doctora en Derecho Penitenciario de la Universidad Libre, Magister en Derecho Procesal de la Universidad Libre y Especialista en Instituciones Jurídico-Políticas. Docente investigadora y titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Tunja, Colombia. Código ORCID: 0000-0003-0371-5012. luz.mendieta@uptc.edu.co

Juan Sebastián Bautista Pulido

Abogado por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Nacional de Colombia (C). Investigador del grupo de investigación Reconciliación con la Justicia y la Dignidad Humana "Red-Humana". Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Tunja, Colombia. Código ORCID: 0000-0001-6580-1704 juanchoba77@gmail.com

Wilmar Niño Hernández

Abogado por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Nacional de Colombia (C). Joven Investigador de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, grupo de investigación Derechos Humanos y Medio Ambiente, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Tunja, Colombia. Código ORCID: 0000-0003-0297-1663. wilmar.nino@uptc.edu.co

Fecha de recepción: AGOSTO 25 DE 2020

Fecha de aceptación: SEPTIEMBRE 30 DE 2020

Resumen

Se busca orientar la respuesta a la ley procesal penal por la capacidad del Operador Jurídico (jueces y operadores). Teniendo como punto inicial las declaraciones del "Estado de cosas inconstitucional" dentro de la Sentencia T-762 de 2015 emitida por el Tribunal Constitucional. En el estudio del poder punitivo, la cárcel y el derecho penal, se toman como base los aportes de la criminología crítica y la sociología jurídica. Esta investigación ha diagnosticado una falta de diálogo entre los sujetos interesados, afectados e intervinientes, que ha llevado a la actual crisis penitenciaria. Por tanto, es necesario un retorno a los principios del derecho procesal que consigan dar como resultado el desarrollo de un "Derecho Penal Humano", llamado así por Raúl E. Zaffaroni. Algunos problemas dialógicos y democráticos han sido explicados en el desarrollo del derecho penal y procesal penal en Colombia.

Palabras Clave: Cárcel, Colombia, criminología, teoría de la comunicación, principios.

*Cómo citar: Mendieta-Pineda, LM; Bautista-Pulido, JS & Niño-Hernández, W. (2021). Necesidad del diálogo en la optimización de principios procesales del derecho procesal penal. *Revista Criterio Libre Jurídico*, 18 (1), e-7457. doi: 10.18041/1794-7200/clj.2021.v18n1.7457

El presente artículo constituye un producto de investigación parcial del proyecto; La eficacia como herramienta de la Agenda 2030 "hacia un desarrollo económico, social y medioambiental" SGI. 2825. Perteneciente al Grupo de investigación Derechos Humanos y Medio Ambiente. Artículo de Investigación desarrollado en cooperación entre el Grupo de investigación Derechos humanos y Medio ambiente, reconocido y clasificado en MINCIENCIAS 2018 Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC y el grupo de investigación Reconciliación con la Justicia y la Dignidad Humana "Red-Humana", Reconocido y Clasificado MINCIENCIAS 2018 Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC. Seleccionado como uno de los mejores trabajos presentados en el XIII Congreso Internacional de Derecho Procesal y el concurso Nuevas Dinámicas del Derecho Procesal 2020, organizado por la Universidad de Medellín de Colombia.

Abstract

This article seeks to demonstrate the urgency of dialogue between the different influential actors within the criminal politics in Colombia in order to solve his penitentiary crisis. This is looking to guide the response to the criminal procedural law by the Legal Operator's capacity (judges and operators). Having as a initial point the declarations of the "Unconstitutional State of Things" inside of the Sentence T-762 of 2015 made by the Constitutional Court. In the study of the punitive power, the jail and the criminal law, the contributions made by the critical criminology and the legal sociology are taken like the basis. This investigation has diagnosed a lack of dialogue between interested, affected, and intervening subjects, that has led to the current penitentiary crisis. Therefore, it is necessary a return to the principles of the procedural law that get result in the development of a "Human Criminal Law", called in this way by Raul E. Zaffaroni. Some dialogical and democratic problems have been explicated in the development of the Criminal law and Criminal procedural law in Colombia.

Keywords: Prision, Colombia, criminology, communication theory, principles.

Resumo

Ela procura orientar a resposta ao direito processual penal pela capacidade do Operador Jurídico (juízes e operadores). Tomando como ponto de partida as declarações do "estado de coisas inconstitucional" no Acórdão T-762 de 2015 emitido pelo Tribunal Constitucional. No estudo do poder punitivo, da prisão e do direito penal, as contribuições da criminologia crítica e da sociologia jurídica são tomadas como base. Esta pesquisa diagnosticou uma falta de diálogo entre os sujeitos em questão, os afetados e os envolvidos, o que levou à atual crise carcerária. Portanto, um retorno aos princípios do direito processual é necessário, resultando no desenvolvimento de um "Direito Penal Humano", assim chamado por Raúl E. Zaffaroni. Alguns problemas dialógicos e democráticos têm sido explicados no desenvolvimento do direito penal e do direito processual penal na Colômbia.

Palavras-chave: Prisão, Colômbia, criminologia, teoria da comunicação, princípios.

Introducción

Partiendo de una de las dos grandes crisis humanitarias en Colombia, internacionalmente más notorias y constitucionalmente determinadas; la cárcel. Se desarrollará la hipótesis de que subsiste una carencia de diálogo en la normativa procesal penal y su aplicación, en relación con los principios del derecho procesal, que afectan gravemente la crisis carcelaria. Entendiendo el diálogo desde un enfoque micro-macro de las condiciones racionales y las interacciones de los sujetos interesados, afectados e intervinientes. Un diálogo que se debe basar en el retorno a los principios del derecho procesal y constitucional, alejándose de nociones idealistas del derecho penal y de los principios de la ideología de la defensa social (Baratta, 1991). Es necesario entonces una aproximación científica y práctica a través de los saberes de la criminología crítica y la sociología jurídica donde con mayor claridad y científicidad se ha estudiado el problema.

Los enfoques que sustentan la investigación son especialmente las corrientes criminológicas críticas de Alessandro Baratta y Raúl E. Zaffaroni, así como la teoría de la comunicación de Jürgen Habermas.

El texto abordará en tres partes la problemática. Primero en "Infierno carcelario: Caso de Estudio" se repasan los principales aportes criminológicos sobre la cárcel, su sustento, legitimación y contradicciones. Sin dejar de reconocer algunas polémicas en el discurso criminológico como la radicalización y las implantaciones no adecuadas. Al estudiar el caso de la cárcel en Colombia se profundiza en la incidencia de la norma procesal y en la toma de decisiones de los operadores jurídicos, a través del Estado de Cosas Inconstitucional desarrollado en la T-762 de 2015 y el estudio de Vélez Ospina al respecto (2013). En "La idea del diálogo en los problemas estructurales" se abordan las teorías comunicativas, analizando el reconocimiento tanto de los sujetos consientes como de los intervinientes. Estudiamos los problemas dialógicos en el desarrollo normativo procesal penal y en la labor de los operadores jurídicos. Teniendo en cuenta el mal uso del lenguaje comunicativo, la viciada universalidad que legitima decisiones y normatividad y el desarrollo de un proceso judicial incentivador (promotor de la deliberación y la acción comunicativa) en pro de los llamados fallos dialógicos, analizando un par de casos. Finalmente, en "Primeras Aproximaciones del Dialogo como Principio Optimizador" se analiza la labor de los principios en la búsqueda de un Derecho Penal Humano basado en las posibilidades reales de los operadores jurídicos. Se profundiza el concepto del diálogo como optimizador de principios.

Infierno carcelario: caso de estudio

(...) nunca en la historia del país la problemática carcelaria fue tan grave como la que hoy afrontamos. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-762 de 2015)

Pensar la cárcel desde la criminología crítica y la sociología jurídica

La norma procesal penal por un lado y las decisiones de los operadores jurídicos por otro, deben potenciar un dialogo de saberes para con ello ejercer su poder jurídico de la mejor manera para ayudar a superar esta crisis. El problema del dialogo de saberes es sintomático en el derecho. Hay una continua endogamia de los juristas, por ejemplo, en los saberes penales y criminológicos subsiste abierta separación. Es común escuchar entre jueces y abogados, que ejercen oficios de aplicación de las normas a casos reales,

lecturas del sistema punitivo y carcelario abiertamente contrarios a las evidencias empíricas y lógicas, que son las que ha aportado la criminología crítica de las últimas décadas.

La legitimación jurídica de la cárcel como instrumento principal del poder punitivo para luchar contra los ilegalismos (Foucault, 1975), se encuentra en el código penal y en la Constitución Política. Podemos mencionar algunos de los principales discursos de legitimación del poder punitivo, entendidos en la ideología de la defensa social como principios, para su posterior análisis:

1. Principio de igualdad: la ley penal se aplica a todos los ciudadanos de manera uniforme, sin atención a factores externos como su origen o condicional social.
2. Principio del fin o de la prevención.: la pena debe estar orientada a promover la reducción del crimen y brindar condiciones de seguridad a todos los ciudadanos de la vulneración de sus derechos. Esto implica también su carácter resocializador y reeducador. (Baratta, 1991)

A continuación, se expone los argumentos que plantean que cada uno de estos fines están claramente controvertidos por la criminología.

Frente al **primero**, la aplicación de las penas no solo no se da por igual a todos los ciudadanos, sino que la cárcel es una institución reproductora del crimen, herramienta de discriminación social, atención desmedida a los ilegalismos de las clases bajas. Un encubrimiento de los delitos de las clases acaudaladas o dirigentes. La cárcel es dependiente y reproductora de los sistemas de producción capitalista en relación con el mercado de trabajo y el ejército de reserva, un sistema entonces que perpetua la dinámica de exclusión y marginación (Baratta, 1991).

Las teorías del *labelling approach*, la cifra oscura de la criminalidad y el delito de cuello blanco, han implicado prácticamente la anulación del principio de igualdad ante la ley. Estas teorías desarrollan una sólida argumentación sobre cómo las instituciones realizan una selectividad oficial y no oficial de los posibles procesados, basados en diversas condiciones como prejuicios racistas o de clase. Ello implica que el principio de igualdad, o sea la base misma de la ideología de la Ley Penal, sea puesta en profunda duda, puesto que la minoría criminal a la que se refiere la definición sociológica aparece, en la perspectiva del *labelling approach*, como el resultado de un proceso altamente selectivo y desigual¹.

Frente al **segundo**, la criminología desarrolla las contradicciones del discurso penitenciario al pretender corregir a los “criminales” cuando no hay una reeducación de la sociedad que generó la marginación generadora del crimen (Baratta, 1991). Los efectos negativos que tiene el encierro sobre la sociabilidad de las personas, y la paradoja de pretender resocializar a alguien buscando su exclusión. La cárcel como escenario reproductor de la sociedad capitalista, jerarquizada y excluyente (Foucault, 1975). En esta medida las tasas de reincidencia de los individuos fundamentan esta argumentación. La determinación de las penas en relación con los delitos está dada por populismo punitivo que impide la verdadera existencia de un discurso penal coherente con las afectaciones y bienes jurídicos protegidos (Zaffaroni, 2016). Las teorías de las subculturas criminales exponen que la idea de que el delincuente controvierte el sistema de valores establecidos socialmente, en tanto que el individuo social responde muchas veces a otros sistemas de valores, sistemas en que por ejemplo delinquir es una opción de vida respetada. (Baratta, 1991).

Según estas teorías de las subculturas no existe, en efecto, un único sistema oficial de valores, sino también una serie de subsistemas que se transmiten a los individuos por medio de mecanismos de socialización y aprendizaje específicos a los ambientes y a los grupos sociales particulares dentro de los cuales los individuos están insertos (p.63).

El modelo carcelario colombiano parece estar más asociado con el paradigma estadounidense de la prisión total. En contraste con la experiencia escandinava que ha sabido descentralizar la prisión y robustecer sus procesos de reinserción, el poder punitivo verdaderamente como ultima ratio, la alternatividad penal o mecanismo como las cárceles abiertas. Al respecto Hulsman (2007) señala su experiencia en Holanda en donde a partir de una profunda intervención de los sistemas penitenciarios se consiguió reducir al máximo la pena de prisión con resultados muy satisfactorios en materia de criminalidad y bienestar social (Hulsman, 2007).

En Colombia por su parte el sistema carcelario ha sido repetidamente denunciado por sus condiciones subhumanas, violatorio de las garantías mínimas de los derechos humanos, incluso configurando graves vulneraciones a los derechos humanos (CIDH, 1999). Por ello la Corte Constitucional en tres ocasiones realiza la declaratoria de Estado de Cosas Inconstitucionales (ECI), y una confirmación en la T-762 de 2015 que será estudiada más adelante. Esta situación ha generado algunos cambios como la construcción de más cárceles, la creación de comisiones y observatorios, entre otras medidas bien intencionadas, pero de poca efectividad como lo señaló la T-762 de 2015 al evaluar las medidas de los fallos previos de ECI.

Para el gobierno colombiano a través del Observatorio de Política Criminal adscrito al Ministerio de Justicia es claro el déficit de una política criminal en relación con la criminología (Criminal, 2017) o los aportes de las experiencias escandinavas pero sus casos están lejos de tener la consideración debida.

¹ Al respecto Baratta señala “La cárcel – en su dimensión de instrumento coercitivo – tiene un objetivo muy preciso: en la reconfiguración del orden social burgués (la neta distinción entre el universo de propietarios y de los no propietarios) debe educar (o reeducar) al criminal (no propietario) para que se convierta en un proletario socialmente no peligroso, es decir para que sea un propietario que no amenace la propiedad.” En “Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal” Pág. 195.

Zaffaroni expone cómo en la sociología jurídica se generan discursos cada vez más radicalizados, en donde prácticamente no puede quedar nada en pie. El Derecho Penal se cierra ante el vértigo de semejantes postulados, al punto de legitimar el poder punitivo (a partir de un “idealismo” sobre el derecho penal) y la reivindicación de los ilusorios fines de la pena. Los juristas no tenemos que legitimar el poder punitivo, sino el poder jurídico el que ejercen las agencias jurídicas. Es la única forma de preservar el Estado de Derecho. Se debe usar la razón con base en lo jurídica para bajar los niveles de violencia, bajar los niveles de selectividad (CESJUL, 2020).

Si bien la criminología crítica ha intentado desentrañar y desarticular el discurso del derecho penal tradicional que legitima el poder punitivo, ha llegado a radicalizar sus postulados a tal nivel que se desprende de las necesidades prácticas de los contextos. Zaffaroni (2016) señala la necesidad de un “realismo jurídico” en los operadores del derecho penal contrario a los principios básicos del derecho liberal (igualdad ante la ley, debido proceso, etc.), lleguen a contener o filtrar el poder punitivo desbocado. A la manera del Derecho Internacional Humanitario, sin generar utopías sobre un mundo sin guerra, establece reglas y procesos de mayor control y humanización en la medida de sus posibilidades. Esta visión pragmática del derecho debe estar acompañada por una criminología pensada para las necesidades reales de los sujetos que están sufriendo los resultados de la violencia estatal.

Otro gran problema que encuentra Zaffaroni (2016) en la criminología crítica ha sido la importación de teorías mayormente europeas, especialmente alemanas, que en muy poco se asemejan a los contextos latinoamericanos. Es necesario que más allá de reconocer los avances de un pensamiento radical como el Abolicionismo de Hulsman o la Defensa Social de Jakobs, se formen análisis e investigaciones que estudien los contextos particulares en los cuales pretenden forjar cambios, un camino que autores de la criminología crítica Latinoamérica ya han empezado desde hace varias décadas. Igualmente, las experiencias exitosas europeas deben ser tomadas con cautela, Zaffaroni señala que frente a una posible importación del modelo abolicionista de Hulsman (2007):

(...) el efecto sería la inmediata asunción de esa parte del control social por otros mecanismos aún más peligrosos, represivos e irracionales, como pueden ser los organismos administrativos, la psiquiatría o la magistratura civil con facultades penales encubiertas (...) llevaría a una violencia contagiosa, debido a las distancias que separa a los grupos en conflictos en la sociedad y por la marginación que del sistema productivo sufren muchos de ellos (Fernández Muñoz, 1993, p. 184).

Cárcel en Colombia Sentencia T-762 de 2015

La sentencia reconoce algunos de los principales problemas estructurales del sistema penitenciario y carcelario teniendo un enfoque del desarrollo de una política criminal conforme a las necesidades y fines esenciales del Estado. Esto acorde al texto constitucional y una leve atención por disposiciones internacionales aplicables por bloque de constitucionalidad. Se señala el carácter reactivo del derecho penal colombiano, el populismo punitivo, la afectación del principio de ultima ratio, entre otros problemas. En numerosos momentos se marca la carencia de información certera y confiable, la necesidad de la creación de bases de datos y el urgente surgimiento de evidencia empírica en la toma de decisiones desde un enfoque de políticas públicas integrales. Se manifiesta entonces un interés holístico y recopilatorio. Integra diversos saberes provenientes de la criminología crítica como el garantismo penal de Ferrajoli. Nunca se habla explícitamente de criminología crítica. Es fundamental la labor de recopilación y análisis de las sentencias previas del ECI del sistema penitenciario: la T-153 de 1998 y la T-388 de 2013. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-153 de 1998 & Sentencia T-388 de 2013)

Uno de los problemas comunes en el discurso judicial es la innecesaria búsqueda de justificar los fines de la pena² o legitimar el poder punitivo³. En el caso de la T-762 de 2015, los magistrados optaron por fijar el foco en el fin resocializador de la pena, pero basándose en la evidencia empírica para encontrar una justificación racional y democrática. Concretamente se hace referencia al Informe de la Comisión Asesora de Política Criminal en la búsqueda a la minimización del uso de la prisión. Se recalca la situación estructural del surgimiento de la delincuencia referente a condiciones económicas, sociales y culturales. Se promueve la descentralización de la pena de prisión, en apoyo a penas alternativas. Proponiendo una revisión del sistema de penas.

Así mismo se declarará que la Política Criminal colombiana ha sido reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad. Y que el manejo histórico de la Política Criminal en el país ha contribuido a perpetuar la violación masiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad e impide, en la actualidad, lograr el fin resocializador de la pena (Corte Constitucional De Colombia, Sentencia T-762 de 2015).

En este escenario de política criminal la Corte sugirió una serie de medidas, algunas vinculantes, algunas con plazos fijos, otras como meras recomendaciones para en sus palabras poder cumplir con un “estándar constitucional mínimo que debe cumplir una política criminal respetuosa de los derechos humanos”.

² Al respecto señala Raul E. Zaffaroni “Pese a que esta multiplicidad funcional es evidente, los penalistas insisten obcecadamente en reducirla a *funciones* que la legitiman en el puro campo del *deber ser*, pero que sólo excepcionalmente coinciden con la *realidad* (...) las penas nunca son –ni tampoco pueden ser– como conforme a cualquiera de los bocadillos de la bandeja del viejo Bauer se imagina que deben ser.” en Derecho Penal Humano y Poder en el Siglo XXI (Bogotá: Grupo editorial Ibáñez) 1^a ed.

³ Al respecto señala Raúl E. Zaffaroni “durante medio milenio operamos con las mismas estructuras básicas de pensamiento y confrontamos con amenazas supuestamente cósmicas con las que nos estafó el poder punitivo para aniquilar a millones de personas, cabe detenerse en la metodología discursiva con que elaboramos nuestros proyectos de ejercicio del poder jurídico de contención en la actualidad” en Derecho Penal Humano y Poder en el Siglo XXI (Bogotá: Grupo editorial Ibáñez) 1^a ed.

En ese afán por entender el problema de manera holística se diferencian tres etapas de criminalización, las cuales son analizadas en la sentencia. La 1ª referente a la creación de la norma y las medidas adoptadas por los entes gubernativos, la 2ª ejercida en la judicialización e investigación criminal y la 3ª respecto a la aplicación de las penas y medidas de seguridad.

En lo que respecta a esta investigación es en la criminalización secundaria especialmente donde nos detenemos, en la norma procesal penal y su aplicación. La sentencia plantea un primer problema sobre el excesivo uso de la prisión como pena privativa de la libertad y como medida preventiva en el proceso de investigación. Una de las causas se podría hallar en que jueces y fiscales son obligados por presión social o mediática a su uso⁴.

El Derecho Procesal Penal, una mirada crítica del sistema acusatorio

El propósito de la reforma procesal era conseguir que los justiciables renunciaran al debido proceso y en su lugar acogieran el subsistema de justicia negocial, de tal suerte que la condena se impusiera sin las fatigas de un juicio previo (Vélez Osorio, 2013, p. 27).

Un tema estudiado hondamente por Vélez Osorio es la relación con las modificaciones introducidas en las reformas de 2004 y subsiguientes que dieron como resultado el vigente Sistema Penal Acusatorio. Este tenía como objetivo aparente acoger las tendencias del garantismo penal, contrarrestando el excesivo poder decisorio que recaía en una institución como la Fiscalía en el Sistema Inquisitorial. Su desarrollo y planteamiento llevó a “el incremento de las restricciones a la libertad de los justiciables y en la introducción de un subsistema de justicia negocial que alimentara las condenas sin proceso” (Vélez Osorio, 2013).

De acuerdo con la investigación de Vélez es evidente la existencia de un doble discurso en el que públicamente se buscaba cumplir los altos estándares internacionales del garantismo penal. Pero de fondo se buscaba la ampliación de las facultades del Estado para afectar la libertad y ampliar el ejercicio del poder punitivo. Esto en referencia tanto al aparente uso excepcional de las medidas de aseguramiento, como de la judicialización conforme a un proceso riguroso en valoraciones legales y empíricas. A pesar de esos postulados generales, a partir de detalles normativos se daba vía libre a un ejercicio del poder punitivo desbocado que son en buena medida los causantes de la actual crisis carcelaria.

(...) los presos no son condenados, se ha recurrido a un extraño expediente para convertir a los presos sin condena en condenados sin juicio. Es así como el proceso penal se ha convertido en una negociación de tiempo (Zaffaroni, 2016, p. 78).

Un derecho penal autoritario de vulneración masiva de los derechos fundamentales de protección a la libertad y al debido proceso se ha ido perfilando, en camino a una ideología antiterrorista y de seguridad ciudadana (seguridad democrática). Esta estructura penal se caracteriza a su vez por el llamado eficientísimo en donde el interés por el cumplimiento de cifras prima por sobre la garantía de las libertades y los derechos. Existencia de un sistema que privilegia la rendición temprana más que la búsqueda por la verdad. Priorización de las negociaciones y preacuerdos. Ampliación de penas para generar mayor posibilidad de sentencias sin procedimiento. En la misma línea se restringen los subrogados y sustitutos penales (Vélez Osorio, 2013). La corte constitucional señaló recientemente:

Desafortunadamente los países occidentales han experimentado en las últimas décadas un aumento sin precedentes en el encarcelamiento, fundado en una serie de causales dentro de las cuales se destacan: (i) el aumento progresivo de la prisión provisional respecto del encarcelamiento sufrido en expiación de la pena; (ii) la acción de los medios de comunicación, que ha conferido a los procesos, sobre todo a los seguidos por delitos de particular interés social, una resonancia pública que a veces tiene para el reo un carácter afflictivo y punitivo bastante más temible que las penas; (iii) la hiperexpansión del derecho penal; y (iv) el cambio de las formas de la criminalidad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-267 de 2015).

Para contrarrestar este uso desmedido del sistema carcelario la Corte Constitucional y algunos tratados internacionales como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) que han buscado alentar el uso de penas alternativas.

(...) es claro que nuestra legislación no es ajena a las corrientes de la criminología crítica, pues pese a no recoger una posición extrema como sería la corriente abolicionista, le da cabida a los subrogados penales para evitar la permanencia de los individuos en las prisiones, cuando son sentenciados y condenados a penas privativas de la libertad, buscando con estas medidas dar aplicación en concreto a una de las funciones declaradas de la pena como es la resocialización del sentenciado. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-806 de 2002)

⁴ Ha influido bastante reformas tanto en incremento de penas para requisitos objetivos que afectan el acceso a subrogados penales, igualmente la prohibición de una larga lista de delitos imposibilitan a los jueces conceder penas sustitutivas o subrogados, así, como presunción de ciertos delitos requiriendo obligatoriamente la imposición de medida de aseguramiento, es decir de manera objetiva, desestimando requisitos subjetivos, circunstancia que en efecto fue promovida por el populismo punitivo, sin embargo actualmente sobre varias conductas la presión social ya logro intención, atando de manos a los jueces por conducto legal, por tanto no queda más que decidir pena privativa sin subrogados o sustituciones de pena, o de manera preventiva medida de aseguramiento, esto se puede ver con delitos del inciso 2- artículo 68A del Código Penal.

Sin embargo, como señala Vélez Osorio (2013) han existido no solo una falta de acciones para la efectividad de estas sino una abierto ataque a su implementación:

(...) era preciso encarcelar a todo aquel que pudiera representar un peligro para la comunidad, la prohibición de beneficios y subrogados para los reincidentes, de suyo satanizados por quienes insistían en hacerlos responsables de todas las tragedias humanas, representaba la punta del iceberg en la política de garantizar que todo delincuente debía estar privado de su libertad. Ya no era importante explorar los argumentos que motivaron históricamente la consagración de los subrogados penales, tendientes a minimizar los efectos de la reclusión; tampoco las fundamentaciones del sistema de justicia negocial que harían más eficaz el sistema acusatorio; ahora la necesidad de perseguir la criminalidad aconsejaría un drástico tratamiento para los reincidentes, evitando no solo su excarcelación sino también las rebajas de pena u otro tipo de beneficios que implicaran riesgos y que alimentaran en la opinión pública la idea de desprotección e impunidad (p. 147).

La idea del dialogo en los problemas estructurales

Los hechos notorios del caso se limitan a dos problemas estructurales; la cárcel y el sistema penitenciario y carcelario en Colombia. Traen consigo la siguiente subdivisión de problemas: 1. La asimilación de una primera respuesta al Estado de Cosas Inconstitucionales en Colombia ECI, 2. Problema en el entendimiento o unión por una causa en las reflexiones teóricas de académicos del derecho penal con los criminólogos, y 3. La presión social, la sumisión institucional y la violencia generada por un sistema pensado en los resultados. Precisamente la clasificación jerarquizada cuenta con un gran problema visto desde una escala general y amplio de las instituciones, con una escala individual y reducida de las relaciones particulares en una sociedad. Nos referimos al problema del dialogo desde un enfoque micro-macro de las condiciones racionales y las interacciones de los sujetos interesados. En ese orden de ideas, se identifica un problema del dialogo de las sentencias con la sociedad, la confrontación e imposición entre teorías, el poco dialogo entre las realidades sociales y las instituciones, y en especial, la falta de comunicación racional dentro de una concepción de sociedad en común.

La concepción de una sociedad en común parte del reconocimiento mutuo de los sujetos con conciencia. Los sujetos bajo una serie de operaciones conscientes pueden ver la realidad social desde adentro, sin la necesidad de que un sujeto los vea desde el exterior. Esta idea pone en manifiesto la existencia de una ineficacia de los fines de la pena, principalmente, cuando la única finalidad pareciera ser la función resocializadora de la pena, sin embargo, esta cae en una evidente contradicción, donde se pretende cambiar al criminal sin cambiar a la sociedad que genera la criminalidad. La idea es no poner los ojos tan solo en los fines de la pena, en cambio sí, en la construcción de un mundo simbólico de interaccionismo y la integración del conocimiento empírico, los datos reales, establecer nuevas premisas a partir de la lógica y demostración científica. Es decir, una conformación del mundo desde el pleno reconocimiento por parte de los sujetos, todo esto, dentro de una práctica comunicativa.

La experiencia comunicativa y el reconocimiento de los sujetos se han visto envueltos en limitaciones prácticas, principalmente, por la existencia de reglas y principios que impiden la conexión entre los mismos sujetos participantes. Por consiguiente, el límite que encuentran los sujetos participantes y conscientes, fracturan de sobremanera el camino simbólico que los lleva a encontrarse con la identificación de una regla social. Ese punto de encuentro, en definitiva, hallaría perspectivas en común cuando los sujetos participantes y las expectativas de acciones, tienen una conjugación o similitud en la búsqueda de una regla y principio, bajo un significado en común (Habermas, 1970-1971). Los sujetos y sus expectativas transitarían por un puente entre la racionalidad de los fines (pena) y el mundo constituido por un proceso de interacciones buscando, en principio, romper con el marco de confrontación entre los sujetos participantes, la realidad y la acción social que los rodea.

Los grandes problemas de la cárcel y el sistema penitenciario y carcelario en Colombia evidencian la no existencia de una apertura a la racionalidad de los fines, ni mucho menos una construcción de interacciones dentro de la acción social. Se puede evidenciar, principalmente, con el ejemplo que brinda el ECI, donde se pone en manifiesto los fallos, la política criminal y la ley procesal penal conducidos por circunstancias muy ajenas a la idea primordial del garantismo penal, entre otros, por una aserción a un falso garantismo según el orden del discurso político y un conocimiento teórico que difiere bastante del conocimiento práctico y científico de los hechos. Esta conjugación de problemas y discursos tergiversados, ha llevado a que el sistema penal en Colombia pervierta las garantías procesales de las personas, viole los derechos fundamentales y socave los principios necesarios del sostenimiento institucional. En otras palabras, las instituciones terminan siendo sus propios verdugos.

Un mal uso del lenguaje comunicativo, la falta de un cumplimiento de los fines de la pena y el menosprecio a las interacciones de los sujetos conscientes, dan origen a que las instituciones se han guillotinas. Ejemplos como; un derecho penal pensado en el autoritarismo, la seguridad democrática y el cumulo de resultados, donde a mayor apertura de centros carcelarios, mayor aumento de casos. Son paradojas que evidencian la contradicción entre fines (prevención de la pena) e interacciones, donde la lucha contra la criminalidad demostró que, desde el inicio de los procesos judiciales las cárceles se atiborraron de personas presas por las dudas, o que, los usos pervertidos del principio de contradicción fomentaron una acumulación masiva, carcomiendo la idea del dialogo dentro del juicio oral, las pruebas y en especial la verdad judicial.

Por otro lado, la existencia de problemas recae, de igual manera, en la superioridad intermitente de los jueces y fiscales, y la inferioridad a la que son expuestos los sospechosos. La noción existente de que los jueces son adjudicadores del conflicto, ha llevado a fallas estructurales en la búsqueda de una protección más amplia de los derechos, principalmente por la no existencia a una apertura de

los procedimientos judiciales, ya que, su actuación se limita a la lógica binaria del sí y del no, o del detenido, condenado y liberado. Esta concepción ha generado una insatisfacción del funcionamiento institucional, donde se señala y se coloca en grandes dificultades el papel del juez dentro de un proceso judicial. El juez termina siendo el gran culpable en esa cadena de hechos, deduciendo que la condena no recae sobre quien cometió el delito, sino, sobre quien sentenció los hechos.

El sujeto activo sería la persona que cometió un delito, pero es consciente de sus acciones. Al ser consciente de sus acciones, tener fines en común y buscar ciertas interacciones, se blinda de herramientas que dan apertura a una participación activa en las deliberaciones sociales y políticas. En esencia, sería un postulado ideal y necesario. Pero la realidad de la situación social muestra a sujetos marginados a un espacio de rechazo por la comunidad, violación de los derechos y la pérdida de aspectos sociales y culturales positivos dentro de una sociedad. Son hechos notorios en todas las clases sociales, y que muestran el grado de exclusión a que pueden llegar los seres humanos en escenarios de justificación de las acciones.

Uno de los reproductores de las afectaciones es la sociedad civil y política. Ocurre, cuando no existe representación de diálogo de los sujetos activos, ya sea, en instancias políticas; como los debates públicos dentro de las reformas al código procesal penal, o la participación en discusiones de alto grado de importancia como los debates sobre cadena perpetua o feminicidio. Pero también, la nula participación en la formulación de políticas públicas con enfoques diferenciados, en especial, cuando no existe ni el mínimo diálogo en su propio proceso judicial. Son normas y reglas que entran a regular a los seres humanos, pero ellos no cuentan ni con voz y voto en la formulación de las mismas. Para esto Habermas (1985) nos diría en su principio de universalidad que:

(...) únicamente pueden aspirar a la validez aquellas normas que consiguen o pueden conseguir la aprobación de todos los participantes en cuanto participantes de todo discurso práctico.

Toda norma válida habría de poder encontrar el asentimiento de todos los afectados si estos participasen en un discurso práctico (p. 117-128).

La verdad de un individuo se debe a la construcción de un sistema social. Si las normas y reglas que se encuentran en los códigos regulan las conductas en un escenario de acción social, y según ciertos valores, se puede evidenciar el gran problema estructural de la situación carcelaria. Estas normas y reglas muestran que el sistema social está pensado para cometer delitos y dañar a la sociedad. Es decir, no pretende una veracidad o diálogo como pretensión de validez. Se debe a que no existió un diálogo abierto de todos los sujetos interesados como se explicó anteriormente, y tampoco existe una rectitud normativa como acto procedimental del mundo social. Quizás por una instrumentalización de la racionalidad según los desmanes de quien este en el poder, pero sostenemos que la necesidad de un diálogo entre todos los sujetos activos y conscientes se vuelve un imperativo necesario como búsqueda del encuentro de un entendimiento común. Pensaríamos en un salvavidas para la actuación y la legitimidad del juez, para las reformas necesarias de los códigos y las transformaciones sociales. Este salvavidas tendrá como intención pasar de un proceso adjudicador a un proceso incentivador (Klein, 2008).

El proceso judicial incentivador se podría estudiar bajo la guía de las teorías comunicativas (Habermas, 1985). De ahí surge la pregunta ¿Qué actor tomaría la voz para refrendar el proceso incentivador-comunicativo? Para dar una respuesta, se acudiría a la actuación de los jueces como promotores de la deliberación y la acción comunicativa entre el Estado y la sociedad organizada, donde el papel de los jueces es incentivar las soluciones alternativas a los múltiples dilemas distributivos urgentes (Chandrachud, 2009 & Shankar, 2013). El juez en sí, acudiría a los llamados fallos dialógicos en sus decisiones (Gargarella, 2014 & Rodríguez Garavito & Rodríguez, 1985).

Se dan, bajo el reconocimiento de los grandes problemas de diseño institucional. Los cuales no permiten que los principios procesales puedan cumplir a satisfacción su fin. Obstaculizando la existencia de nuevos y eficaces mecanismos ciudadanos de participación en las decisiones judiciales y no permitiendo el acceso de la ciudadanía a las instituciones (centros penitenciarios y carcelarios). La invitación al acudir a medidas dialógicas es muy llamativa y de muy alta expectativa. Ya que se habla de promover en idea general una democracia deliberativa, rechazando la idea de reducir la vida política a una mera confrontación entre grupos e individuos rivales. Pero esta aplicación, como en la gran mayoría de argumentos teóricos, tiene problemas a la hora de ser materializado dentro de las instituciones del Estado, principalmente, por existir limitaciones como las legales y las técnicas, el agotamiento institucional y las mediciones en los progresos de las medidas, donde estos terminan siendo problemas de alto calibre en la búsqueda de una protección más amplia de los derechos.

Gargarella (2014) ha llamado una práctica de diálogo novedosa, a las acciones tomadas por tribunales superiores conforme a litigios de tipo estructural. En ese escenario, los problemas públicos y las violaciones masivas de derechos han sido temas que permitieron a los tribunales superiores poder tomar medidas originales. El Tribunal Argentino, por ejemplo, utilizo medios dialógicos al abrir discusión sobre la ley de medios, en Colombia la Corte Constitucional abarcaría dichas medidas en el problema carcelario, en el desplazamiento, la salud y en el medio ambiente. Si identificáramos que medidas han sido tomadas por los tribunales superiores, encontraríamos acciones dialógicas como las audiencias públicas con la participación de la sociedad civil interesada y organizada, permitiendo según Gargarella (2014) que los tribunales:

- i) ...han dejado de lado una tradicional actitud de auto-restricción y deferencia al legislativo; ii) se han comprometido frente a violaciones masivas y graves de derechos, que antes dejaban virtualmente desatendidas; iii) han tendido a destrabar, impulsar

y poner en foco público discusiones difíciles y de primera importancia, acerca de cómo resolver esas violaciones de derechos; iv) y han hecho todo esto sin interferir en el ámbito de decisión democrática propio del poder político, y por tanto sin arrogarse una legitimidad o poderes de los que carecen (p.2)

¿Nos estaríamos encontrando frente a una nueva utopía de cambio institucional en Colombia? La sentencia T-762 de 2015 y sus predecesoras son los primeros hitos de fallos estructurales y dialógicos en Latinoamérica. La medida en un sentido inicial, busco dar soluciones a las violaciones masivas de derechos, ordenando al Estado crear medidas que intensificaran la protección de los mismos. La sentencia ECI muestra una de sus principales virtudes al tomar a los acuerdos “conversacionales” como un espantapájaro que ahuyenta los temores y las críticas relacionadas con la “imposición” de soluciones “desde arriba”, que a veces se ve asociado la revisión judicial constitucional (Waldron, 2001). Este tipo de fallos retoman la idea Habermesiana de decisiones justificadas que provienen de discusiones abiertas en un estado de igualdad. Este dialogo y en consideración el gran aforo de la sociedad organizada, reviste mucho de respuestas que el litigio activo o el activismo judicial pueda brindar, principalmente con el papel procesal de la constitución; en el sentido de la tutela y el derecho de petición. Se deduce que existen herramientas para valerse ante la vulneración masiva de derechos, pero también encontraríamos una fuente extensa y con buenas bases en la búsqueda de la optimización de los principios procesales. Nos estamos refiriendo al dialogo como mecanismo en la optimización de principios del derecho penal y el derecho procesal penal, en el análisis del caso de la situación carcelaria en Colombia.

El motor o el combustible que debería mover las reformas y las decisiones judiciales en la búsqueda ideal de un Estado es el dialogo bajo la necesidad de sentencias, en la que el juez funge como coordinador. No se pretende limitar a simplemente la intervención del órgano judicial con sus altas cortes, la sociedad civil y las instituciones, estas discusiones son abiertas a todas las ramas del poder, en especial; “*cuando se busca una discusión elaborada entre jueces y el cuerpo político*” (Friedman, 1993). Se puede deducir grandes argumentos en contra del dialogo y la necesidad de coordinación de los jueces. Más aun, cuando son discusiones que revierten de gran controversia, aforo político y decisiones estructurales. Se podrá dilucidar argumentos y críticas contra el papel del juez y en el sentido de que no son electos bajo instancias de la democracia, o que, ellos son quienes tienen la última palabra en los fallos. Los argumentos en sentido lógico quedarían desbaratados, cuando lo que se busca es una construcción de decisiones abierta al gran aforo organizado, en especial, cuando el papel del dialogo abierto buscaría una legitimidad de los jueces y la traducción de sentencias en una decisión para los interesados.

Resultados

Primeras aproximaciones del dialogo como principio optimizador

El derecho constitucional y procesal establece un conjunto normativo que bien pueden ser principios o reglas, unas y otras son fundamentales y sin embargo la supuesta ambigüedad de los principios les quita terreno de aplicación real, frente a las reglas que establecen un escenario más claro de aplicación. Alexy (2002) señala la importancia de entender la diferencia y función de las reglas y los principios en la teoría de los derechos fundamentales. Mientras las normas son mandatos que “contienen determinaciones en el ámbito de lo factico y jurídicamente posible”, los principios por su parte son mandatos de optimización. Pero en ambos casos se trata de normas con igual fuerza vinculante.

Lo que proponemos es una búsqueda por la optimización de los principios, a través del diálogo, para encaminar el derecho procesal penal en la superación de la crisis carcelaria y penitenciaria en Colombia. Se trata de replantearse el dialogo que tienen los aplicadores del derecho con los principios que debería regirse su actuar, habida cuenta de una equívoca instrumentalización de los principios. Entendiendo que los principios contribuyen a maximizar la protección de los derechos. La primacía de los derechos fundamentales y los derechos humanos supone un reajuste de las normas y las decisiones de las autoridades judiciales y administrativas. En este sentido los juristas tienen como deber “*perfeccionar al máximo la interpretación de todo el derecho con base a las normas fundamentales consagradorias de los Derechos Humanos*”. En este sentido Zaffaroni (2016) propone la búsqueda de un Derecho Penal Humano.

El Derecho Penal Humano

Este Derecho Penal Humano supone el reconocimiento de los excesos del poder punitivo y en consecuencia ejercer el poder jurídico en camino a contener y reducir racionalmente el poder punitivo. Tutelar los escenarios sociales y políticos de la sociedad. Impedir todo poder punitivo relacionado con: selectividad contra minorías, genocidio y penalización de delitos políticos. En general todo proceder que sea desmedido conforme al sistema jurídico imperante.

Más allá de la legitimación de un sistema, se encuentra el desarrollo de unas premisas sobre la protección de la integridad de la persona, garantía de los derechos fundamentales, la proporcionalidad o la razonabilidad de los castigos, la protección de los derechos de la víctima, énfasis de discriminación positiva en los sectores más desfavorecidos de la sociedad por razones de raza, clase social, género, entre otras. Las Reglas de Tokio por ejemplo buscan “*racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente*”. Las Reglas de Tokio evidencian un enfoque alternativo a nuestra tradicional aplicación del Derecho Penal. Abundan las alusiones a sanciones comunitarias, promoción de las justicias alternativas, aplicación de penas alternativas, la pena de prisión como última opción o la publicidad de los mecanismos alternativos de solución de los conflictos penales.

Desafortunadamente esta búsqueda por el garantismo penal con base en los principios democráticos y constitucionales ha sido usada de manera equivocada para legitimar discursos de orden público y antiterrorismo, cómo se expresó en el capítulo anterior. Hace falta entonces una real aplicación de esos principios, en especial del referente al garantismo penal y desde las instituciones y las decisiones judiciales del poder jurídico penal se puede entrar en una senda de protección de esos mínimos vitales en función de la humanización del derecho penal.

La aplicabilidad del dialogo como optimización de principios

Las reformas a los códigos procesales, los constantes ataques a la Constitución por el Legislativo, la poca virtud de las ramas del poder público en el ejercicio de sus funciones y la evidencia de sociedades quebrantadas por problemas estructurales, son la muestra de la necesidad de reformar el uso de los principios procesales. De conformidad se desea pasar de una herramienta simplemente procesal a una herramienta que permite el garantismo en la búsqueda de una eficacia de los derechos dentro de los procesos judiciales, y en especial, una optimización de la tutela judicial. Pero ¿Qué optimiza a los principios procesales? Es decir, ¿Quién puede brindar un apoyo ante los abruptos que se ven obligados a recibir los principios? Como se planteó, el principio del dialogo es la apertura para la optimización de principios. En este escenario, el dialogo bajo un estado de reconocimiento de iguales, con actos racionales individuales y generales, y con fines particulares y grupales en conjunción, se presenta como la herramienta reformatoria, bajo la conmensurable guía del juez.

Si analizamos los problemas estructurales de la cárcel y el problema de la ineficacia de las sentencias ECI, diríamos que el origen data de la inexistencia del dialogo. Se ve en el poco dialogo de la sentencia-sociedad, sentencia-poder público, sentencia-norma, poder público-sociedad, poder público-norma y norma-sociedad. Ahora bien ¿Cómo tratar el dialogo como principio optimizador de principios? Para esto, nos direccionalaremos a los ejemplos de las medidas dialógicas que han sido utilizadas por los tribunales superiores en problemas estructurales, algunas de estas son; audiencias públicas, intervención ciudadana (amigos curiae) y la consulta previa (Jaramillo, 2019). Estas medidas en esencia llevan a la población civil a un estadio de dialogo propositivo y deliberativo (Gargarella, 2014). Únicamente cuando la naturaleza del problema tiene una alta relevancia social y política como se evidencia con el problema carcelario, la situación de los desplazados, el matrimonio igualitario y las consultas previas de las comunidades en casos de extracción de recursos naturales. Es decir, estas medidas no podrían ser utilizadas en circunstancias ordinarias del sujeto como; asuntos contractuales, alimentarios, asuntos laborales, comerciales, etc., ya que existen herramientas conversacionales a las que podrían acudir los sujetos interesados, como los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Pero se consideraría que la optimización de los principios por el dialogo tendría algún tipo de intervención material y formal, bajo las decisiones de los tribunales superiores y la asimilación de la decisión judicial por los jueces de menos categoría. Para la situación carcelaria en Colombia, si la Corte Constitucional, las ramas del poder público y la sociedad acudieran a un acuerdo deliberativo y dialógico, la sentencia sin ser el propósito inicial reformaría la aplicación de los principios procesales. Tomemos como ejemplo las reformas materiales que podrían llegar a realizarse al principio de la contradicción; el principio supone que las leyes procesales deben prestarse adecuadamente a las partes del proceso, estas deben ser suficientes y razonables. El principio denota el uso pervertido que se da desde la aplicabilidad de los fiscales al indicar la adopción de arrogarse a una condena anticipada, la inoperancia de los abogados al indicarle que es la mejor opción y la aceptabilidad de los jueces al sentenciar.

Esto genera una incertidumbre procesal, donde los derechos del sujeto se ven ahogados al mal uso de la norma y el principio, en un escenario de imposición y desconocimiento del derecho. Veamos ahora el caso del principio de dignidad humana, el juez al no admitir la solicitud del subrogado penal de la libertad condicional, principalmente porque no se demuestra un arraigo social (en un gran número de casos los condenados son enviados a cárceles de otras ciudades y municipios a pagar la pena, en ese escenario, ellos no conocen o no tienen un arraigo social, por la discriminación que genera la misma condición de ser condenado), el juez desconociendo las realidades que lo rodean, termina de atiborrar las cárceles, quebrantando el principio de la dignidad humana.

Uno de los grandes factores de que no exista dialogo en los procesos judiciales es dado por un sistema pensado para escenarios de guerra. Tomemos un ejemplo de dicha afirmación; el juez de control de garantías existe para generar contrapeso al poder estatal que se manifiesta bajo el ejercicio de la fiscalía, esto ocurre porque el proceso es un escenario de ataques y respuestas, dejando al lado el escenario conversacional y de dialogo de las instituciones. La protección de los derechos fundamentales se ve desde un inicio inmiscuidos en una discusión institucional, donde el juez contiene con el fiscal, el juez con el abogado, el abogado con el fiscal y el indiciado-condenado con los otros actores del proceso. Esto deja a un lado la garantía y protección de los derechos fundamentales, y termina de socavar los fines estatales y las necesidades particulares.

Por último, veamos el caso del populismo punitivo como un factor generador del problema estructural del sistema carcelario. Los principales aspectos de su existencia; nacen del incremento de la pena bajo iniciativas del Legislativo y/o del Ejecutivo, la respuesta del Ejecutivo y/o Legislativo a los fenómenos de opinión social y la existencia de un sistema basado en dar respuestas urgentes a problemas de gran magnitud. La crisis de la falta de diálogo entre las instituciones y la sociedad ha evidenciado que después de la expedición del Código Penal hayan existido 37 reformas⁵, donde la mitad corresponde a las iniciativas del Congreso, seguido por las iniciativas del Ejecutivo (Ámbito Jurídico, 2012). De estas reformas, en su mayoría modificaron el código penal aumentando las penas, pero ninguna disminuyéndola, dejando a las mismas sin opciones de poder acudir a los subrogados penales. En suma, las

⁵ Sugerimos para enfatizar en las reformas el libro “La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana”, de Ricardo Antonio cita Triana e Iván González Amado. En su segunda parte trata las reformas al código. Se puede encontrar en el siguiente link: <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/LaPropoPenLeCol.pdf?ver=2017-03-29-110809-953>.

consecuencias del populismo punitivo han dominado al Legislativo y Ejecutivo, ya sea por razones de búsqueda de votantes o el afán de complacer a las exigencias sociales de grupos determinados. La falencia evidente es que el Legislativo y el Ejecutivo no direcciona su actuar en clave a una política criminal estructurada. Evidenciando que el dialogo realmente no cumple su función, porque no es utilizado por las instituciones, estas en cambio, se han dejado dominar por la emocionalidad de los fenómenos, donde sus decisiones van en contra vía de la realidad de la situación carcelaria, evitando que el dialogo cumpla su función protectora de derechos, ya que carece de una verdad social evidente, verdad que pueda ser comprobada por los datos que ofrece la criminología y la sociología jurídica.

Conclusiones

Lo expuesto en este trabajo, permite arribar a las siguientes conclusiones:

En cuanto al dialogo como mecanismo, medio, herramienta y principio. El dialogo, cuya noción parte del encuentro de sujetos iguales y conscientes, permite bajo parámetros deliberativos, conversacionales, razonables y democráticos, encontrar una posible respuesta a los evidentes problemas estructurales que se ven envueltos los derechos fundamentales, el sistema carcelario y penitenciario, la sociedad y los principios. Como el dialogo, el uso de herramientas y sentencias dialógicas son novedosas en la vida jurídica, estas medidas admiten restricciones en su aplicación. Principalmente cuando su punto de trabajo se halla en las discusiones y problemas sociales de alta importancia política, económica, cultural y social como el caso de la situación carcelaria, el desplazamiento forzado o las consultas previas. El dialogo invita a replantar la situación política, social y constitucional, abriéndose camino a estudios recientes sobre la justicia dialógica y el constitucionalismo dialógico.

Si bien se encuentra que el poder punitivo según la criminología crítica es un fracaso en la solución satisfactoria de los conflictos sociales, desde el Derecho Penal y el poder jurídico no es posible regularlo ni mucho menos eliminarlo. Para ello sería necesario una cuidadosa reingeniería social que prevenga y permita su suplantación, respondiendo a los contextos particulares de Latinoamérica. Pero en lo que atañe a este texto, en atención a una visión pragmática del marco de posibilidades de las autoridades judiciales, se busca una racionalización de la función del poder jurídico teniendo como base la optimización de los principios que sustentan el derecho procesal. Unos principios que entre otras cosas atienden al derecho constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos.

Conflicto de interés:

Los autores declaran no tener ningún conflicto de intereses

Referencias Bibliográficas

1. Alexy, R. (2002). Teoría De Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Tercera reimpresión.
2. García Jaramillo, L. (2019). Análisis de la obra 'Por una justicia dialógica', de Gargarella y otros. *Ámbito Jurídico*. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/constitucional-y-derechos-humanos/analisis-de-la-obra-por-una-justicia>.
3. *Ámbito Jurídico*. (2012). Hacinamiento carcelario, ¿consecuencia del "populismo punitivo"? *Youtube*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=77Aa9-SoqoI>.
4. Baratta, A. (1991). Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal. México: Editorial Siglo XXI.
5. CESJUL Colombia. (2020). Derecho Penal Humano con Eugenio Raúl Zaffaroni. *youtube*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=0cJdwXQjz4Q>.
6. Chandrachud A. (2009). Dialogic Judicial Activism in India. Disponible en <http://hindu.com/2009/07/18/stories/2009071852820800.htm>.
7. Minjusticia; Observatorio de Política Criminal. (2017). Mirada al estado de cosas institucional del sistema penitenciario y carcelario en Colombia. Minjusticia; Observatorio de Política Criminal. Disponible en <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/cosas%20institucional.pdf>.
8. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Capítulo XIV del tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia 1999. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Colom99sp/capitulo-14.htm>.
9. Corte Constitucional de Colombia (1998). Sentencia T-153 de 1998, M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional de Colombia. disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>

10. Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencia C-806 de 2002, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional de Colombia
11. Corte Constitucional de Colombia (2013). Sentencia T-388 de 2013, M.P.: Dra. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional de Colombia
12. Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia T-762 de 2015, M.P.: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional de Colombia
13. Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia T-267 de 2015, M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional de Colombia
14. Fernández Muñoz, D. E. (1993). La Pena de Prisión, Propuestas para Sustituirla o Abolirla. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
15. Friedman, B. (1993). Dialogue and Judicial Review. Michigan Law, vol 91, issue 4, 577.
16. Foucault, M. (1975). Vigilar y Castigar: el nacimiento de la prisión. México: Editorial Siglo XXI, trad. Aurelio Garzón del Camino.
17. Gargarella, R. (2014). El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Argentina: Facultad de Derecho | Universidad de Buenos Aires. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>.
18. Habermas, J. (1970-71). Lecciones sobre una fundamentación de la sociología en términos de teoría del lenguaje. Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos, Cátedra, Madrid, 1989 1ª edición alemana 1984.
19. Habermas, J. (1985). Conciencia moral y acción comunicativa. Barcelona, 1ª edición, 1 reimpresión.
20. Hulsman, L. (2007). Abolicionismo Penal y Deslegitimación del Sistema Carcelario. Disponible en: <https://neopanopticum.wordpress.com/2012/09/18/abolicionismo-penal-y-deslegitimacin-del-sistema-carcelario-l-hulsman/>.
21. Klein, A. (2008). Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights. Columbia Human Rights Law Review, Vol. 39, pp. 351-357.
22. Rodríguez, G. C. & Rodríguez, F. D. (1985). Juicio a la exclusión. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 1ª ed.
23. Shankar, S. (2013). The Embedded Negotiators: India's Higher Judiciary and Socio-Economic Rights, en: Daniel Bonilla Maldonado (ed.), Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia, Nueva York: Cambridge University Press, pp. 95-128.
24. Vélez Osorio, L. G. (2013). Otra Cara Del sistema Acusatorio Colombiano: el menosprecio de la libertad y la consolidación del autoritarismo penal. Cuadernos de Derecho Penal, num 9, pp 211-225
25. Waldron, J. (2001). Democracy and Disagreement. Oxford: Oxford University Press.
26. Zaffaroni, E. (2016). Derecho Penal Humano y Poder en el Siglo XXI. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 1ª ed.

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

