

PALACIOS PARRA, JUAN SEBASTIÁN, “Dolor, poder y angustia: la estructura discursiva de la proporcionalidad en la judicialización de la política criminal colombiana”, *Nuevo Foro Penal*, 100, (2023).

Dolor, poder y angustia: la estructura discursiva de la proporcionalidad en la judicialización de la política criminal colombiana¹

Pain, power, and anguish: the discursive structure of proportionality in the judicialization of Colombian criminal policy.

Fecha de recibo: 16/01/2023. Fecha de aceptación: 10/03/2023

DOI: 10.17230/nfp19.100.4

JUAN SEBASTIÁN PALACIOS PARRA*

Resumen

Acudir a la proporcionalidad ha sido una tendencia canónica en el modelo global constitucional. Su estructura discursiva se ha empleado para resolver las tensiones entre derechos fundamentales, por parte de los jueces, desde dos enfoques: como doctrina legal o sensación de simetría. En este escrito se analiza cómo ambos discursos constitucionales sobre la proporcionalidad se han fragmentado en los campos de la judicialización de la política criminal colombiana, al sobreponer el contenido de una sobre la otra, y cómo esa

1 Artículo derivado del proyecto de investigación: “La polaridad judicial: aproximaciones de la jurisdicción constitucional para resolver las problemáticas de los entornos carcelarios en Colombia”, en el marco de la Maestría en Derecho, Universidad de los Andes [dirigida por: Libardo José Ariza Higuera].

** Abogado (con honores) de la Universidad Cooperativa de Colombia Campus Pasto, con estudios de pregrado en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y pasante de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IIJ). Magister en derecho (investigación) de la Universidad de los Andes. Profesor catedrático en la Universidad Cooperativa de Colombia Campus Pasto. Correo electrónico: js.palaciosp1@uniandes.edu.co.

carencia de claridad deja abiertos [maleabilidad] poros analíticos apropiables por grupos hegemónicos. Una alternativa a este dilema, aceptada por el constitucionalismo, ha consistido en cerrar la narrativa de la proporcionalidad mediante un método uniforme. Sin embargo, también aquí se verifica, a partir de la judicialización de la criminalización terciaria, cómo estas reformas discursivas monolíticas fortalecen la racionalidad instrumental y, a su vez, pueden expandir el Estado Carcelario [fuerzas de poder].

Abstract

Resorting to proportionality has been a canonical trend in the global constitutional model. Its narrative-structure has been used to solve the tensions between fundamental rights, by judges, from two approaches: as a legal doctrine or a sense of symmetry. This paper analyzes how both constitutional narratives of proportionality have fragmented in the judicialization of Colombian criminal policy, by mixing the content of one over the other, and how this unclear margin leaves open [malleability] analytical pores that can be appropriated by hegemonic groups. A constitutional alternative to this dilemma has involved the way to make up a uniform method of proportionality. However, it is verified from the judicialization of penitentiary policy how these monolithic narrative reforms strengthen instrumental rationality and, in turn, expands the Carceral State [its forces of power].

Palabras clave

Proporcionalidad, entorno carcelario, poder, Estado Carcelario, contexto.

Keywords

Proportionality, carceral context, power, Carceral State, context.

Sumario

(i) *Resumen*. (ii) *Introducción*. (1) *La proporcionalidad en contexto*; (1.1.) la proporcionalidad como doctrina legal; (1.2.) la proporcionalidad como principio (simetría); (1.3.) el balanceo. (2) *La judicialización de la política criminal colombiana*; (2.1.) política legislativa; (2.2.) política investigativa; (2.3.) política penitenciaria. (3) *Los entornos carcelarios*. (iii) *Conclusiones*. (iv) *referencias*.

Introducción

En el derecho constitucional se ha desarrollado a la proporcionalidad como un criterio para resolver tensiones entre principios fundamentales. Esta aproximación analítica ha estado presente en múltiples factores de la vida humana y ha escalado hasta campos epistémicos complejos y factores de utilidad social. Tal es el caso del

modelo global constitucional². En su interior, se ha formado a la proporcionalidad como un medio para disipar tensiones sociales y de interés público mediante una estructura discursiva que fabrica resultados “objetivamente” salomónicos³.

La proporcionalidad se ha caracterizado por mediar una tensión constante entre el imperio de la racionalidad-objetiva y los deseos/presiones humanas-subjetivas. Como un punto intermedio, mediante la creación de algunos pasos metodológicos, desea lograr la creación de productos claros y transparentes en la consolidación de valores morales compartidos por el colectivo social y no solo por deseos particulares. Sin embargo, algunos grupos de poder “élites” aprovechan este tamizaje de purificación racional para prevalecer sus propios intereses. En ocasiones, motivan altos márgenes de discrecionalidad o difuminan algunos pasos que obstaculizan su orden racional hacia el “mejor de los mundos posibles”⁴.

Esta tensión ha conllevado a que la proporcionalidad en la teoría constitucional se desarrolle mediante un sistema binario: proporcionalidad como doctrina legal y como principio. El primero es un modelo de pasos “racionales” para resolver las tensiones entre derechos fundamentales mediante dos etapas metodológicas “la infracción” y la “justificación”⁵. En este último nivel, se busca establecer si el medio acusado cumple con las cargas justificativas necesarias para intervenir los parámetros constitucionales. Estos argumentos deberán someterse a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de cara a la elaboración de una precedencia condicionada de principios constitutivos

2 El modelo global constitucional es aquella integración axiológica derivada del derecho constitucional alemán caracterizado por: (i) contemplar varios intereses sociales [la inflación de los derechos humanos]; (ii) proteger derechos positivos y negativos; (iii) aceptar la existencia de los efectos horizontales de los derechos y (iv) aplicar la proporcionalidad para resolver tensiones entre principios fundamentales. Véase: Grégoire Webber. “Proportionality and Absolute rights”. En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Ed. por Vicki Jackson y Mark Tushnet, (London: Cambridge University Press, 2017).

3 Moshe Cohen-Eliy e Iddo Porat. *Proportionality and Constitutional Culture*. (London: Cambridge University Press, 2013).

4 Debe aclararse desde un inicio que, durante todo el escrito se reitera la necesidad de revelar aquellos grupos hegemónicos que manejan a la proporcionalidad como discurso para justificar la imposición del castigo. Pese a ello, esta investigación no posee el objetivo, ni siquiera descriptivo, de revelar esas fuerzas gravitacionales de poder. Con este ejercicio, apenas desciframos los discursos que movilizan fácilmente las transacciones de valor en campos constitucionales. Es decir, se descifra el arma con que se actúa más no su ejecutor. Sin duda, por límites metodológicos, esta es una deuda académica que se deja anímicamente en el tintero ¡Concentrémonos por ahora en la maleabilidad y cerramiento del discurso!

5 *Ibid.*

de un nuevo acuerdo social. Al otro extremo, la proporcionalidad como principio es un medio subjetivo-empírico para resolver problemáticas constitucionales mediante una sensación de simetría o proporción divina entre las cargas analizadas.

A su vez, la proporcionalidad como principio contiene dos vertientes disímiles entre sí. Por un lado, se encuentra ese sentimiento de simetría halada por un optimismo a que ciertos grupos de poder [élite] pueden decidir correctamente sobre el bien y el mal. A ellos se les designa la tarea de contrapesar y definir los valores que gobernarán a toda una colectividad, aun si para llegar a la elección de estos principios basta su intuición o sensación de estar eligiendo acertadamente. Por el otro lado, se encuentra la sensación de simetría determinada por un escepticismo o desconfianza de la capacidad humana para elegir adecuadamente las cargas morales, también llamado balanceo [estadounidense]. Existe un miedo a que la superposición de valores hace parte de un juego de poder guiado para el fortalecimiento de los proyectos hegemónicos en pugna. Al concientizar los amplios márgenes de apreciación, este balanceo trazaría su principal objetivo: la recolección del mayor número de variables a fin de ponderar el interés público sobre el individualismo humano.

En la judicialización de la política criminal colombiana ha prevalecido la proporcionalidad como principio o simetría divina en su carácter optimista. Las variables polivalentes en la política legislativa, investigativa y penitenciaria, y la falta de claridad en su empleo, yuxtaponen la proporción divina en la resolución de problemáticas constitucionales sobre el castigo. De hecho, algunos precedentes de la jurisdicción constitucional son claros en dejar a un lado los pasos metodológicos para prevalecer una sensación de "simetría", confiando su decisión a los parámetros de sensatez y rectitud [subjetividad]. Estas prácticas son más evidentes en la esfera penitenciaria, debido a la expedición del auto A-110 de 2019.

Aunque se tramiten satisfactoriamente los dilemas constitucionales mediante este enfoque, no es apropiado que la proporcionalidad como simetría regule los conflictos entre derechos fundamentales. Los estándares de interpretación y justificación constitucional abiertos a la discrecionalidad permiten la expansión de proyectos ideológicos mediante un lenguaje codificado en principios fundamentales⁶. Aun así, este dilema sobre la flexibilidad del discurso [carácter maleable] ha delineado un interrogante clave para su superación: ¿cómo se puede cerrar el empleo de la simetría al interior de la proporcionalidad? Desde el constitucionalismo, algunos autores sugieren que la recuperación del método como doctrina legal está en la

6 Duncan Kennedy. "The Critique of Rights in Critical Legal Studies". En *Left Legalism/Left Critique*. (Durham: Duke University Press, 2002).

capacidad de restringir las interpretaciones arbitrarias o propias de los juicios de valor, pese a su racionalidad instrumental cerrada⁷.

En este escrito se bosquejan algunas razones sobre el “por qué” o “cómo” la proporcionalidad como simetría optimista se ha impulsado al interior de la judicialización de la política criminal colombiana mediante la maleabilidad discursiva. La variedad de métodos en la proporcionalidad deja amplios márgenes de discrecionalidad abiertos a intereses hegemónicos. Y aunque el constitucionalismo fomenta la homogenización de una sola proporcionalidad, en términos metodológicos, se expone aquí “cómo” este intento por una estructura-discursiva monolítica afecta la adecuada evaluación de las problemáticas al interior de la política criminal, a causa de su cerramiento. Esta afirmación es testeada, por motivos de limitación metodológica, a partir de la judicialización de la política penitenciaria.

Uno de los pilares explicativos de este patrón consiste en la prevalencia de la razón instrumental inherente a la proporcionalidad como una fuente del individualismo metodológico. Este tipo de razonamiento no permite contemplar el panorama de variables detrás de los objetos de análisis. Al ceñir el escrutinio judicial al estudio de un medio sobre un fin se dejan atrás otras variables correlacionales a las cárceles y penitenciarías. Por lo tanto, dicho cierre epistémico implica una superposición de los remedios judiciales, el alejamiento de las condiciones de posibilidad y la expansión del Estado Carcelario.

Para visibilizar los males de la proporcionalidad como doctrina legal y principio en la judicialización de la política criminal, el escrito cuenta con tres secciones. En la primera parte, se diferencian las diversas nociones de la proporcionalidad según la cultura de la justificación o de la autoridad. Una vez comprendido este alcance, en el segundo capítulo se establecen los usos de la proporcionalidad en las tres etapas de la política criminal: legislativa, investigativa y penitenciaria. En ellas se resalta la maleabilidad del discurso y su posible apertura a las relaciones de poder y apropiaciones hegemónicas. Finalmente, en la tercera parte, se describen los entornos carcelarios abiertos y cerrados, y la falta de recuperación de variables correlacionales a cargo de la proporcionalidad. Esta limitación epistémica devela la incapacidad de la estructura monolítica del método para contener los juicios de valor y, dicho sea de paso, la tolerancia de una crisis de dolor y angustia sufridos por las personas privadas de la libertad.

7 Frank Michelman. “Proportionality Outside the Courts with Special Reference to Popular and Political Constitutionalism”. En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Ed. por Vicki Jackson y Mark Tushnet (London: Cambridge University Press, 2017).

1. La proporcionalidad en contexto

La palabra proporcionalidad en sí misma ha ocupado múltiples espacios y campos de conocimiento. Este significante ha variado constantemente a través de simples señalamientos de cantidad y exceso en nuestro lenguaje cotidiano hasta la cuantificación de reiteración matemática por medio del número áureo o la proporción divina⁸. Es decir, atravesar constantemente al arte, la ingeniería y el derecho —entre otras— ha implicado en él la adhesión de nuevas aproximaciones que condicionan su estructura discursiva.

El derecho constitucional es uno de esos espacios que ha dejado huella en la proporcionalidad. Para Jackson, el modelo global constitucional, la influencia del derecho estadounidense y la protección de grupos minoritarios han moldeado una proporcionalidad de dos vertientes epistémicas: (i) como doctrina legal, y (ii) como principio⁹. La primera, se refiere a esa estructura alexiana de resolver tensiones entre derechos fundamentales mediante tres pasos metodológicos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹⁰. La segunda, se refiere a ese sentimiento de equilibrio y simetría. Una proporción divina generadora de la sensación de orden, justicia y retribución equitativa.

La proporcionalidad como doctrina legal se ha diseñado sobre dos tiempos metodológicos. En un primer momento, se debe examinar la existencia de una intervención a los derechos humanos. Algunos llaman a este primer paso “la infracción” [infringement], al anunciar en abstracto la existencia de una medida¹¹ y su intervención a los derechos humanos. Al ser constatada la relación medio y garantías constitucionales, el siguiente paso consiste en verificar si dicha infracción es justificable [justification]. Este análisis debe realizarse sobre tres subprincipios: (i) idoneidad: comprobar que la medida sea fáctica y empíricamente adecuada para alcanzar el fin legítimo; (ii) necesidad: contrastar si la medida elegida es la más

8 Según la serie de Fibonacci, véase al respecto: BBC mundo. “*Qué es la serie de Fibonacci y qué tiene que ver con el número áureo*”, video de YouTube, 7:23, publicado el 24 de abril de 2021, <https://youtu.be/B6ztvqvZTsk>

9 Vicki Jackson, “Constitutional Law in an Age of Proportionality”, *Yale Law Journal*, 124, No. 8 (June 2015): 3094-3197.

10 Robert Alexy. “Proportionality and Rationality”. En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Ed. por Vicki Jackson y Mark Tushnet (London: Cambridge University Press, 2017), 16.

11 La medida puede ejecutarse por acción o por omisión [en materia legislativa solo es posible estudiar la omisión relativa. Aún se discute si las omisiones absolutas pueden analizarse mediante el test de proporcionalidad].

benigna posible, frente a otras medidas idóneas, a los derechos en tensión, y (iii) proporcionalidad en sentido estricto: identificar que la satisfacción del fin es más ventajosa que la infracción a los derechos [fórmula del peso]¹².

Por otro lado, la proporcionalidad como principio se ha estructurado sobre dos categorías¹³. Una de ellas es la noción de simetría y proporción divina. Su sensación parte de la idea de una distribución ordenada y armónica de algo según nuestra concepción de equilibrio que entremezcla los sentidos. La segunda categoría se atribuye al balanceo de intereses [balancing]¹⁴. Su desarrollo fue promovido por las tendencias antiformalistas, sociológicas y realistas del derecho en los Estados Unidos. Estas escuelas relocalizaron la forma de comprender y aproximarse a la *jurisprudencia*¹⁵, al evadir en la estructura del derecho la fabricación deductiva y sistemática de conceptos sin apreciar las relaciones colectivas. El ideario consiste en la recolección de la mayor cantidad de aproximaciones humanas para la creación de un dispositivo legal que pondere el interés social sobre el individual¹⁶. Tal es el caso de Holmes¹⁷, quien desde el realismo jurídico elogió las Constituciones que integran el mayor número de relaciones colectivas para la prevalencia del interés social, disminuyendo las fuerzas oscuras propias del individualismo¹⁸.

La estructura de esta proporcionalidad como doctrina legal y como principio han dependido de los cursos históricos y culturales. Desde los contextos pueden

12 Carlos Bernal Pulido. *El Principio de Proporcionalidad y Los Derechos Fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014).

13 Vicki Jackson. “Proportionality and Equality”. En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Ed. por Vicki Jackson y Mark Tushnet, London: Cambridge University Press, 2017).

14 Moshe Cohen-Eliy e Iddo Porat. “The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism”. En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Ed. por Vicki Jackson y Mark Tushnet (London: Cambridge University Press, 2017).

15 Se usa el término “jurisprudencia” para abarcar los movimientos del siglo XIX y XX: jurisprudencia finalista de Von Jhering, la jurisprudencia de intereses de Philipp Heck, la escuela libre del derecho de Geny y la jurisprudencia sociológica de Rosco Pound.

16 Philipp Heck, “The Formation of Concepts and The Jurisprudence of Interests”, 1932, <https://www.scribd.com/document/431061387/Heck-The-formation-of-concepts-and-the-jurisprudence-of-interests-pdf>.

17 Oliver Holmes. *The Path of the Law*. (Unite States of America: The Floating Press, [in Harvard Law Review 457, 1897], 2009).

18 *Lochner v. New York*, 198 US 76 (1905) [Holmes’ dissent] “(...) [A] Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of *laissez faire*. It is made for people of fundamentally differing views”.

explicarse las características de ambas vertientes y sus preferencias en los Estados para resolver tensiones constitucionales¹⁹. Por lo tanto, a partir de este punto cruzado entre historia, cultura y metodología se explica a continuación, de forma abstracta, el tipo de proporcionalidad empleado por los jueces y los impactos en la concepción de los derechos humanos²⁰.

1.1. La proporcionalidad como doctrina legal

La proporcionalidad como doctrina legal se empezó a formar desde el derecho administrativo alemán. Cohen y Porat han demostrado como, anteriormente a la gran guerra, el Tribunal Administrativo de Prusia empleaba la proporcionalidad y el principio de legalidad para controlar los alcances de las medidas expedidas por el Estado. La potestad provino del código único alemán de 1794 que exigía al poder público disponer de las medidas *necesarias* para lograr la paz social. Su objetivo consistía en verificar qué tan justificadas estaban las intervenciones gubernativas para alcanzar los fines legítimos²¹.

Después de superada la segunda guerra mundial, la proporcionalidad migraría del derecho administrativo a la teoría constitucional. Los vencedores, por el miedo a una recolonización totalitaria, vigilaron que la Constitución alemana de 1949 contuviera valores universales, minimizara la intervención estatal y prevaleciera los derechos negativos. Sin embargo, Alemania requería la recuperación de sus valores locales y la activación del Estado para la disminución del supremacismo racial por medio de derechos positivos. Debido a esta necesidad, el nuevo Tribunal Constitucional Federal de Alemania adoptó a la proporcionalidad como un eje discursivo para renovar los acuerdos sociales —axiológicos— y responder a los reclamos de un pueblo fragmentado²².

19 Cohen-Eliy y Porat. "Proportionality and Constitutional Culture".

20 La proporcionalidad puede ser empleada por cualquier autoridad estatal [legislativo, ejecutivo y judicial]. Según la cultura epistémica positivista de la proporcionalidad, la diferencia de la aplicación entre una y otra rama es el momento y resultado del análisis constitucional. El legislativo y ejecutivo lo usan previamente a la creación de un acto [a priori], mientras que el judicial lo usa como una forma de juzgar las cargas argumentativas que justifican esa intervención [a posteriori]. Igualmente, el resultado final en las tres ramas del poder produce una ley [legislativo], un acto [ejecutivo] y una decisión [judicial]. En estos actos se materializa una precedencia condicionada de derechos. Desde aquí en adelante, nos centraremos en la aplicación de la proporcionalidad a instancias del poder judicial.

21 Cohen-Eliy y Porat. "Proportionality and Constitutional Culture".

22 *Ibid.*

Las características de la proporcionalidad fueron esenciales para alcanzar los objetivos de este Tribunal Constitucional. La proporcionalidad es antitextualista, anti-originalista, renovadora de los acuerdos sociales y susceptible a la justificación. Es decir, los derechos estipulados textualmente en la Constitución pueden cambiar progresivamente mediante una ponderación de principios. Las precedencias condicionadas²³, como resultado de la ponderación, determinarán el nuevo contenido que se ha de tener en cuenta al momento de proteger el alcance de los derechos humanos. Por lo tanto, al alterar la voluntad original de aquellos que pactaron las reglas del juego político se producen nuevos estándares constitucionales²⁴.

Este diseño paulatino de la proporcionalidad incorporaría características propias de la cultura política y social de Alemania. En este país ha imperado la tradición comunitaria de Estado. La sociedad no es solo un conglomerado poblacional, sino también es una cohabitación territorial que construye conjunta y recíprocamente a los valores sociales para alcanzar las máximas humanas posibles. En pocas palabras, se acepta la idea de perfección orgánica en la cual cada estamento trabaja incansablemente para la consolidación de los valores de una nación. De ese modo, los ciudadanos confían positivamente²⁵ en la capacidad de discernimiento de ciertos grupos [élites] sobre el bien y el mal para la materialización de una organización política estable. En consecuencia, su noción de proporcionalidad tiende a recapturar el valor comunitario como una lógica que busca los grados de justificación de las medidas burocráticas que protejan los intereses colectivos y la perfección de los estandartes del pueblo²⁶.

Estas características incorporadas en la proporcionalidad como doctrina legal se adhieren a su método y alteran el entorno de los Estados que la reciben²⁷. Cohen y Porat han establecido como las tendencias antitextualista, anti-originalista y los factores del comunitarismo, optimismo, modelo de impacto y cultura de la justificación, propias de la proporcionalidad como doctrina legal, se han extendido

23 Según Robert Alexy, la precedencia condicionada se representa por medio de la siguiente fórmula: (P1 p P2) C. En donde, P1= principio 1; p= prevalece sobre; P2= principio 2; C= en determinadas condiciones "Contextos". Para ello, véase, Robert Alexy, "Teoría de los Derechos Fundamentales", España: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2012.

24 Cohen-Eli y Porat. "The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism", 122-124.

25 Se usa la palabra "positivamente" o "positivo" para describir esa actitud y aptitud anímica de los sujetos que creen con convicción estar viviendo en el mejor de los mundos posibles.

26 Cohen-Eli y Porat. "Proportionality and Constitutional Culture", 46-48.

27 *Ibid.*

a los ordenamientos jurídicos que trasplantaron el método para la resolución de sus controversias constitucionales²⁸. La migración aceptada de esta proporcionalidad, incluso en la mayoría de países orientales, ha permitido consolidar un modelo global constitucional²⁹.

1.2. La proporcionalidad como principio (simetría)

La proporcionalidad como principio, en su primera vertiente —simetría y proporción divina—, es resultado de un ejercicio discrecional de la metodología para resolver tensiones entre principios. En ocasiones, los jueces confunden el alcance de los dos pasos, *infracción* y *justificación*, o malinterpretan los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Su mal manejo implica interrumpir la cadena deductiva formal y, de ese modo, la prevalencia entre los derechos se construye mediante un sentir justo, equitativo y simétrico. En otro sentido, cuando haya falta de claridad metodológica se acude a la sensación de equilibrio para hacer más comprensible la toma de decisiones³⁰.

No seguir los pasos metodológicos de la proporcionalidad como doctrina se fundamenta en tres razones: (i) *problemas analíticos*, en algunos casos, los jueces no comprenden la función que desempeña cada paso. En el proceso, confunden los subprincipios, presumen su contenido o dejan de aplicarlos ascendentemente. Asimismo, no estudian ordenadamente la fórmula del peso alexiana según la medición de la intensidad de la intervención, el peso abstracto de los derechos y la satisfacción de fines, con su respectiva nivelación: leve, intermedio y estricto³¹; (ii) *problemas de acumulación*: los jueces asumen que el asunto estudiado necesita de pasos adicionales para elaborar una decisión justa; pero, el acumular nuevas variables complejiza el empleo de la proporcionalidad; (iii) *problemas administrativos*: la diversidad de vertientes del método en las decisiones de los jueces superiores confunde a sus inferiores funcionales. La falta de estándares claros obliga al juez

28 *Ibid.*

29 Vicki Jackson. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. (United States of America: New York, Oxford University Press, 2010); Kai Möller. "Us Constitutional Law, Proportionality and the Global Model". En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Ed. por Vicki Jackson y Mark Tushnet (London: Cambridge University Press, 2017).

30 Jaccob Bomhoff. "Beyond Proportionality: Thinking Comparatively about Constitutional Review and Punitiveness". En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Editado por Vicki Jackson y Mark Tushnet (London: Cambridge University Press, 2017).

31 Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (España: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2012).

a diseñar sus propios métodos según las posturas del caso, sin que haya un punto medio que unifique las decisiones.

Colombia es un claro ejemplo de la agregación de nuevas variables y pasos metodológicos a la proporcionalidad. La Corte Constitucional, como organismo de cierre de la jurisdicción constitucional, ha empleado el test integrado de igualdad³², test de igualdad³³, test de proporcionalidad³⁴, test de razonabilidad³⁵, test de necesidad fáctica³⁶, test leve, intermedio y estricto³⁷, entre otros. Este conjunto de métodos para resolver tensiones entre principios se basa en los pasos propios de la proporcionalidad como doctrina legal bajo una agregación de nuevos niveles analíticos que justifican la decisión tomada en cada caso.

La generación de múltiples estándares o la aplicación indiscriminada de los pasos metodológicos de la proporcionalidad provoca un margen amplio de discrecionalidad del poder judicial. Para Perju, la pérdida de los pasos tradicionales, en el proceso de recepción, abre las puertas a la arbitrariedad y a la falta de predicción legal³⁸. Por ese motivo, cuando haya ausencia de claridad, la proporcionalidad deja de ser doctrina legal y pasa a constituirse en mera simetría, distribución equitativa o proporción divina.

La conexión entre el sentimiento de simetría y la proporcionalidad como doctrina legal implica que ambas compartan las mismas características culturales. Esta clase de “sensación” se fomenta en una sociedad optimista, comunitaria, sobre la cultura de la justificación [modelo de impacto]. Un pensamiento de distribución equitativo sería válido siempre que aquélla proviene de un grupo que razona correctamente para la promoción de los valores colectivos. De ese modo, no dudamos en la justificación

32 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-125 de 2018 (M.P. Diana Fajardo Rivera, noviembre 21 de 2018).

33 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-053 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, mayo 30 de 2018).

34 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-470 de 2011 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla, junio 13 de 2011).

35 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-064 de 2018 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas, junio 13 de 2018).

36 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-434 de 2017 (M.P. Diana Fajardo Rivera, julio 12 de 2017).

37 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-551 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, octubre 12 de 2016).

38 Vlad Perju. “Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure”. En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Ed. por Vicki Jackson y Mark Tushnet (London: Cambridge University Press, 2017).

dada aun si el resultado no proviene de un ejercicio claro de deducción formalista al confiar optimistamente que lo decidido es la mejor forma de resolver las disputas constitucionales.

1.3. El balanceo

El balanceo [*balancing*] se apartará de la concepción optimista de la proporcionalidad como principio y como doctrina legal. Este método no confía en estructuras formales abstractas para llegar a verdades incuestionables. Por el contrario, abre el escenario judicial para que el juez evalúe todas las variables del caso, sin ser limitado epistémicamente por subprincipios, para responder a la utilidad social. Este razonamiento proviene de la desconfianza en la capacidad de algunos grupos para recuperar por métodos deductivos los valores sociales. Asimismo, la desconfianza se extiende a esa sensación de simetría optimista, pues no se fía en los parámetros de “divina proporción” de ciertos grupos dominantes. Los intereses individuales disfrazan, ya sea en formalidades o pureza/bondad, la distribución de poder al momento de decidir la prevalencia de principios³⁹. De ahí que, el balanceo se emplea como una herramienta de revelación de aquellas luchas hegemónicas, evitando la supremacía del individualismo humano [*smoking gun*]⁴⁰.

Esta aproximación es una construcción propia de la historia constitucional estadounidense. Los grupos minoritarios de Europa, en su mayoría religiosos, migraron a los Estados Unidos en busca de un gobierno que no limitara sus libertades, promoviera la diversidad y fomentara la riqueza para quienes la trabajan. De suerte que, los acuerdos políticos y constitucionales debían restringir el intervencionismo de los gobiernos y prevalecer la libertad y autonomía como ejes de la organización política. Ese libertad individual⁴¹ reveló la limitada capacidad humana para la resolución de las problemáticas sociales por un sujeto en una sola decisión. Acudir a la pluralidad social desde abajo para la toma de decisiones plurales generaría la integración de la mayor gama de intereses y, de algún modo, evitaría los límites

39 Mark Tushnet. “Making Easy Cases Harder”. En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Editado por Vicki Jackson y Mark Tushnet (London: Cambridge University Press, 2017).

40 Vicki Jackson, “Thayer, Holmes, Brandeis: Conceptions of Judicial Review, Fact-finding, and Proportionality”, *Harvard Law Review* 130, (2017): 2348-2396.

41 La protección de la libertad individual requería de dos principios: (i) varios piensan mejor que uno [many minds over one mind]; y (ii) un experimentalismo social de abajo hacia arriba [social experimentalism down-up].

injustificados a las libertades humanas impulsados por tendencias ideológicas⁴².

Este curso histórico marcó sus propias características culturales en el empleo del balanceo en los Estados Unidos. La minimización del individualismo requería interpretaciones judiciales que obedecieran los acuerdos políticos, legales y constitucionales —textualista—, evocando la intención del pueblo —originalismo— y evaluando si los actos estatales están autorizados por esa voluntad colectiva —cultura de la autoridad—: el cuerpo normativo provee de legitimidad a la creación del acto. Para el cumplimiento de estos estándares, se confió en la *hermenéutica de la sospecha* aplicada a las intenciones provistas por la autoridad estatal, con el fin de evitar la primacía de propósitos individualizados —modelo de intenciones— [*bargaining*]⁴³.

Impedir la supremacía individualista requiere del uso excepcional del balanceo, como un instrumento escéptico, en los Estados Unidos. En primera instancia, los jueces evalúan si la medida estatal está autorizada por los acuerdos sociales estipulados legal y constitucionalmente mediante los niveles de escrutinio: leve —*rational basis*—, intermedio —*intermediate scrutiny*— o estricto —*strict scrutiny*—⁴⁴. En caso de perdurar las sospechas sobre las intenciones, se procede a verificar si la medida estatal es la más benigna frente a los derechos en pugna —*minimal impairment*—⁴⁵. Si después de estos filtros aún perduran tendencias ideológicas, se aplica excepcionalmente el balanceo de intereses en busca de una recopilación panorámica de las variables para la prevalencia del interés público sobre el individual⁴⁶.

Este conjunto de características hace del balanceo la cara negativa de la proporcionalidad como principio. Aquellos que promueven la hermenéutica de la sospecha en la recolección de los hechos para la prevalencia del interés público sobre el particular acuden a un sentimiento de simetría consciente de la apropiación hegemónica. Este factor diferencia el ejercicio de la proporción divina optimista, debido a que las decisiones producto de la sospecha individualista conectan el pluralismo social. No se confía en la imposición de una simetría por un solo grupo

42 Cohen-Eliy y Porat. “Proportionality and Constitutional Culture”, 83-86.

43 *Ibid.*

44 Paul Kahn. *Making the Case: The Art of the Judicial Opinion*. (United States of America: New York, Yale University Press, 2016).

45 Cohen-Eliy y Porat. “Proportionality and Constitutional Culture”, 83-86.

46 Duncan Kennedy, “Proportionality and deference in Contemporary Constitutional Thought”, *Harvard Public Law Working Paper*, (2016): 17-09.

—élite—, sino en la agregación de muchas simetrías en cláusulas normativas abiertas —a más simetrías—.

La proporcionalidad puede adoptar cualquier forma de estas vertientes en campos del derecho constitucional. Incluso, las fronteras aquí presentadas pueden difuminarse progresivamente cuando se recepta una proporcionalidad en el marco de diversos factores culturales, históricos, políticos y analíticos. De ese modo, estas categorías se realizan únicamente con el propósito de enunciar en qué grado las decisiones judiciales se han influenciado por la epistemología optimista o escéptica, o la proporcionalidad como doctrina o principio. Con esto en mente, en el próximo capítulo desarrollaremos los usos de este método por los jueces de la jurisdicción constitucional en la judicialización de todas las fases de la política criminal en Colombia⁴⁷.

2. La judicialización de la política criminal colombiana

En Colombia se ha judicializado a la política criminal por casi tres décadas⁴⁸. Mediante las sentencias estructurales y la declaración del estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria, penitenciaria y de centros de reclusión transitorios, la jurisdicción constitucional ha intervenido los derechos positivos y negativos de las personas privadas de la libertad, y ha moldeado las agendas de la política criminal en todas sus fases: (i) criminalización primaria o política legislativa —poder legislativo—; (ii) criminalización secundaria o política de investigación y sanción —poder judicial— y (iii) criminalización terciaria o política penitenciaria —gobernabilidad carcelaria—⁴⁹.

En la intervención judicial de la política criminal se han empleado varias figuras y conceptos constitucionales, entre ellos, la proporcionalidad. Las problemáticas carcelarias han representado tensiones entre derechos fundamentales resueltas y justificadas mediante este método de interpretación. Sin embargo, la Corte Constitucional y los demás jueces al interior de la jurisdicción constitucional han variado su estructura discursiva según la etapa de la política criminal en la que se presenta la intervención⁵⁰. A continuación, se dividen las diversas fases de la

47 Este cierre se debe a motivos meramente metodológicos [la proporcionalidad en campos de la criminología política].

48 Libardo Ariza y Mario Torres, "Constitución y Cárcel: La judicialización del mundo penitenciario en Colombia", *Revista Direito Práx.*, Rio de Janeiro 1, n°10, (2019): 630-660.

49 Las sentencias que han declarado el estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria son las siguientes: T-153 de 1998, T-606 de 1998, T-388 de 2013, T-762 de 2015 y la SU-122 de 2022.

50 Se entenderá por jueces constitucionales aquellos que controlan los actos normativos y

criminalización para descifrar el modo de empleo de la proporcionalidad ante posibles dilemas constitucionales.

Cabe advertir que Colombia hace parte del modelo global constitucional⁵¹. Al recepcionar a la proporcionalidad como método de justificación, se han adquirido los factores culturales impulsados por la idea de comunitarismo, optimismo y la cultura de la justificación sobre una tendencia antitextualista, anti-originalista sobre un modelo de impacto. En palabras de Barak, el factor cultural de la proporcionalidad se ha extendido a toda la concepción constitucional occidental, sin que permee las fronteras estadounidenses, para la construcción de un único sistema epistémico abarcado en el “modelo global constitucional”⁵². Y si bien, la cultura pluralista colombiana puede proponer otras variables desde el realismo jurídico, por límites metodológicos a este escrito, presumimos la adopción del modelo global constitucional en Colombia.

2.1. Política legislativa

En esta fase de la criminalización se definen las conductas reprochables que serán sancionadas por el poder punitivo del Estado⁵³. En su agenda se acuerdan la naturaleza y alcance de las conductas criminales, las figuras objetivas y subjetivas en la regulación del esquema del delito, y los factores de punibilidad. La creación de tipos penales son medidas que intervienen las libertades de las personas y, como tal, pueden ser evaluadas por la Corte Constitucional para medir su grado de necesidad y pertinencia en el ordenamiento jurídico. En esta medición entra en juego la proporcionalidad, en la mayoría de las veces, como doctrina legal⁵⁴.

La proporcionalidad debe evidenciar si las restricciones a estas libertades son válidamente constitucionales a través de las etapas metodológicas de la “infracción”

constitucionales [únicamente la Corte Constitucional y no el Consejo de Estado], y velan por el cumplimiento de la carta de derechos mediante la acción de tutela [todos los jueces/magistrados que resuelven las demandas de tutela].

51 Vicki Jackson y Mark Tushnet. “Introduction”. En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Ed. por Vicki Jackson y Mark Tushnet (London: Cambridge University Press, 2017).

52 Aharon Barak. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*. (London: Cambridge University Press, 2012).

53 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-388 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa, 28 junio de 2013).

54 Gloria Patricia Lopera Mesa, “El Principio de Proporcionalidad en el Control de Constitucionalidad de las Leyes Penales Sustantivas (una Aproximación a Su Empleo en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana)”, *Nuevo Foro Penal*, n°67, (2005): 13-63.

y “justificación”. Mediante un juicio de idoneidad se observaría si el acto normativo es empíricamente adecuado para alcanzar el fin que se persigue sobre una relación de reciprocidad entre el medio y fin. Superado este nivel, se verificaría si aquel medio entre otros idóneos es el más benigno posible ante los derechos en pugna. Si la medida es necesaria se asciende al último paso, la proporcionalidad en sentido estricto: confrontar si la satisfacción al fin generado por el acto normativo es más ventajosa que la intervención al derecho a través de la fórmula del peso⁵⁵. El resultado concretaría una precedencia condicionada de derechos y, de paso, revelaría los grados de justificación del acto normativo como una manifestación adecuada del poder legislativo⁵⁶.

Aunque esta proporcionalidad es clara y autoevidente, la Corte Constitucional parece no emplear su estructura discursiva formalista para justificar la constitucionalidad de los actos legislativos. Si bien en su jurisprudencia es clara la aceptación del método como doctrina legal⁵⁷, en algunos casos su ejercicio queda en abstracto, dejando las riendas argumentativas a la divina proporción o simetría subjetiva de las cosas. Este patrón lo podemos rastrear en tres casos de alta connotación para la política legislativa en Colombia: (i) la penalidad de la multiculturalidad; (ii) la prisión perpetua revisable y (iii) la despenalización del aborto⁵⁸.

2.1.1. La penalidad de la multiculturalidad

En la sentencia C-370 de 2002, la Corte Constitucional analizó por primera vez la figura de la inimputabilidad en contextos de multiculturalidad —comunidades indígenas—. La hipótesis constitucional sostenida en el caso estudiaba si reglar

55 Juan Oberto Sotomayor Acosta, “Las Recientes Reformas Penales en Colombia: Un Ejemplo de Irracionalidad Legislativa”, *Nuevo Foro Penal*, n°71, (2007): 13-66.

56 Robert Alexy, “Law, Morality, and the Existence of Human Rights”, *Ratio Juris* 25, n°1 (March 2012): 2–14.

57 Al respecto véase: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-102 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, febrero 25 de 2013); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-301 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett, marzo 25 de 2004) y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-544 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, octubre 07 de 2016).

58 Se eligieron estos casos, debido a que en los tres: (i) se discuten problemas de interés público; (ii) se utilizó la noción de proporcionalidad; (iii) se resolvieron bajo el control constitucional de las leyes; (iv) se discutió las obligaciones del Estado para mantener su principio rector “la dignidad humana”, y (v) son casos replicables por los defensores de la proporcionalidad para demostrar la facilidad del método de justificación en la resolución de casos de trascendencia pública [por ejemplo, en los escritos de David Beatty y Katharine Young en *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Ed. por Vicki Jackson y Mark Tushnet (London: Cambridge University Press, 2017)].

a la diversidad sociocultural como una causal de inimputabilidad desconocía el pluralismo y el reconocimiento de la jurisdicción indígena. El tribunal al identificar el medio reprochado “la inimputabilidad”, el derecho intervenido “pluralismo y autonomía” de los pueblos, y la satisfacción del fin “justicia y tratamiento especial” en la investigación y sanción penal, evidenció una posible tensión entre principios fundamentales⁵⁹.

Aunque la proporcionalidad como doctrina legal pudo haber ofrecido una respuesta a la tensión de principios, la Corte Constitucional decidió sobre una mera sensación de simetría y cargas justas. El tribunal acudió a la noción de proporcionalidad sin desarrollar los pasos metodológicos de *infracción* y *justificación*. De hecho, fundamentó su decisión sobre una afirmación abstracta: la proporcionalidad entendida como prohibición de exceso debe limitar la libertad de configuración legislativa cuando la criminalización de la conducta contemple medios menos lesivos al derecho penal —*ultima ratio*—. En sus palabras: “*sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas*”⁶⁰.

Al final de cuentas, nunca se evaluó la problemática sobre los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En su lugar, mediante una sensación de simetría de las cargas analizadas, se diseñó un resultado salomónico: la comprensión de la diversidad sociocultural debe entenderse como una cosmovisión y no como una incapacidad presumible en el tratamiento penal. Para la Corte, la presunción de incapacidad o estado de inconsciencia prolongado al despliegue de la conducta penal no es aplicable per se a los grupos indígenas⁶¹. Una afirmación de ese estilo desconoce la alteridad histórica sufrida por las comunidades étnicas en nuestras regiones y fortalece etiquetas sospechosas de desigualdad y trato discriminatorio.

2.1.2. La prisión perpetua revisable

En la sentencia C-294 de 2021, la Corte Constitucional analizó la naturaleza de la

59 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-370 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett, mayo 14 de 2002).

60 *Ibid.* parágrafo 22.

61 Sobre la definición de inimputabilidad y su contextualización, véase: Nódier Agudelo Betancur, *El trastorno mental transitorio sin base patológica: fundamentos para su diagnóstico*, 1.a ed. (Medellín: Nuevo Foro, 2019).

prisión perpetua revisable. En el caso, el tribunal estudió el grado de compatibilidad de este tipo de prisionización frente a la dignidad humana de los posibles sancionados penalmente. Durante el proceso se identificó el medio reprochado “la pena de prisión” y los fines contrapuestos “justicia retributiva vs. dignidad humana/reintegración social”. Y aun cuando el juicio de sustitución constitucional⁶² fue el eje argumentativo de la decisión, se acudió a la proporcionalidad para mediar las cargas de justificación del exceso en el tiempo de la privación de la libertad hacia la materialización de los núcleos esenciales de la Constitución.

Para la Corte Constitucional, el Estado debe ejercer su poder creador de delitos y sanciones penales con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad. Un principio entendido como simetría divina o sensación de una pena justa al mal causado⁶³. Como resultado, y sin haber agotado los requisitos metodológicos de la proporcionalidad como doctrina legal, el tribunal mencionó empíricamente: *“la pena de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación anula las expectativas de resocialización y constituye una pena desproporcionada”*⁶⁴.

Esta decisión es un claro ejemplo del poder contramayoritario ejercido por el tribunal constitucional de cara a la protección de la constitución [por la sustitución] y los derechos ciudadanos. Es aún más claro cuando señala: *“la sociedad tiende a deshumanizar a las personas que han cometido “graves actos delictuosos”, al tratarlos de “bestias”, “salvajes”, entre otros calificativos que pretenden marginarlos de la humanidad para justificar sanciones desproporcionadas y degradantes”*⁶⁵. Este es el umbral del cual se derivan las razones empleadas por el alto tribunal para resguardar los derechos de grupos minoritarios que se podrían afectar “desproporcionalmente” por el poder punitivo: las bestias, los salvajes. La postura, aunque loable y titánica en términos dworkinianos, no es más que una sensación de distribución equitativa o divina proporción.

2.1.3. La despenalización del aborto.

En la sentencia C-055 de 2022, la Corte Constitucional analizó la despenalización

62 El juicio de sustitución es un análisis propio de la jurisprudencia constitucional colombiana, por medio del cual se estudia cómo el poder legislativo ha sustituido los cimientos básicos de la Constitución, a sabiendas de que esas reformas estructurales solo se le permiten al poder constituyente originario. En otras palabras, se evalúa si en algún momento el poder legislativo usurpó funciones constitucionales.

63 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-294 de 2021 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, septiembre 02 de 2021).

64 *Ibid.* parágrafo 140.

65 *Ibid.* parágrafo 71.

del aborto⁶⁶. El tribunal se enfocó en una tensión novedosa de los derechos fundamentales al distinguir el “*desconocimiento de la obligación de respeto al derecho a la salud y los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes (artículos 49, 42 y 16 de la Constitución)*” y la “*violación del derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad (. . .)*”⁶⁷. El principio de *ultima ratio* del derecho penal ya no representaba el eje central en el debate sobre la tensión entre la *autonomía reproductiva* vs. *la vida en procreación*.

La nueva aproximación al litigio acudiría en múltiples ocasiones a la estructura de la proporcionalidad. La Corte señaló desde un inicio la necesidad de revisar: “*la proporcionalidad entre la protección del bien jurídico de la vida en gestación mediante la penalización del aborto y el impacto que esta genera en los derechos fundamentales de las mujeres*”⁶⁸. Con ese objetivo: “*un uso idóneo, necesario y proporcional de la competencia del legislador en materia de política criminal, exige reservarla para las conductas más lesivas, siempre que no sea posible acudir a otros controles menos gravosos*”⁶⁹. Finalmente, “*la norma demandada afecta de una manera evidentemente más desproporcionada a las mujeres y niñas en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular*”⁷⁰, por lo que, “*la vida es un bien jurídico susceptible de protección gradual e incremental incluso mediante el poder punitivo del Estado. En todo caso, un uso idóneo, necesario y proporcional de esta potestad exige reservarla para las conductas más lesivas*”⁷¹.

El análisis constitucional ha sustituido a la proporcionalidad como doctrina legal por la proporción divina. En ningún momento, la Corte Constitucional desarrolló su metodología discursiva sobre la racionalidad instrumental: medio para un fin. Más bien, dejó que los argumentos fabriquen una sensación general de justicia y simetría de la sanción o despenalización respecto a los derechos fundamentales, lo que refleja un impulso por la consolidación de valores comunitarios para el bienestar colectivo —perspectiva comunitaria de Estado—.

2.1.4. Adenda

66 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-055 de 2022 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos, febrero 21 de 2022).

67 *Ibid.* párrafo 170.

68 *Ibid.* párrafo 161.

69 *Ibid.* párrafo 268.

70 *Ibid.* párrafo 340.

71 *Ibid.* párrafo 444.

Un punto común a estas decisiones judiciales, que analizan la política penal legislativa, consiste en la superación de la racionalidad instrumental. Según Mannheim, las leyes son preceptos normativos sobre contextos sociales, económicos, políticos y culturales. Cuando un juez es obligado a pronunciarse sobre ellas, su decisión debe ir más allá de los límites del litigio para unir el mayor número de variables en busca del interés social⁷². De forma que, la judicialización de la política legislativa no se debe estudiar mediante la racionalidad instrumental, un solo medio para un fin, sino desde la pluralidad de las condiciones humanas unidas a las categorías normativas.

El individualismo metodológico ofrecido por la proporcionalidad como doctrina legal es muy limitado para asuntos de interés público. Es decir, su estructura de pasos y subprincipios solo es aplicable cuando se analiza un solo medio para algún fin, y no, ante la pluralidad de ellos. No en vano, Gardbaum⁷³ y Young⁷⁴ han sostenido que en casos de renovación de acuerdos políticos o interés público, análisis de normas axiológicas y judicialización de derechos positivos —*policy question*— los tribunales dejan de aplicar la proporcionalidad como doctrina para dar paso al empleo general de una racionalidad de simetría que medie el universo factual⁷⁵. Esta situación ha ocurrido en los tres casos antes citados, motivando un sentir comunitario de perfección de la condición humana más allá de una simple relación medio a fin.

2.2. Política de investigación

La política de investigación o criminalización secundaria se define como el conjunto de instrumentos que ayudan a la recepción, investigación y sanción de las personas, por parte del poder judicial, que han cometido alguna acción punible⁷⁶. Su extensión abarca la implementación del proceso penal, las regulaciones internas para el acceso a la administración de justicia y las pautas para autorizar la privación de las libertades. Este último punto se desarrolla desde el uso de las medidas privativas

72 Hermann Mannheim, "Some Aspects of Judicial Sentencing Policy," *The Yale Law Journal* 67, n°6 (1958): 961-981.

73 Stephen Gardbaum. "Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge too Far?". En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Ed. por Vicki Jackson y Mark Tushnet (London: Cambridge University Press, 2017).

74 Katharine Young. "Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights". En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Ed. por Vicki Jackson y Mark Tushnet (London: Cambridge University Press, 2017).

75 Una afirmación corroborada en los casos colombianos que se han citado con antelación.

76 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-388 de 2013, cit.

de libertad previas al juicio, llamadas en Colombia medidas de aseguramiento, hasta actividades de investigación que intervienen, por ejemplo, el derecho a la intimidad —interceptación de comunicaciones—.

En esta fase de la política criminal, la proporcionalidad se manifiesta en mayor medida cuando hay una aparente tensión entre principios o libertades creada para concretar objetivos de investigación penal. Un claro ejemplo son el decreto de las medidas de aseguramiento, el proceso de dosificación punitiva, algunas inspecciones y la imposición de las penas principales y accesorias⁷⁷. En ciertos casos es tan grave la tensión a derechos que la ley penal⁷⁸ y el código de procedimiento penal⁷⁹ exigen la indagación detallada sobre la racionalidad, proporcionalidad y necesidad de la medida para mitigar restricciones excesivas a las libertades ciudadanas⁸⁰.

Esta proporcionalidad en la política de investigación responde más a una sensación de equilibrio y no a una doctrina legal. No existen pautas claras en Colombia sobre su aplicación uniforme bajo una estructura metodológica de pasos. En la sentencia C-469 de 2016 la Corte Constitucional contempló a la proporcionalidad como un límite a la imposición de la medida de aseguramiento⁸¹. Una restricción medible según las *cargas excesivas*⁸² impuestas a las partes, sin que se motive el agotamiento de los pasos “infracción” y “justificación”. Asimismo, en la sentencia C-128 de 2020 el tribunal señaló en abstracto la necesidad de emplear la proporcionalidad como un filtro ante las restricciones a la libertad y presunción de inocencia para garantizar los derechos a la justicia, verdad y reparación⁸³. En general, se deja a los jueces de la república un amplio margen de discrecionalidad

77 Kai Ambos, “La Detención Preventiva en Colombia, Perú y Bolivia,” *Nuevo Foro Penal* 59, (1993): 82-108.

78 Código Penal Colombiano [CP], Ley 599 del 2000, julio 24 de 2000 (Colombia).

79 Código de Procedimiento Penal Colombiano [CPP], Ley 906 del 2004, septiembre 01 de 2004 (Colombia).

80 Una vez el juez fija las medidas necesarias para esclarecer los hechos investigados, y resolver la responsabilidad penal, dibuja el camino que las partes deben llevar a cabo para promover sus fines, lo que significa judicializar la política de investigación penal. En otras palabras, el poder judicial establece cuáles son las rutas que han de recorrer las partes para imponer una sanción penal sin desconocer el principio de legalidad.

81 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-469 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, agosto 31 de 2016).

82 Porque acaso: ¿qué se entiende por cargas excesivas?, ¿cuándo se considera una carga excesiva? ¿excesivo para quién?

83 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-128 de 2020 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas, abril 22 de 2020).

para aplicar una proporcionalidad que justifique la toma de decisiones en cada caso.

Aunque las sentencias y las legislaciones, aquí citadas, son reducidas para generalizar el empleo de la proporcionalidad como mera simetría, sí puede mencionarse que la variabilidad del método permite su apropiación por quien juzga según su grado de entendimiento y profundización filosófica⁸⁴. En ese sentido, cuando no haya parámetros claros en la ley o en el precedente de una aplicación metodológica, se deja abierto a la discrecionalidad la empleabilidad de la proporcionalidad como doctrina legal o como sentimiento de simetría, reasignando el régimen constitucional a la volatilidad humana⁸⁵.

2.3. Política penitenciaria

La política penitenciaria comprende los instrumentos para la ejecución y cumplimiento de las penas⁸⁶. En este nivel se integran los procesos de internamiento en los centros de reclusión, la gobernabilidad carcelaria, las intervenciones de los jueces de ejecución de penas, el tratamiento carcelario por parte del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario colombiano (en adelante INPEC), entre otros. Asimismo, por la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria, las decisiones de los jueces constitucionales, en el marco de la acción de tutela, se adhieren a esta fase por su capacidad para moldear la vida penitenciaria.

La proporcionalidad como doctrina legal en este marco penitenciario es aún más abstracta que en el resto de niveles. Esta estructura metodológica se utiliza por el juez de ejecución de penas para regular ciertos criterios como la concesión de libertades condicionales, sustitución de medidas, beneficios penales o redención de la pena⁸⁷. En el caso del INPEC, la proporcionalidad se emplea para controlar su poder de corrección y equilibrio penitenciario. Las directrices para mantener un orden interno deben ser salomónicas al contenido de derechos humanos no suspendidos

84 Ricardo Antonio Cita Triana e Iván González Amado. *La Proporcionalidad de las Penas en la Legislación Penal Colombiana*. (Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2017), 300.

85 Esta afirmación revela la necesidad de avanzar en el diseño de una investigación estructurada sobre la decisión judicial y el empleo de la proporcionalidad como un rito para justificar decisiones confeccionadas previamente por los jueces.

86 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-388 de 2013, cit.

87 Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil [CSS], "Respuesta a preguntas de la Sala Segunda de Revisión sobre hacinamiento y crisis en centros de reclusión transitoria", Informe a la Sentencia T-388 de 2013, Bogotá D.C., 27 de junio de 2019.

por la privación de la libertad⁸⁸. Por otro lado, los jueces constitucionales acuden a la proporcionalidad para determinar el alcance de los derechos humanos de la población interna⁸⁹. Aun cuando en los tres escenarios la proporcionalidad brinda respuestas balanceadas a los intereses en pugna, lo hacen en su calidad de simetría y proporción divina al evadir los pasos metodológicos de “infracción” y “justificación” —por la carencia de mandatos normativos o de interpretación—.

Excepcionalmente la empleabilidad de la proporcionalidad por parte de la jurisdicción constitucional pareciera contar con un control metodológico. La Corte Constitucional al reorientar las estrategias del estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria expidió el auto A-110 de 2019. En esta decisión, exhortó a todos los jueces de la jurisdicción constitucional a resolver los equilibrios poblacionales mediante un test de proporcionalidad conformado por tres niveles de intensidad [leve, medio y estricto] y tres subprincipios [idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto]. La medida está diseñada para resolver cuándo una cárcel o penitenciaría cerrada por el INPEC debería permitir el ingreso de personas detenidas en centros de reclusión transitorios. El levantamiento del cierre carcelario permitiría la movilidad del flujo penitenciario, trasladando a las personas hacinadas en lugares no adecuados para la habitabilidad por un tiempo mayor a las treinta y seis horas, tales como las estaciones de policía o URIs, a centros penitenciarios y carcelarios⁹⁰.

El intento por construir este método para resolver los problemas de flujos poblacionales no hace más que incentivar la discrecionalidad y la simetría de intereses. En primer lugar, la estructura deductiva agrega pasos ajenos a la metodología de la proporcionalidad como doctrina legal, tales como los niveles de intensidad⁹¹. Esta adición es propia de la cultura judicial estadounidense, en la que se incorpora la individualidad, el modelo de intenciones y la hermenéutica de la sospecha. Una combinación de este estilo implica complejizar el uso de la proporcionalidad, abrir espacios a la discrecionalidad y a la complementariedad de contenido a partir de un sentimiento de simetría que al final de cuentas estaría justificando la ponderación de

88 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-762 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, diciembre 16 de 2015).

89 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-127 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, marzo 09 de 2016).

90 Corte Constitucional de Colombia, auto A-110 de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, marzo 11 de 2019).

91 Vlad Perju. “Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure”.

los dolores seleccionados por los grupos dominantes —por el Estado Carcelario—⁹².

Sustituir la proporcionalidad como doctrina legal por una simetría o proporción divina deja abierta la puerta a la manipulación de intereses. Los derechos humanos pueden constituirse en vehículos apropiados para extender y universalizar proyectos ideológicos a través de interpretaciones hegemónicas que moldean los campos legales, filosóficos y políticos⁹³. Como resultado, cualquier estándar discrecional en campos *ius-fundamentales* contribuye a esa apropiación por parte de los grupos de poder en pugna. De modo que, recuperar una metodología para resolver las tensiones entre principios fundamentales resulta de vital importancia para alcanzar un propósito mayor: limitar los juicios de valor de élites individualistas⁹⁴.

La contención de los intereses puede materializarse a través de dos caminos, la proporcionalidad como doctrina legal o el balanceo. La primera impone una ruta metodológica monolítica para que los jueces de forma uniforme puedan resolver problemáticas sociales mediando los juicios fácticos [realidad objetiva] y los juicios de valor [intereses]⁹⁵. Ello reduciría el margen de apreciación y la invasión subjetiva en el terreno de los derechos humanos. La segunda confía en la recuperación panorámica de las variables al subordinar el ejercicio hermenéutico a la sospecha. Los seres humanos somos arrastrados por poderes casi invisibles que nos hacen actuar en contra de nuestros sentidos más comunes, por lo que, al concientizar estas fuerzas, o sus instrumentos discursivos de disipación, estaremos en la capacidad de apreciar cursos impensables y reconstruir progresivamente la mejor forma de ponderación de intereses en favor del interés público⁹⁶.

En el siguiente capítulo determinaremos los inconvenientes de tomar el camino autoevidente para superar el uso indiscriminado de la simetría: la proporcionalidad como doctrina legal⁹⁷. A tal efecto, y por límites metodológicos de este escrito,

92 Algunas sentencias de tutela de la Corte Suprema de Justicia, posterior a la expedición del auto A-110 de 2019, no aplicaron la proporcionalidad según la metodología de la Corte Constitucional. En su lugar, emplearon argumentos alternativos para seguir justificando el sistema penal de opresión y supresión de garantías constitucionales. Para ello, véase: Proceso STP5680-2020, radicado 953/110900; Proceso STP14283 -2019, radicado 104983.

93 Kennedy. "The Critique of Rights in Critical Legal Studies".

94 Dorothy Roberts, "Foreword: Abolition Constitutionalism", 133 *Harvard Law Review* 1, (2019), <https://harvardlawreview.org/2019/11/abolition-constitutionalism/>

95 Duncan Kennedy. *A Critique of Adjudication*. (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997).

96 Möller. "Us Constitutional Law, Proportionality and the Global Model".

97 Mattias Kumm. "Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their

nos concentramos en la proporcionalidad aplicada en la judicialización de la política penitenciaria, en la jurisdicción constitucional, como doctrina legal. Las demás vertientes quedan abiertas a la construcción dialógica entre la academia y el poder judicial⁹⁸.

3. Los entornos carcelarios

La política penitenciaria tiene como principal objeto de regulación los entornos carcelarios. Este objeto se ha comprendido como una franja de espacio/tiempo alrededor de puntos de encarcelamiento —físicos o metafísicos— en donde ocurre una acumulación de hechos y contextos relacionados con la prisionización y el castigo. Estos entornos pueden ser de dos clases: *abiertos* y *cerrados*. Su naturaleza dependerá de la profundidad epistémica con que se estudian las relaciones carcelarias, el castigo y los sucesos alrededor de los centros penitenciarios [o puntos de encarcelamiento].

Los *entornos carcelarios cerrados* abarcan únicamente las variables derivadas de la habitabilidad en los centros de reclusión y los factores para la reintegración de los pospenados⁹⁹. Su alcance en Colombia ha sido trabajado por los actores involucrados en la criminalización terciaria al priorizar el estudio de los flujos poblacionales [ingresos-egresos de población interna], la prevalencia de las mínimas condiciones de reclusión y el fortalecimiento de los programas de reintegración social¹⁰⁰. En breves palabras, una cartografía cerrada del *entorno carcelario* concentra únicamente los componentes de bienestar y reintegración social de las personas

Solution”. En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (London: Cambridge University Press, 2017).

98 La investigación solo se enfoca en la judicialización de la criminalización terciaria o política penitenciaria, debido a los siguientes fundamentos: (i) la proporcionalidad cambia según la fase de la política criminal, lo que impide hacer juicios de generalidad entre los tres niveles [política legislativa, investigativa y penitenciaria]; (ii) en la política penitenciaria la Corte Constitucional ha regulado al método de la proporcionalidad para resolver problemas de equilibrio poblacional; (iii) la política penitenciaria está conectada al entorno carcelario, lo que permite visibilizar los efectos negativos del cierre epistémico naturalizado por la proporcionalidad como doctrina legal.

99 Compréndase dentro de la palabra “pospenados” aquellas personas que cumplieron la pena, están en libertad condicional o estando en libertad se encuentran bajo un régimen especial de supervisión.

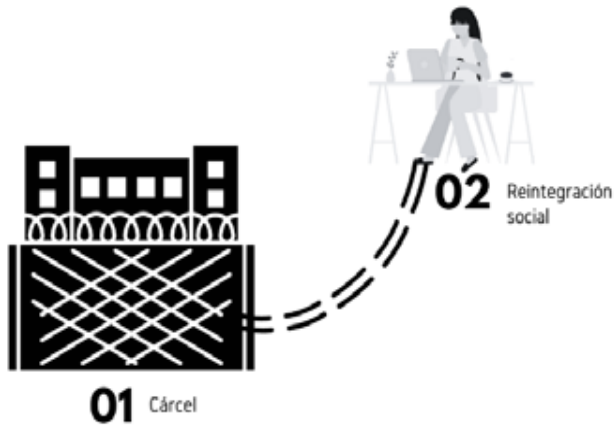
100 Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la sentencia T-388 de 2013 [CSS], “X informe de seguimiento”, abril de 2022, recuperado en: <https://www.humanas.org.co/wp-content/uploads/2022/04/CSST-388-X-Informe-de-Seguimiento-Versio%CC%81n-Final-1.pdf> [última visita: 18-octubre-2022].

privadas de la libertad¹⁰¹.

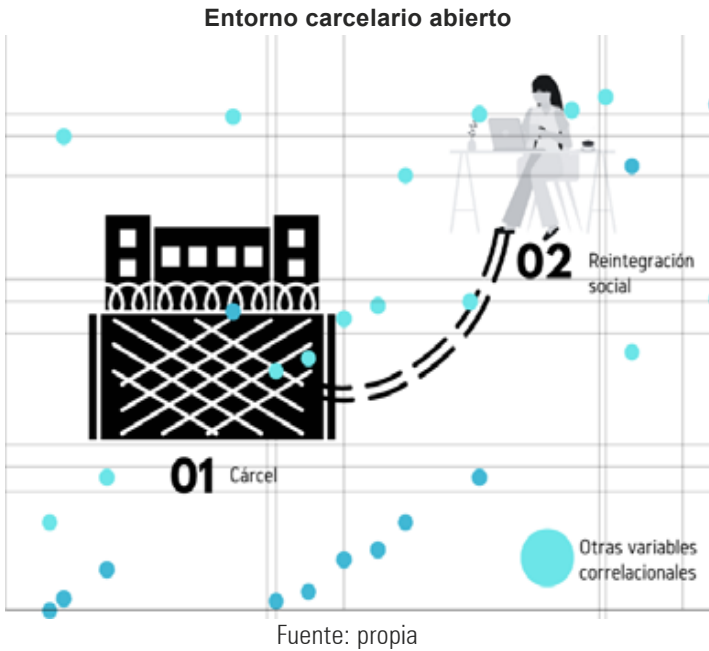
El *entorno carcelario abierto* juega una contrapartida ante las narraciones cerradas en cuanto a las prácticas de castigo y prisionización. Su naturaleza visibiliza múltiples campos silenciados que interactúan caóticamente con las cárceles y los espacios de resocialización. Una metacartografía del entorno carcelario contemplaría además de los cuatro muros de contención y la reintegración del pospenado, la experiencia de encierro, la alteración del cuerpo, la conexión de las cárceles con los guetos, los espacios transcarcelarios, la gobernabilidad judicial y otros factores inacabados que flotan alrededor de la pregunta: ¿cómo se castiga la criminalidad? Un *entorno carcelario abierto* trata de recolectar la mayor cantidad de factores alrededor de la idea de prisionización y castigo con el miedo a dejar atrás variables esenciales en la comprensión de los males carcelarios.

Gráfica No. 1
Clases de entorno carcelario

Entorno carcelario cerrado



101 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-122 de 2022 (M.P. Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger y José Fernando Reyes Cuartas, marzo 31 de 2022).



La apertura del entorno carcelario requiere distanciarnos de los marcos cerrados tradicionales al momento de apreciar las penitenciarías o los puntos de encarcelamiento. Para observar nuevas variables correlacionales al sistema tradicional debemos preparar nuestra consciencia para la recolección de cursos impensables. Según Bauman, solo cuando conocemos al mundo de forma interdisciplinar, caótica y en exilio epistémico¹⁰², estaremos en la capacidad de detener los sucesos y en ellos revelar factores antes no pensados¹⁰³. Es así como para Trouillot, al destruir lo autoevidente se impulsa la recuperación de los hechos silenciados por muros históricos que han evitado la observancia de mundos *más allá* de este¹⁰⁴.

La adopción de alguna de estas aproximaciones a los *entornos carcelarios* depende del proceso de resolución judicial que tramita las problemáticas

102 En el exilio todo pierde su sentido común. El nuevo lugar produce en nosotros un proceso de extrañamiento de las pautas sociales esperadas por los demás. Aquello que para el ciudadano es común y cotidiano, para el exiliado es raro y excepcional. Esa incomodidad lleva al sujeto a observar factores antes no pensados. Véase: Zygmunt Bauman. *El retorno del péndulo. Sobre psicoanálisis y el futuro del mundo líquido*. (Argentina: EFE, 2014).

103 Zygmunt Bauman. *Liquid Modernity*. (Cambridge: Polity press, 2000).

104 Michel-Rolph Trouillot. *Silenciando el Pasado: El poder y la producción de la Historia*. (España: Universidad de Granada, 2017).

penitenciarias¹⁰⁵. Es claro cómo en la criminalización terciaria se han presentado graves malestares en términos de derechos humanos de las personas privadas de la libertad¹⁰⁶. La jurisdicción constitucional, mediante la acción de tutela, ha judicializado estos dilemas clausurando los males en categorías comprensibles por el derecho constitucional. Este empaquetamiento en conceptos y categorías cierra la noción de los *entornos carcelarios* para ofrecer remedios concretos a la crisis y legitimar el actuar de la institucionalidad del Estado¹⁰⁷. Por el contrario, la presencia de un entorno abierto, al brindar variables inacabadas que interfieren con la prisionización y el castigo, ata diversos inconvenientes carcelarios en la exterioridad de los muros penitenciarios para su superación. Esta visibilización solo es posible en un escenario judicial que mediante el diálogo contextualizado, territorial e inacabado recolecta la mayor cantidad de variables epistémicas sobre varios focos de castigo.

El inconveniente detrás de la predilección de un marco de decisión judicial confinada a un *entorno carcelario cerrado* consiste en el fortalecimiento del Estado Carcelario. Simon ha definido a este último como un poder administrativo fundamentado en la opresión y exclusión de la *anormalidad* mediante narrativas de segregación presentes en las instituciones y figuras jurídicas, mayoritariamente ocultas¹⁰⁸. Su propósito consiste en recluir física y mentalmente [no necesariamente en una cárcel] a aquello que genera descontrol social. Incluso cuando la crítica judicial ha expuesto su *modus operandi*, el Estado Carcelario se apropia de sus efectos negativos para reforzar prácticas represivas a través de discursos subterráneos.

La filtración del Estado Carcelario a estos procesos judiciales solo es posible cuando se observan campos de estudio individualizados. Los jueces constitucionales al resolver una problemática de habitabilidad de los centros de reclusión reducen las variables de estudio a la calidad de las condiciones de internamiento¹⁰⁹. Esta

105 Aunque aquí se acuda al análisis judicial, por límites metodológicos, también los actores alternos [academia, organizaciones civiles, entidades estatales] tienen la capacidad de ampliar o cerrar el panorama del entorno carcelario según sus propósitos.

106 Corte Constitucional de Colombia, auto A-121 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, febrero 22 de 2018).

107 Libardo Ariza y Fernando Tamayo, "El cuerpo de los condenados. Cárcel y violencia en América Latina", *Revista de Estudios Sociales* 73, (2020): 83-95.

108 Jonathan Simon, "Racing Abnormality, Normalizing Race: The Origins of America's Peculiar Carceral State and Its Prospects for Democratic Transformation Today", *Northwestern University Law Review*, (2017): 1625-1652.

109 Corte Constitucional de Colombia, auto A-854 de 2022 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, junio 22 de 2022).

situación ciega cómo las subculturas carcelarias alteran el ambiente penitenciario¹¹⁰ o cómo la gobernabilidad judicial moldea la concepción de los espacios de alojamiento y reclusión¹¹¹. La singularidad de la problemática facilita el trasegar del Estado Carcelario de un lugar visibilizado a un lado oscuro. De un espacio reprochado por la decisión judicial a un lugar no revelado por los tribunales e igual de eficaz para sus fines opresivos. Como resultado, el Estado Carcelario se inmuniza ante el ataque judicial crítico, aparenta un avance placebo en la protección de los derechos humanos y disipa sus fuerzas de exclusión¹¹².

Del estudio singularizado de los *entornos carcelarios* se produce una política criminal incoherente y descoordinada. Garland ha señalado que los remedios fragmentarios suponen superar las problemáticas de raíz, aun cuando se dirigen a una pequeña parte del malestar estructural¹¹³. Este actuar deja un sinnúmero de dilemas sin resolver, crea nuevas problemáticas o contradice otras decisiones ya establecidas por el poder judicial¹¹⁴. En ese sentido, se producen varias posturas sobrepuestas que, en lugar de remediar los males sufridos en el sistema penitenciario y carcelario, fomenta el recrudecimiento del dolor¹¹⁵. La siguiente gráfica explica hipotéticamente el comportamiento en abstracto de la decisión judicial constitucional en cada entorno carcelario.

110 Libardo Ariza and Manuel Iturralde, “You don’t respect me, but I’m worthy of respect’. Paramilitaries’ prison experience and conflict transformation in Colombia”, *Punishment & Society* 5, n°21, (2019): 596-615.

111 Libardo Ariza y Mario Torres, “Definiendo el hacinamiento. Estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio penitenciario”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 2, n°21, (2019): 227-258.

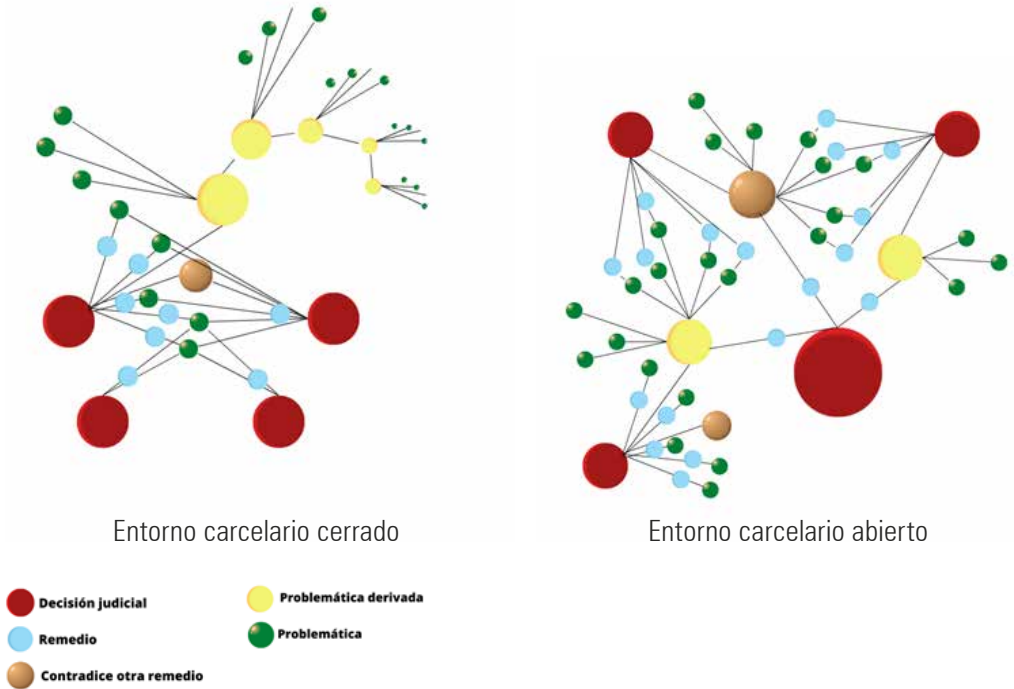
112 Alexandra Natapoff, “Atwater and the misdemeanor carceral state”, *Harvard Law Review Forum* 6, n°133, (2020): 147-178.

113 David Garland, “Introduction: The Meaning of Mass Imprisonment”, *Punishment & Society* 1, n°3, (2001): 5-7.

114 Corte Constitucional de Colombia, auto A-110 de 2019, cit.

115 David Garland, “The Problem of the Body in Modern State Punishment”, *Social Research* 3, n°78, (2011): 767–798.

Gráfica No. 2 Decisiones judiciales y entornos carcelarios



Fuente: Propia

La proporcionalidad como doctrina legal no es un método judicial adecuado para recuperar los *entornos carcelarios abiertos* en la judicialización de la criminalización terciaria colombiana. La estructura del método de justificación promueve un análisis epistémico cerrado de las variables en los entornos carcelarios. Según Jackson, su lógica se construye desde una racionalidad instrumental: un medio para un fin¹⁶. Esta conexión es evidente cuando se estudia la relación entre el medio que restringe la libertad y el impacto en los principios circundantes. Es decir, su foco de evaluación está diseñado para un escrutinio fragmentado de los hechos sin que se conecte la variedad de medios, fines e impactos sociales. En efecto, Jackson anuncia un nuevo reto de la filosofía constitucional del siglo XXI: la reconstrucción de las redes contextuales en la proporcionalidad para responder holísticamente al interés

116 Vicki Jackson, "Being Proportional About Proportionality. Book Review of the Ultimate Rule of Law by David M. Beatty", *Constitutional Commentary*, (2004), <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/1104>

social en campos de la igualdad¹¹⁷. Hasta entonces, sugiere utilizar con sospechosa precaución el método para resolver problemas estructurales o de interés público.

La racionalidad instrumental sostenida en la proporcionalidad es aún más problemática si se enclaustra sobre las propuestas del litigio constitucional. En primera instancia, son las partes quienes promueven un litigio para la evaluación del medio y la violación de los derechos fundamentales. En el modelo global constitucional, los jueces analizan los argumentos en que se fundamenta el medio restrictivo propuesto por los demandantes para comprobar su grado de justificación¹¹⁸. Desde este condicionamiento, Katharine resalta en la proporcionalidad una fuerte dependencia de las variables de las partes en conflicto producida por su estructura rogada y limitada de hechos¹¹⁹. Un método como doctrina legal producto de la construcción anticipada de las partes que cierra aún más la percepción del juez de algunos campos correlacionales.

La proporcionalidad al partir de una racionalidad instrumental sobre las variables de las partes en los litigios aísla la pluralidad de actores. Los *entornos carcelarios abiertos* relacionan múltiples variables correlacionales que afectan a diversas poblaciones sociales. Tener en cuenta a las partes de un litigio en el juicio de ponderación deja atrás a aquellas personas afectadas por la problemática y la futura prevalencia de principios constitucionales. Esta exclusión es una clara explicación del porqué la proporcionalidad como doctrina legal no contemplaría otros mundos posibles aparte de los propuestos por los demandantes.

Estos parámetros procesales cerrados en la proporcionalidad como doctrina legal provocan una mentalidad ganador-perdedor entre las partes en disputa. La precedencia condicionada de principios al traducirse en la siguiente fórmula, (P1 p P2) C, refleja una lógica de superioridad de un principio sobre otro en determinadas condiciones. Para Tushnet, además de la prevalencia de principios, aquel método refleja el predominio entre las partes que promovieron el litigio al sobresalir la propuesta ganadora de un grupo sobre la otra. En ese sentido, se crearía un resultado de tolerancia constitucional en donde el dolor y angustia de unos perdería reconocimiento sobre otros sufrimientos por intereses particulares: un lenguaje de pérdida de derechos humanos en sectores carcelarios donde debe primar la protección y maximización de la dignidad humana.

En términos generales, la imposibilidad de conectar la proporcionalidad con

117 Jackson. “Proportionality and Equality”.

118 Jackson. “Constitutional Law in an Age of Proportionality”.

119 Young. “Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights”.

los *entornos carcelarios abiertos* se fundamenta en su racionalidad instrumental. De acuerdo con Bauman, este tipo de racionalidad organiza los medios y fines para dar sentido y naturalidad a los cursos humanos¹²⁰. Un objeto es en sí mismo algo en cuanto su destino está determinado al cumplimiento de un propósito. Para ajustarse a esta práctica, se eliminan los factores que atentan contra la línea básica de certeza, limpiando el camino de caos y desorden social aun cuando sea necesario desconectar la realidad social de las categorías lógicas¹²¹. La proporcionalidad como doctrina legal es ese mecanismo que ayuda a purificar los caminos de desorden legal al concretar los medios y fines, y la prevalencia de derechos, cegando otras condiciones de posibilidad.

La acumulación de estos inconvenientes en la estructura de la proporcionalidad como doctrina legal hacen que el método no pueda contener los intereses promovidos por el Estado Carcelario o los grupos hegemónicos. La falta de contemplación epistémica implica que algunos campos no sean estudiados por los tribunales, facilitando la migración de la opresión a otros espacios eficaces para los intereses de poder y con baja gobernabilidad judicial. Entonces, aunque se aplique con claridad cada paso metodológico, se aparta una amalgama significativa de mundos posibles conectados y sobrepuestos a los puntos focalizados por los tribunales. En otras palabras, emplear una proporcionalidad como simetría fomenta problemas de arbitrariedad, mientras que su estructura discursiva como doctrina legal promueve las disputas de poder derivadas de una falta de recolección epistémica, siendo este último uno de los ejes angulares de los dilemas constitucionales carcelarios.

Conclusiones

La proporcionalidad posee un modelo binario aplicable por los jueces constitucionales: como una doctrina legal o un principio. El primero se emplea para resolver las tensiones entre derechos fundamentales mediante dos pasos metodológicos "la infracción" y la "justificación". En la infracción los jueces establecen en abstracto si existe algún medio que restrinja disposiciones fundamentales. Si ese fuera el caso, se debe establecer con posterioridad si el medio puede cumplir las cargas justificativas para intervenir los parámetros constitucionales. Para ese fin, se desarrollan con cautela los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por otro lado, la proporcionalidad como principio es una sensación

120 Bauman. *Liquid Modernity*.

121 Zygmunt Bauman. *Liquid Love: on the Frailty of Human Bonds*. (Cambridge: Polity press., 2004).

de simetría o proporción divina entre las cargas estudiadas. Su alcance se divide en dos caminos según la perspectiva epistémica optimista o escéptica que persiga.

La simetría y el balanceo son las dos caras de la proporcionalidad como principio. En la primera cohabita un optimismo a que ciertos grupos de poder [élite] pueden decidir correctamente sobre el bien y el mal. Por esa razón, se les designa a ellos la tarea de definir los valores que gobernarán a toda una colectividad, aun si para llegar a la elección de esos principios basta su intuición o sensación de estar eligiendo acertadamente. En cambio, en el balanceo se desconfiaba de la capacidad humana para elegir aquellas respuestas que representan a un pueblo. Las fuerzas de poder arrastran cualquier decisión en favor de sus proyectos hegemónicos. Por lo tanto, conscientes de las luchas de poder, recolectan el mayor número de variables mediando una conexión entre ellas que beneficie al interés público.

En la judicialización de la política criminal colombiana se ha ejercido reiteradamente la proporcionalidad como simetría. Desde el análisis de la política legislativa hasta la penitenciaria, se han inaplicado los pasos metodológicos para determinar cómo se puede justificar la presencia de algunas medidas para el cumplimiento de fines constitucionales. En particular, en la fase de la criminalización terciaria, la Corte Constitucional, mediante el auto A-110 de 2019, ha dejado librado el ejercicio justificativo, de la jurisdicción constitucional, a la proporción divina. En consecuencia, se crean espacios sujetos a la arbitrariedad, discrecionalidad y apropiación hegemónica de algunos grupos interesados en moldear las interpretaciones del poder judicial a sus fines individuales.

Para limitar el exceso de discrecionalidad y apropiaciones de poder, la doctrina constitucional ha manifestado la importancia de retomar los pasos de la proporcionalidad como doctrina legal. Sin embargo, este método de justificación enfrenta múltiples problemáticas que imposibilitan la contención de intereses en ámbitos de la judicialización de la criminalización terciaria. En primer lugar, su racionalidad instrumental estudia un medio para un fin, desconectando otras variables correlacionales en *entornos carcelarios abiertos*. Asimismo, este método es rogado, ello implica que las variables estudiadas son únicamente aquellas presentadas por las partes en conflicto. Este patrón excluye a la pluralidad de sujetos que participan en los *entornos carcelarios* y cierra las condiciones de posibilidad.

El desconectar campos epistémicos relacionales con problemáticas carcelarias facilita la expansión del Estado Carcelario. Este último pretende la exclusión de la anormalidad para el beneficio de los intereses de algunos grupos de poder. Una vez es develado por las decisiones judiciales viaja a otros campos poco explorados y con

gran eficacia en el cumplimiento de sus fines segregacionistas. Ese trasegar solo es posible cuando se observan de forma individual las problemáticas y se deja a un lado su eje colectivo y caótico. Bajo ese contexto, la proporcionalidad brinda una metodología individualizada de los dilemas, lo que provoca un posible fortalecimiento del Estado Carcelario y, por lo tanto, la posible prevalencia de los intereses de grupos hegemónicos que asimilan la crítica judicial. En conclusión, la proporcionalidad como doctrina legal no es un muro adecuado para contener los juicios de valor/intereses de posibles grupos detrás del Estado Carcelario.

Ante esta maleabilidad y cerramiento de la estructura discursiva de la proporcionalidad, la investigación deja dos caminos aún por explorar, que a su vez corresponden a las categorías del título principal de este artículo. Para empezar, se ha dejado sin respuesta las preguntas sobre ¿cuáles son los grupos hegemónicos que podrían apropiarse del poder punitivo por medio de la maleabilidad y cerramiento de los discursos metodológicos constitucionales?, y ¿quiénes estarían interesados en incorporar en la judicialización de la política penitenciaria esta clase de estructuras discursivas? En pocas palabras, cómo y en qué condiciones el *poder* puede apropiarse de la balanza constitucional para sopesar a su favor ciertos proyectos ideológicos. Asimismo, las variables *dolor* y *angustia* sufridas por las personas privadas de la libertad no tomaron protagonismo durante todo el texto. Aproximarse a estos factores requiere de enfoques interdisciplinarios, de la antropología del cuerpo o de la psicología social, propios de un intento por comprender la extensión de los *entornos carcelarios abiertos*. No cabe duda que, situarlos como ejes principales en el título corresponde a una movilidad narrativa crítica: el dolor, poder y angustia prevalecen en la judicialización de la política criminal sin que se hable a profundidad de ellos. Por lo general, suelen pasar desapercibidos como en el extenso de este escrito. Nuestra tarea en futuros trabajos debe consistir en redimir sus espíritus “darles voz y cuerpo”.

Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. España: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2012.
- Alexy, Robert, “Law, Morality, and the Existence of Human Rights”. *Ratio Juris* 25 No. 1 March (2012): 2–14.
- Alexy, Robert. “Proportionality and Rationality”. En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, editado por Vicki Jackson y Mark Tushnet. Londres: Cambridge University Press, 2017.

- Ambos, Kai, "La Detención Preventiva en Colombia, Perú y Bolivia," *Nuevo Foro Penal*, n°59, (1993): 82-108.
- Cita Triana, Ricardo Antonio y González, Iván. *La Proporcionalidad de las Penas en la Legislación Penal Colombiana*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2017.
- Ariza, Libardo e Iturralde, Manuel. "You don't respect me, but I'm worthy of respect'. Paramilitaries' prison experience and conflict transformation in Colombia". *Punishment & Society* 5, n°21 (2019): 596-615.
- Ariza, Libardo y Torres, Mario. "Definiendo el hacinamiento. Estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio penitenciario". *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 2, n°21, (2019): 227-258.
- Ariza, Libardo y Torres, Mario. "Constitución y Cárcel: La judicialización del mundo penitenciario en Colombia". *Revista Derecho Práx.* 1, n°10, (2019): 630-660.
- Ariza, Libardo y Tamayo, Fernando. "El cuerpo de los condenados. Cárcel y violencia en América Latina". *Revista de Estudios Sociales*, n°73, (2020): 83-95.
- Barak, Aharon. *Proportionality, Constitutional Rights and Their Limitations*. Londres: Cambridge University Press, 2012.
- Bauman, Zygmunt. *El retorno del péndulo. Sobre psicoanálisis y el futuro del mundo líquido*. Argentina: EFE, 2014.
- Bauman, Zygmunt. *Liquid Modernity*. Cambridge: Polity Press, 2000.
- Bauman, Zygmunt. *Liquid Love: on the Frailty of Human Bonds*. Cambridge: Polity press., 2004.
- BBC mundo. "Qué es la serie de Fibonacci y qué tiene que ver con el número áureo", video de YouTube, 7:23, publicado el 24 de abril de 2021, <https://youtu.be/B6zvtqvZTsk>
- Bernal Pulido, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y Los Derechos Fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Betancur, Nódier, *El trastorno mental transitorio sin base patológica: fundamentos para su diagnóstico*, 1.a ed. Medellín: Nuevo Foro, 2019.
- Bomhoff, Jacob. "Beyond Proportionality: Thinking Comparatively about Constitutional Review and Punitiveness". En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, editado por Vicki Jackson y Mark Tushnet. Londres: Cambridge University Press, 2017.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-370 de 2002 (M.P. Eduardo

- Montealegre Lynett, mayo 14 de 2002).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-301 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett, marzo 25 de 2004).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-470 de 2011 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla, junio 13 de 2011).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-388 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa, 28 junio de 2013).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-102 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, febrero 25 de 2013).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-762 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, diciembre 16 de 2015).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-127 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, marzo 09 de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-469 de 2018 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, agosto 31 de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-544 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, octubre 07 de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-551 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, octubre 12 de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-434 de 2017 (M.P. Diana Fajardo Rivera, julio 12 de 2017).
- Corte Constitucional de Colombia, auto A-121 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, febrero 22 de 2018).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-053 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, mayo 30 de 2018).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-064 de 2018 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas, junio 13 de 2018).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-125 de 2018 (M.P. Diana Fajardo Rivera, noviembre 21 de 2018).
- Corte Constitucional de Colombia, auto A-110 de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, marzo 11 de 2019).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-128 de 2020 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas, abril 22 de 2020).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-294 de 2021 (M.P. Cristina Pardo

- Schlesinger, septiembre 02 de 2021).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-055 de 2022 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos, febrero 21 de 2022).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-122 de 2022 (M.P. Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger y José Fernando Reyes Cuartas, marzo 31 de 2022).
- Corte Constitucional de Colombia, auto A-854 de 2022 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, junio 22 de 2022).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal [decisión de tutelas]. Proceso STP14283 -2019, radicado 104983 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar: octubre 15 de 2019).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal [decisión de tutelas]. Proceso STP5680-2020, radicado 953/110900 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya: agosto 11 de 2020).
- Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil [CSS], “Respuesta a preguntas de la Sala Segunda de Revisión sobre hacinamiento y crisis en centros de reclusión transitoria”, Informe a la Sentencia T-388 de 2013, Bogotá D.C., 27 de junio de 2019.
- Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la sentencia T-388 de 2013 [CSS], “X informe de seguimiento”, abril de 2022, recuperado en: <https://www.humanas.org.co/wp-content/uploads/2022/04/CSST-388-X-Informe-de-Seguimiento-Versio%CC%81n-Final-1.pdf> [última visita: 18-octubre-2022].
- Código Penal Colombiano [CP], Ley 599 del 2000, julio 24 de 2000 (Colombia).
- Código de Procedimiento Penal Colombiano [CPP], Ley 906 del 2004, septiembre 01 de 2004 (Colombia).
- Cohen, Moshe y Porat, Iddo. *Proportionality and Constitutional Culture*. London: Cambridge University Press, 2013.
- Cohen, Moshe y Porat, Iddo. “The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism”. En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, editado por Vicki Jackson y Mark Tushnet. Londres: Cambridge University Press, 2017.
- Gardbaum, Stephen. “Positive and Horizontal Rights: Proportionality’s Next Frontier or a Bridge too Far?”. En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, editado por Vicki Jackson y Mark Tushnet, editors, London: Cambridge University Press, 2017.

- Garland, David. "Introduction: The Meaning of Mass Imprisonment". *Punishment & Society* 1, n°3 (2001): 5-7.
- Garland, David. "The Problem of the Body in Modern State Punishment". *Social Research* 3, n°78, (2011): 767–798.
- Heck, Philipp, "The Formation of Concepts and The Jurisprudence of Interests", 1932, <https://www.scribd.com/document/431061387/Heck-The-formation-of-concepts-and-the-jurisprudence-of-interests-pdf>.
- Holmes, Oliver. *The Path of the Law*. Unite States of America: The Floating Press, [en Harvard Law Review 457, 1897], 2009.
- Jackson, Vicki, "Being Proportional About Proportionality. Book Review of the Ultimate Rule of Law by David M. Beatty", *Constitutional Commentary* (2004) <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/1104>
- Jackson, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era. United States of America*. New York: Oxford University Press, 2010.
- Jackson, Vicki. "Constitutional Law in an Age of Proportionality". *Yale Law Journal* 124, No. 8 (June 2015): 3094-3197.
- Jackson, Vicki y Tushnet, Mark, "Introduction", 1-10. En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, editado por Vicki Jackson y Mark Tushnet. Londres: Cambridge University Press, 2017.
- Jackson, Vicki. "Thayer, Holmes, Brandeis: Conceptions of Judicial Review, Fact-finding, and Proportionality". *Harvard Law Review*, n°130, (2017): 2348-2396.
- Jackson, Vicki. "Proportionality and Equality". En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, editado por Vicki Jackson y Mark Tushnet. Londres: Cambridge University Press, 2017.
- Kahn, Paul. *Making the Case: The Art of the Judicial Opinion. Unite States of America*. New York: Yale University Press, 2016.
- Kennedy, Duncan. *A Critique of Adjudication*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.
- Kennedy, Duncan. "The Critique of Rights in Critical Legal Studies". En *Left Legalism/ Left Critique*. Durham: Duke University Press, 2002.
- Kennedy, Duncan. "Proportionality and deference in Contemporary Constitutional Thought". *Harvard Public Law Working Paper*, (2016): 17-09.
- Kumm, Mattias. "Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Solution". En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Londres: Cambridge University Press, 2017.

- Lochner v. New York, 198 US 76 (1905) [Holmes' dissent]
- Lopera, Gloria. "El Principio de Proporcionalidad en el Control de Constitucionalidad de las Leyes Penales Sustantivas (una Aproximación a Su Empleo en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana)". *Nuevo Foro Penal*, n°67, (2005): 13-63.
- Mannheim, Hermann. "Some Aspects of Judicial Sentencing Policy," *The Yale Law Journal* 67, n°. 6 (1958): 961-981.
- Möller, Kai. "Us Constitutional Law, Proportionality and the Global Model". En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Editado por Vicki Jackson y Mark Tushnet. Londres: Cambridge University Press, 2017.
- Natapoff, Alexandra. "Atwater and the misdemeanor carceral state". *Harvard Law Review Forum* 6, n°133, (2020): 147-178.
- Perju, Vlad. "Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure". En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, editado por Vicki Jackson y Mark Tushnet. Londres: Cambridge University Press, 2017.
- Roberts, Dorothy. "Foreword: Abolition Constitutionalism". *Harvard Law Review* 1, 2019, <https://harvardlawreview.org/2019/11/abolition-constitutionalism/>
- Simon, Jonathan. "Racing Abnormality, Normalizing Race: The Origins of America's Peculiar Carceral State and Its Prospects for Democratic Transformation Today". *Northwestern University Law Review*, (2017): 1625-1652.
- Sotomayor, Juan Oberto. "Las Recientes Reformas Penales en Colombia: Un Ejemplo de Irracionalidad Legislativa". *Nuevo Foro Penal*, n°71, (2007): 13-66.
- Trouillot, Michel-Rolph. *Silenciando el Pasado: El poder y la producción de la Historia*. España: Universidad de Granada, 2017.
- Tushnet, Mark. "Making Easy Cases Harder". En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, editado por Vicki Jackson y Mark Tushnet. Londres: Cambridge University Press, 2017.
- Webber, Grégoire. "Proportionality and Absolute rights". En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, editado por Vicki Jackson y Mark Tushnet. Londres: Cambridge University Press, 2017.
- Young, Katharine. "Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights". En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, editado por Vicki Jackson y Mark Tushnet. Londres: Cambridge University Press, 2017.