



**UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPIRITU SANTO**

**FACULTAD DE POSTGRADO**

**TITULO:**

ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA  
DETERMINACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA PROVINCIA DEL  
GUAYAS 2018 – 2022

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO  
PREVIO A OPTAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO PENAL**

**AUTOR:**

Saúl Alberto Mero Zambrano

**TUTOR:**

Mag. Santiago Alejandro Ortega Gomero

**SAMBORONDÓN, 04 DICIEMBRE 2023**

## Resumen

El derecho penal se fundamenta en diferentes principios como el principio de legalidad, proporcionalidad, mínima intervención, *última ratio*, entre otros. Actualmente existen múltiples doctrinas que aspiran en constituirse en una teoría estándar que explique el derecho penal en el Estado Constitucional, entre ellas, encontramos el funcionalismo penal y el garantismo. Si bien el funcionalismo ha tenido una extensa difusión en Latinoamérica, su concepción autopoiética, normativista y sus compromisos ideológicos con las doctrinas de los estados de excepción y el derecho del enemigo no han podido desplazar la concepción liberal garantista del derecho penal, para la cual el objetivo de la norma penal es proteger bienes jurídicos. En tal sentido, si bien el derecho penal se aplica a partir de ciertos principios que son estándares interpretativos, como el principio de mínima intervención o el principio de lesividad, la legislación penal ha incorporado medidas cautelares orientadas a proteger la administración de la justicia como la prisión preventiva. En tal sentido, la prisión preventiva es una medida restrictiva de la libertad y aunque tiene una positivización de orden legal necesita un fundamento de naturaleza constitucional para justificar su aplicación. Por ello, la incorporación del test de proporcionalidad como metodología de aplicación de los principios se configura como una exigencia constitucional para determinar la razonabilidad de la medida que restringe un derecho fundamental. La presente investigación se llevará a cabo mediante el método lógico – deductivo y el método del caso jurisprudencial, es decir, de lo particular a lo general pues implica determinar una muestra no aleatoria de resoluciones en que se haya declarado fundada la prisión preventiva; asimismo, se aplicará el método exegético - hermenéutico pues la naturaleza de los institutos jurídico penales es normativo y como expresiones de sentidos manifestados mediante textos es necesaria una comprensión de los mismos. Las técnicas serán el fichaje y el análisis de casos. Como resultado de la investigación esperamos una sistematización de los métodos, estándares y criterios interpretativos que han justificado la procedencia de las prisiones preventivas aplicando el test de proporcionalidad.

**Palabras Clave:** Prisión preventiva, test de proporcionalidad, principio de legalidad.

### Abstract

Criminal law is based on different principles such as the principle of legality, proportionality, minimum intervention, last ratio, among others. Currently there are multiple doctrines that aspire to become a standard theory that explains criminal law in the Constitutional State, among them, we find penal functionalism and guaranteeism. Although functionalism has had extensive diffusion in Latin America, its autopoietic, normativist conception and its ideological commitments to the doctrines of states of exception and the law of the enemy have not been able to displace the liberal guaranteeist conception of criminal law, for which the objective of the criminal law is to protect legal assets. In this sense, although criminal law is applied based on certain principles that are interpretative standards, such as the principle of minimum intervention or the principle of harm, criminal legislation has incorporated precautionary measures aimed at protecting the administration of justice such as preventive prison. In this sense, preventive detention is a restrictive measure of freedom and although it has a positivization of legal order, it needs a foundation of a constitutional nature to justify its application. Therefore, the incorporation of the proportionality test as a methodology for applying the principles is configured as a constitutional requirement to determine the reasonableness of the measure that restricts a fundamental right. This investigation will be carried out using the logical-deductive method and the jurisprudential case method, that is, from the particular to the general since it involves determining a non-random sample of resolutions in which preventive detention has been declared justified; Likewise, the exegetical-hermeneutical method will be applied since the nature of criminal legal institutes is normative and as expressions of meanings manifested through texts, an understanding of them is necessary. The techniques will be the signing and analysis of cases. As a result of the research, we expect a systematization of the methods, standards and interpretive criteria that have justified the origin of preventive detentions by applying the proportionality test.

**Key Words:** Preventive detention, proportionality test, principle of legality.

## Introducción

El aparente consenso entre los defensores del test de proporcionalidad, como lo ha señalado recientemente Gardbaum, implica un “éxito triunfante” de un marco del derecho público que tiene pocos límites normativos, si es que alguno tiene (Fernández, 2010). Central para tal comprensión amplia del test proporcionalidad es la afirmación de que casi cualquier tipo de pretensión normativa, (ya sea en un orden jurídico como derecho del individuo o un interés público) puede introducirse en la fórmula algorítmica de la proporcionalidad con el fin de obtener una respuesta clara y definitiva sobre cuál derecho debe tener prioridad. Así entendido, el razonamiento del test de proporcionalidad es un recipiente vacío, una máquina doctrinal para procesar juicios normativos – algo así como un “omnívoro” normativo.

Esta explicación de la proporcionalidad, independiente del contenido, concuerda en gran medida con la práctica y la historia de la aplicación del principio dentro del ámbito tradicional del derecho constitucional. En particular, Robert Alexy, una de las principales autoridades sobre proporcionalidad, sostiene que la proporcionalidad rechaza específicamente la posibilidad de tener una base sustantiva de los derechos constitucionales (Borowski, 2021). En un sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos plantea que las propiedades estructurales de los derechos en conflicto - como si el demandante invocara una obligación estatal positiva o negativa - no influye en la ponderación - ni en la proporcionalidad – de los principios aplicables al caso. Algunos comentaristas van incluso más allá y sostienen que con la llegada de nuevos desarrollos en la doctrina del derecho público y con la creciente complejidad de la normativa dinámica entre el individuo y el Estado, la proporcionalidad inevitablemente tiene que dar cabida a algunos tipos novedosos de consideraciones constitucionales, que incluyen, pero no se limitan a derechos positivos y horizontales (Barak, 2020).

El objetivo principal del presente trabajo es cuestionar varios aspectos del test de proporcionalidad aplicado a la prisión preventiva. Como se demostrará más adelante, la proporcionalidad es un marco doctrinal sensible al contenido que tiene limitaciones normativas inherentes. En particular, la proporcionalidad sólo puede lograr sus objetivos declarados de mejorar la legitimidad, prioridad de derechos humanos y racionalidad del razonamiento judicial cuando se aplica a preocupaciones constitucionales concebidas como mandatos negativos, preocupaciones que en la tradición kantiana opera como “exigencias paradigmáticamente ejecutables con independencia de los demás” (Fuentes, 2008). Por el contrario, cuando se aplica a valores concebidos positivamente - es decir, valores que dan derecho a sus titulares a la

prestación de algunos servicios o bienes: la proporcionalidad no se limita a permanecer neutral con respecto al anterior triunvirato de objetivos, sino los socava activamente. Es importante destacar que la adecuada lógica de la proporcionalidad se ve comprometida, independientemente de si se concibe positivamente. Los valores entran en escena al nivel de la definición de un derecho (por ejemplo, a través de derechos concebidos positivamente) o al nivel de la justificación de un límite a un derecho constitucional (por ejemplo, a través de políticas públicas concebidas positivamente) o ambas cosas.

Que existan problemas teóricos y prácticos en la aplicación de la proporcionalidad (que la proporcionalidad no es un omnívoro normativo como se cree convencionalmente) no es una completa sorpresa. Muchos autores han señalado el hecho de que la mayoría de los tribunales en todo el mundo, que han abrazado la proporcionalidad, la evitan en gran medida al juzgar casos de derechos positivos y horizontales. Observaciones similares abundan, y aún no ha surgido una explicación convincente de por qué la práctica real de la proporcionalidad no se ajusta a su reputación de “omnívoro” (Hernández, 2005).

En este trabajo partimos de esta curiosa “deficiencia” de la proporcionalidad como punto de partida y la analizamos hasta convertirla en una afirmación más amplia, argumentando que casi todas las supuestas deficiencias de la proporcionalidad - como la inconmensurabilidad, la inflación de derechos, la formulación de políticas judiciales, la irracionalidad, la incertidumbre epistémica, etc., (Luque, 2020) - puede atribuirse a la aplicación inadecuada del principio de proporcionalidad. Por el contrario, todas las deficiencias anteriores desaparecen si la proporcionalidad se aplica únicamente a colisiones de consideraciones que operan como mandatos negativos. Tanto más cuanto que como señala la histórica reconstrucción de proporcionalidad lo demuestra, la versión original del test fue diseñado en el derecho administrativo prusiano del siglo XVIII y no pretendía abordar valores concebidos positivamente. Tal “actualización” es más bien una innovación del siglo XX y su deseo de exagerar la proporcionalidad en un sentido de Lecho de Procusto del estado administrativo en constante crecimiento.

Sostenemos, contrariamente a la suposición dominante, que el test de proporcionalidad tiene algunos límites normativos no negociables y, en consecuencia, sólo puede adaptarse a ciertas explicaciones estructurales de los derechos constitucionales y los intereses correspondientes. En particular, sostengo que la proporcionalidad debería concebir los derechos constitucionales como presuntos escudos contra la interferencia gubernamental y sólo

se permite que tales escudos sean perforados cuando los titulares de derechos pretenden utilizar sus derechos como espadas contra otros. Sin embargo, tal conclusión no autoriza a la inferencia de que otras explicaciones estructurales de los derechos, como los derechos que tienen dimensiones positivas y horizontales, son equivocadas o doctrinalmente defectuosas por sí. Lo único que significa es que el marco normativo de proporcionalidad no puede procesar adecuadamente tales asuntos estructurales de derechos y que la cuestión de su limitación justificable debería abordarse dentro de los parámetros de otras.

Se puede objetar rápidamente que tal proposición es contrafáctica y que la evidencia de la aplicación práctica de la proporcionalidad no lo confirma. En todo caso, la aplicación real del test de proporcionalidad en la mayoría de las jurisdicciones sugiere que en el conflicto entre derechos constitucionales e intereses públicos la balanza frecuentemente se inclina hacia los derechos. Sin embargo, como advierte un número cada vez mayor de constitucionalistas, este fenómeno no debe atribuirse a las cualidades superiores de la proporcionalidad como técnica doctrinal, sino únicamente a la benevolencia y la elevada base moral celebradas por los jueces constitucionales en funciones, especialmente a raíz de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial (Borowski, 2023).

### **Marco Teórico**

La proporcionalidad se define normalmente como un conjunto de reglas que determinan las condiciones necesarias y suficientes para que una norma limite un derecho constitucionalmente permisible. El principio es intrínseco y sigue lógicamente del enfoque bifurcado de la revisión judicial. Este último diferencia entre una cuestión de si se ha vulnerado un derecho y una investigación si el límite es razonable (Alexy, 2008). Este marco bipartito suele ser en contraste con los enfoques más categóricos del razonamiento sobre derechos, como la empleada en la jurisprudencia estadounidense, según la cual los límites de los derechos fundamentales están integrados en la definición del derecho.

Dondequiera que se emplee la proporcionalidad, el análisis generalmente comienza con la evaluación de la violación de derechos y se procede a la evaluación en cuatro partes:

Q1. Legitimidad. ¿Se adopta la medida para perseguir un objetivo legítimo?

Q2. Idoneidad. ¿Puede servir para promover ese objetivo?

Q3. Necesidad. ¿Es la forma menos restrictiva de hacerlo?

Q4. [Ponderación]. Visto en conjunto, ¿el fin justifica los medios? (Alexy, 2000).

En particular, el análisis de proporcionalidad en cuatro partes es puramente formal en la forma en que funciona. Su principal objetivo es establecer una relación condicional de precedencia entre el derecho constitucional individual y los intereses del bienestar público “a la luz de las circunstancias del caso” (Barak, 2020). Para llegar a una conclusión sobre el peso relativo de los intereses públicos y privados que se están equilibrando entre sí, y para “lograr un análisis preciso y completo de la estructura del equilibrio”— Robert Alexy propuso su famosa “fórmula del peso” (Bernal, 2003), que implica equilibrar el peso concreto – en contraposición a lo abstracto – del derecho individual y el interés público compensatorio.

Una vez más, vale la pena repetir que la fórmula de proporcionalidad ortodoxa no contiene restricciones adicionales en cuanto a las características estructurales de los espacios públicos e intereses privados que pueden ser objeto de cálculo. Por tanto, el “peso” de Alexy, la “fórmula” –y, de hecho, todos los test de proporcionalidad que aplican actualmente los tribunales constitucionales en todo el mundo – parecen ser “omnívoros”: no contienen limitaciones estructurales cuando se trata de los tipos de consideraciones normativas que pueden incorporarse al test de proporcionalidad. Y ahí, como se demostrará más adelante, radica el problema.

¿Por qué es necesario justificar la proporcionalidad? Para evidenciar una incompatibilidad entre la explicación “omnívora” de la proporcionalidad y la justificación tradicional de la proporcionalidad, puede resultar útil plantear la pregunta lógicamente antecedente de por qué necesitamos justificar la proporcionalidad en primer lugar. Es cierto que la respuesta no es evidente.

De hecho, el lenguaje de la proporcionalidad está inextricablemente imbricado en la textura constitucional de la mayoría de las democracias modernas; está arraigada en su lógica y su lengua vernácula constitucional. Como Alec Stone Sweet y Jud Mathews observan acertadamente, tendemos a dar el test por sentado en los casos de derechos fundamentales (González at., al, 2020). Sin embargo, estas limitaciones no permiten inferir que la proporcionalidad sea una doctrina constitucional correcta o incluso deseable. Como nos advirtió David Hume hace casi trescientos años, que algo sea así no se traduce en una proposición de que así debería ser el caso.

Incluso en jurisdicciones donde la proporcionalidad es una doctrina bien establecida, rara vez se detalla en el texto de los documentos constitucionales. Esto es especialmente cierto

cuando se trata de países como Alemania y Canadá, desde donde la iteración moderna de la proporcionalidad se “difundió” hacia el resto del mundo. Además, la observación más destacada de Luc Tremblay, incluso en algunos raros casos en los que el texto constitucional menciona el principio de proporcionalidad, “no requiere explícitamente equilibrar los derechos” (Borowski, 2021). En todo caso, está abierto al debate sobre cómo interpretar adecuadamente enunciados constitucionales que exigen que la limitación de un derecho sea razonable o proporcional.

Una línea destacada de argumentos sostiene que la proporcionalidad es conceptualmente necesaria o incluso inevitable como cuestión de adjudicación constitucional (Hernández, 2005). Aunque tales argumentos pueden ser atractivos en abstracto, se desmoronan cuando se los somete a un escrutinio más detenido sobre el terreno. De hecho, en la práctica real de la adjudicación constitucional cuando no se respalda estos argumentos quedan fuera de lugar: no todos los tribunales constitucionales que defienden un profundo compromiso con los derechos constitucionales están dispuestos a respaldar el test proporcionalidad (Velasco, 2005).

En la mayoría de las jurisdicciones constitucionales no existen justificaciones textuales plausibles para la invocación de un marco doctrinal de proporcionalidad de cuatro pasos, y, como se explicó anteriormente, las afirmaciones sobre la necesidad conceptual de la proporcionalidad no resisten el escrutinio. Por lo tanto, la justificación para la práctica de la proporcionalidad si lo hay, debe ser normativo. Si la proporcionalidad ofrece los mejores medios para alcanzar ciertos objetivos normativos de una manera que se ajuste a otras metas principios constitucionales, entonces su aplicación en un sistema jurídico está justificado (Luque et. Al., 2020).

Si bien las opiniones sobre este tema varían, existen ciertos objetivos normativos que parecen ganar el apoyo de un consenso académico. Robert Alexy, uno de los defensores más destacados del test de proporcionalidad, postula que la proporcionalidad puede derivarse de la pretensión de corrección; más específicamente, sostiene que “la prueba produce efectos que son intrínsecamente racionales e impiden el sacrificio de derechos fundamentales”. Una explicación útil de las mismas ideas se puede encontrar en las obras de Bernal Pulido. Como el autor observa, la justificación abstracta del uso de la proporcionalidad está normalmente asociado “a la posibilidad de dar respuesta positiva a tres preguntas: racionalidad, legitimidad y prioridad” (Bernal, 2003). Como explica Bernal Pulido, desde una perspectiva teórica

podemos justificar el uso de la proporcionalidad “si puede haber una forma racional y legítima de aplicar esta norma que simultáneamente preserve la prioridad de los derechos constitucionales” (Bernal, 2003).

Quizás el argumento más común invocado como parte de la defensa funcional de proporcionalidad es que ayuda a estructurar y racionalizar deliberación sobre los derechos constitucionales. La proporcionalidad, sostienen sus defensores, ayuda a traducir disposiciones constitucionales que de otro modo serían engorrosas: ¿Qué significa que una limitación de un derecho sea razonable? — en un claro, análisis transparente e imparcial. En pocas palabras, se supone que la proporcionalidad mejora la racionalidad de la argumentación constitucional.

El corolario lógico de esta proposición es que al estructurar el sistema judicial razonar y canalizar el equilibrio del interés final hacia la última etapa durante el proceso de revisión, se supone que la proporcionalidad reduce la arbitrariedad y el sesgo humano, reafirmando y amplificando así la percepción común de que las decisiones de los tribunales se toman de acuerdo con el estado de derecho y no con su antítesis: el gobierno de los hombres.

Además, como observa Mattias Kumm, al centrar a los actores públicos en los elementos del test proporcionalidad, la prueba puede tener un “efecto disciplinario sobre las autoridades públicas y ayudar a fomentar una actitud de confianza civil, al presionar a las autoridades públicas para que justifiquen constantemente sus acciones bajo la constitución (el proceso que Kumm llama célebremente “socrático”): la proporcionalidad está destinada a mejorar los resultados de la adjudicación constitucional “porque dicha impugnación aborda efectivamente una serie de patologías políticas a las que ni siquiera la legislación de las democracias maduras es inmune” (Barak, 2020).

Estas propiedades disciplinarias se logran no sólo mediante un enfoque más coherente de los casos de derechos individuales, sino también reuniendo aspectos de los múltiples enfoques analíticos actuales de una manera que permita la plena consideración tanto de los derechos individuales como de los valores sociales presentes en cada y uno de los casos. En cualquier caso, puede conducir o no a un resultado diferente al de las pruebas utilizadas actualmente, como la razonabilidad o la categorización.

Esto nos lleva a la principal virtud funcional de la proporcionalidad: su capacidad para mejorar la transparencia de la principal compensación que la corte está haciendo como parte de su apreciación de limitación de derechos. Como plantean Matthias Klatt y Moritz Meister, la proporcionalidad “deja claramente abierto el discurso moral indispensable para el equilibrio

y nos muestra qué proposiciones exactamente tiene que justificar un tribunal para poder llegar a un juicio racional” (Fernández, 2010) Más aún poderosamente, Stavros Tsakyrakis sugiere que el razonamiento de un tribunal es más claro “cuanto más explícitas sean las consideraciones morales de un caso”. Es importante destacar que esto se logra moviendo intereses que de otro modo serían opacos y se equilibrarían hasta el último extremo del test de proporcionalidad.

Por mucho que la racionalidad sea una condición deseada, sólo la razón, como recuerda acertadamente Ely, “no puedo decirles nada: sólo puede conectar las premisas con la conclusión” (Alexy, 2000). Por lo tanto, nuestra segunda preocupación será el fundamento constitucional que legitima la proporcionalidad como doctrina constitucional.

En particular, un tribunal constitucional puede aplicar legítimamente la proporcionalidad si su aplicación fuera epistémicamente coherente con los demás meta principios del derecho constitucional, como las nociones de constitucionalismo, estado de derecho, democracia y separación de poderes, en otras palabras, si la proporcionalidad encajara dentro de un acuerdo normativo particular en un sistema constitucional. João Andrade Neto capta esta idea aún más acertadamente: la adopción de la proporcionalidad se justifica una vez que se demuestra que, en lo que respecta a una jurisdicción, la proporcionalidad “no está prohibida” (Aguar, 2023). En otras palabras, en lugar de examinar las razones positivas que militan a favor de la Proporcionalidad, como hicimos con la justificación de la "racionalidad", este argumento busca garantizar que no se puedan invocar razones importantes para el test.

Por último, y en relación con lo anterior, cualquier justificación plausible de proporcionalidad debe mejorar, o al menos no erosionar, la efectividad de los derechos constitucionales. De hecho, es una proposición de sentido común que un modelo aceptable de adjudicación constitucional no puede obviar la fuerza normativa de las decisiones constitucionales. Por lo tanto, el uso de la proporcionalidad como estándar de revisión sólo puede justificarse si, en palabras de Bernal Pulido, “permite a los tribunales preservar la prioridad de los derechos constitucionales dentro del sistema jurídico” (Fuentes, 2008).

En particular, el requisito de la prioridad de los derechos también funciona como un gemelo funcional del requisito de legitimidad. Esto último sugiere que la adopción de una norma se justifica sólo si se determina que no está prohibida por otros meta principios constitucionales, como, por ejemplo, el principio de constitucionalismo.

En un sistema genuinamente comprometido con el principio del constitucionalismo, los derechos constitucionales normalmente deberían asumir prioridad sobre otras consideraciones

políticas, no sólo en virtud de su estatus normativo superior, sino también debido a su estatus más alto en la jerarquía de las normas jurídicas del sistema jurídico.

### **Estado de Arte**

Ahora bien, como se explicó anteriormente, el “carácter omnívoro” de la proporcionalidad presupone la ausencia de restricciones estructurales sobre los tipos de consideraciones normativas que pueden ser sometidos al análisis de la proporcionalidad costo-beneficio. Más específicamente, el “carácter omnívoro” no diferencia entre valores constitucionales concebidos positiva y negativamente. En lo que respecta a la proporcionalidad, cualquiera de los dos serviría.

En la mayoría de los casos, las concepciones positivas de los derechos son emblemáticas de la estructura particular de los derechos: lo que Frederick Schauer describe como los derechos “relacionados con la capacidad” (Aguilar, 2019). Según Schauer, el derecho a X es reivindicado cuando un titular de derecho tiene X. En consecuencia, como Schauer explica, “en la medida en que el titular del derecho no puede [hacer o tener cualquier cosa que sea derecho les confiere], entonces se ha infringido el derecho del titular.” Dado que el derecho a X sólo se efectúa plenamente cuando un titular del derecho “hace” o “tiene” X, y no cuando simplemente están protegidos de la interferencia de otros mientras “hacen” o “tienen” X, significa que alguien más debería tener un deber correlativo.

Proporcionar asistencia en el proyecto del titular del derecho de “hacer” o “tener” X, Wesley Hohfeld llamó a tales derechos reivindicaciones de derechos, o “derechos en el sentido de exigencias”.

Desde la perspectiva práctica, si alguien tiene un derecho positivo a hablar y no se le brinda la “oportunidad de hablar” o el “apoyo para hablar”, se deduce que se viola su derecho positivo a hablar.

Las consideraciones de política pública que se incorporan al test de proporcionalidad también pueden ser (y, de hecho, con frecuencia lo son) consideraciones concebidas positivamente: en lugar de tratar de prevenir un daño inminente, buscan lograr algunos objetivos sociales positivos o generar algunas buenas consecuencias. Para usar el lenguaje de Schauer, están conectados por capacidades. Estructuralmente, esto significa que intereses públicos concebidos positivamente en alguna Y, ya sea la mejora de la salud pública, el

compromiso con la justicia social o la promoción de la cultura e identidad de grupo, no se realiza a menos que se pueda decir que este mismo Y se ha logrado.

Es importante reiterar que el argumento tradicional a favor de la proporcionalidad es que supera cualquier otra forma de razonamiento sobre derechos al ayudar a identificar los intereses exactos que el tribunal debe equilibrar como parte de su limitación de derechos y, posteriormente, haciendo que dicho análisis sea más racional y transparente en comparación con revisiones que de otro modo serían “holísticas” o “definitivas” y que involucran equilibrio de intereses. Más específicamente, esto significa que al canalizar todas las consideraciones normativas en un conjunto de equilibrio de intereses ubicado al final del test de proporcionalidad, estructura y disciplina la toma de decisiones judiciales.

Esta capacidad de sacar el equilibrio de intereses de la “caja negra” epistemológica del razonamiento holístico al foco brillante del análisis estructurado no es sólo el principal reclamo de fama de la proporcionalidad, sino también una condición necesaria para su legitimidad.

Sin embargo, como se explica en el resto de esta parte, el único caso en el que la proporcionalidad puede realmente disciplinar el razonamiento judicial es cuando se aplica a consideraciones constitucionales enmarcadas como mandatos negativos. Por el contrario, al alimentar en el marco de valores positivamente concebidos, el razonamiento se vuelve aún más irracional en comparación con todos los competidores de la proporcionalidad, como la categorización o la razonabilidad.

Dos fenómenos asociados con los valores concebidos positivamente son particularmente conducentes a este resultado. En primer lugar, la invocación de conceptos positivamente concebidos.

Estas consideraciones conducen a la bifurcación del equilibrio de intereses como parte del análisis de limitación de derechos. En segundo lugar, las consideraciones concebidas positivamente tienden a inyectar la cantidad injustificable de incertidumbre epistémica en la adjudicación constitucional.

Para hacer adecuadamente su trabajo, como explica Aharon Barak, todo equilibrio de intereses es inherente en la limitación de derechos debería “alojarse” en la última etapa del test de proporcionalidad: la proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, la consecuencia de aplicar la proporcionalidad a consideraciones concebidas positivamente es que el equilibrio comienza a bifurcarse (Barak, 2020).

Para articular adecuadamente esta última intuición es útil recordar que antes de adquirir significado doctrinal, todos los derechos concebidos positivamente deben someterse a una limitación definitoria. Como ejemplo ilustrativo, consideremos el derecho a la salud.

El derecho a la salud concebido positivamente normalmente se define como el derecho a un sistema de protección de la salud que proporcione igualdad de oportunidades a las personas disfrutar del más alto nivel posible de salud (Velasco, 2005). Nótese que el concepto sustantivo los derechos otorgados por el derecho a la salud no son coextensivos con la definición coloquial del término “salud”: de hecho, son sustancialmente más restringidos.

Como señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas “el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano”. En cambio, tiene en cuenta “tanto las condiciones previas biológicas y socioeconómicas del individuo como los recursos disponibles del Estado” (Velasco, 2005). En consecuencia, el beneficiario de un derecho a la salud concebido positivamente no puede beneficiarse del más alto nivel de salud, sino sólo del más alto nivel de salud posible.

Implícito en este ejemplo está la idea de que la concepción positiva de los derechos no puede proceder sin incorporar algunos métodos de limitación definitoria de títulos sustantivos garantizados por derechos; algo que, en las palabras de Aharon Barak, delinearía los límites normativos de los derechos.

Como explica Jamie Cameron, una limitación definitoria de los derechos supone que las garantías estén condicionadas por factores políticos, sociales y culturales” (Krauth, 2019). En palabras de Alan Brudner, “en lugar de definir el alcance de un derecho... independientemente de consideraciones de bienestar común y luego permitir que esas consideraciones para anular el derecho en la medida necesaria para lograr un determinado objetivo, el juez o teórico permite que el bienestar común defina el alcance del derecho” (Aguar, 2019).

Si bien tal interpretación de la definición de un derecho concebido positivamente es perfectamente razonable *per se*, es absolutamente incompatible con una revisión basada en la proporcionalidad. Esto se debe a que tal enfoque permitiría a los tribunales limitar el alcance del derecho en dos etapas diferentes de análisis recurriendo a las mismas razones para la justificación: tanto en la etapa de definición correcta como en la etapa de limitación del derecho. Como observan claramente Stone Sweet y Mathews con respecto a los peligros del

equilibrio definicional, el equilibrio entra por la parte trasera, donde se utiliza para crear cada vez más reglas y excepciones más matizadas (Obando, 2018).

Además, tal “doble inmersión” no sólo comprometería las ventajas de la proporcionalidad como marco transparente de principios (como lo han hecho los tribunales),, podría participar en el equilibrio de intereses dos veces, con el primer conjunto de equilibrio sucediendo dentro de una “caja negra” epistemológica, pero también iría en contra a la postura tradicional de la proporcionalidad de que la carga de probar la limitación del alcance del derecho debería recaer exclusivamente en el gobierno (Moscoso, 2020).

La importancia perniciosa de las consideraciones concebidas positivamente sobre el razonamiento de proporcionalidad no estaría completa sin mencionar sus efectos negativos en la etapa de justificación de la limitación de un derecho constitucional, no sólo el nivel de definición del alcance del derecho. En particular, las políticas públicas tienden a transformar las disputas constitucionales legales en disputas políticas en las que, la mayoría de las veces, las exigencias de derecho llevan el riesgo de incertidumbre empírica intratable. Este fenómeno es particularmente evidente en los casos en que el tribunal tiene que equilibrar derechos constitucionales enumerados contra la solidez a largo plazo de las políticas públicas policéntricas a gran escala, la mayoría de los cuales se crean “bajo condiciones de información imperfecta” (Krauth, 2018).

Ahora bien, las consideraciones de política son más sólidas empíricamente cuando se proporciona información de esta naturaleza pues el tribunal sólo necesita evaluar un conjunto de asociaciones causales. Por ejemplo, es posible que el tribunal tenga que preguntar si existe evidencia “contundente y persuasiva” de que el intento de los demandantes de reivindicar sus derechos infligiría daños directos y tangibles, daño a otros participantes del sistema. Esta investigación es estructuralmente más simple y más detallada que la anteriormente esbozada: se requiere que la corte examine una simple conexión de causa y efecto, algo que los tribunales ya hacen habitualmente como parte de sus juicios penales o por daños. El problema de incertidumbre empírica que acompaña a las complejas políticas policéntricas de “bien público” va mucho más allá de las meras fallas de los jueces a la hora de interpretar adecuadamente los datos estadísticos. Hallazgos de evidencia de ciencias sociales basada en números, lo cual es un problema grave en su propio derecho. En todo caso, la capacidad misma de las ciencias sociales para producir hallazgos empíricamente sólidos y conocimientos predictivos en el

campo de los sistemas no lineales con múltiples interdependencias, como las políticas de "bien público", deben ser puesto en duda.

Por un lado, la dependencia judicial acrítica de la literatura de pronóstico de las ciencias sociales puede ser problemática debido a lo que se conoce como una "crisis de replicación" moderna. John Ioannidis denuncia el desconcertante estado de asuntos científicos en su propio campo, afirmando que la alta tasa de no replicación (falta de confirmación) de los descubrimientos de la investigación es una consecuencia de la estrategia conveniente, aunque infundada, de afirmar que los resultados de la investigación son concluyentes únicamente sobre la base de un único estudio evaluado mediante significación estadística formal (Fuentes, 2008). La situación actual en el campo de las ciencias sociales es igualmente desconcertante.

Y, por otro lado, como argumentó Ronald Dworkin, es incorrecto condicionar el análisis de los derechos constitucionales a inferencias causales derivadas de observaciones de patrones de comportamiento, algo que las ciencias sociales rutinariamente hacen porque estos últimos pueden sufrir una rápida transformación.

La discusión anterior, por supuesto, no sugiere que todos los juicios causales deben ser desterrado del análisis constitucional. El propio Dworkin proporciona una distinción útil entre la física y ciencias similares que puede proporcionar alguna noción de la mecánica que traduce la causa en el efecto" (Borowski, 2021). Según Dworkin, los resultados obtenidos por tales ciencias pueden entrar en la adjudicación constitucional, y las ciencias sociales, que por lo general sólo son capaces de proporcionar correlaciones sin la mecánica. Esta última, según Dworkin, debe ser deplorada siempre que "estén en juego derechos constitucionales" (González et., al., 2020).

Aun así, las políticas públicas prospectivas que se basan en juicios complejos de las ciencias sociales (como las políticas concebidas positivamente) deben contrastarse con políticas "negativas" empíricamente sólidas que requieren que el tribunal examine una conexión simple de causa y efecto dentro de un "modelo mecánico" conocido. Este último puede acomodarse mediante el test de proporcionalidad. En efecto, la prevención de un daño concreto es empíricamente más sólida que la consecución de un bien abstracto.

## **Planteamiento del problema**

El derecho penal se fundamenta en diferentes principios como el principio de legalidad, proporcionalidad, mínima intervención, *última ratio*, entre otros. Actualmente existen múltiples doctrinas que aspiran en constituirse en una teoría estándar que explique el derecho penal en el Estado Constitucional, entre ellas, encontramos el funcionalismo penal y el garantismo. Si bien el funcionalismo ha tenido una extensa difusión en Latinoamérica, su concepción autopoiética, normativista y sus compromisos ideológicos con las doctrinas de los estados de excepción y el derecho del enemigo no han podido desplazar la concepción liberal garantista del derecho penal, para la cual el objetivo de la norma penal es proteger bienes jurídicos.

En tal sentido, si bien el derecho penal se aplica a partir de ciertos principios que son estándares interpretativos, como el principio de mínima intervención o el principio de lesividad, la legislación penal ha incorporado medidas cautelares orientadas a proteger la administración de la justicia como la prisión preventiva. En tal sentido, la prisión preventiva es una medida restrictiva de la libertad y aunque tiene una positivización de orden legal necesita un fundamento de naturaleza constitucional para justificar su aplicación. Por ello, la incorporación del test de proporcionalidad como metodología de aplicación de los principios se configura como una exigencia constitucional para determinar la razonabilidad de la medida que restringe un derecho fundamental. No obstante, si bien el mismo test de proporcionalidad sirve para mejorar la justificación de una medida restrictiva, es una metodología con amplios niveles de discrecionalidad. A pesar de la incorporación del test en la deliberación de las prisiones preventivas no se puede identificar una reducción sustancial en la aplicación de las mismas, eso significa que los estándares, interpretaciones y valoraciones de fondo realizadas por los jueces instrumentalizan el test para legitimar sus decisiones siendo muchas de ellas arbitrarias e injustificadas. Por ello, la necesidad de estudiar profundamente los argumentos que emplean los jueces penales para darle contenido al test de proporcionalidad ya que la aplicación de esta metodología no ha servido para limitar una medida cautelar excepcional como la prisión preventiva.

## **Análisis**

La discusión anterior demuestra que la incorporación de consideraciones concebidas positivamente al test de proporcionalidad hace que este último sea responsable de diversas

desviaciones del estándar de racionalidad, como el aumento de incertidumbre epistémica y doble equilibrio. Sin embargo, se podría objetar, con razón, que una mera desviación del estándar de racionalidad tiene poca importancia. Después de todo, como se enfatiza en la explicación sobre racionalidad ningún marco de derechos puede ser completamente racional y estar desprovisto de subjetividad.

Parecería, por lo tanto, que para aclarar el punto de que la explicación “omnívora” de la proporcionalidad socava su propia justificación, necesita demostrar que hace que la proporcionalidad no sea simplemente irracional, sino más irracional que otros tipos de doctrinas constitucionales, como la razonabilidad o la categorización. Sin embargo, ¿es necesariamente así?; ¿rivales que los hace estructuralmente inmunes a, o al menos normativamente compatibles, consideraciones concebidas positivamente?

Un punto de partida sensato para pensar en esta cuestión es la observación de que todos los marcos analíticos diseñados para resolver cuestiones de adjudicación de derechos (ya sea que estén basados en la proporcionalidad o no) se basan en el equilibrio de intereses. La diferencia está en la forma en que se pone en práctica dicho equilibrio. Generalmente, como explica Aharon Barak, hay dos alternativas recurrentes disponibles: uno es el equilibrio de intereses *ad hoc*, operacionalizado a través de la proporcionalidad y marcos de razonabilidad, el otro es el equilibrio interpretativo (Barak, 2020). Este último es a menudo descrito como un método categórico, según el cual el equilibrio de intereses opera a nivel interpretativo determinando el alcance de las categorías en cuestión y sus límites (Luque et., al., 2020). Por ejemplo, para determinar los límites del derecho a la libertad de expresión, sería necesario comprometerse a equilibrar los intereses, lo cual llevaría a adoptar una postura sobre la cuestión de si el derecho a la libertad de expresión puede abarcar casos de discurso racista u obscenidad (Aguilar, 2019). De manera similar, para establecer lo que entra dentro del ámbito del derecho positivo al derecho a la salud, sería necesario equilibrar los intereses de los ciudadanos en el mantenimiento y mejorar su salud en contra de la capacidad natural del Estado para permitir tales necesidades.

Ahora bien, desde el punto de vista metodológico es crucial que la normativa del equilibrio entre los principios que subyacen al derecho y los principios que se oponen a él (estos últimos normalmente adoptan la forma del interés público) sólo podrá efectuarse una vez. Naturalmente, para que tal problema de doble equilibrio afecte a un marco de derechos, el marco tendría que caracterizarse por una división bifurcada del modelo de revisión del

escrutinio judicial, en el que el tribunal establece primero si la disposición impugnada tiene un efecto infractor de derechos y, en caso afirmativo, si la infracción puede ser confirmada. Sólo el test de proporcionalidad se ajusta a ese modelo. Otros marcos, como una prueba o categorización holística de razonabilidad, se basan en el modelo de revisión de "un solo carril" y, por lo tanto, son por defecto estructuralmente inmune al doble equilibrio.

En cuanto a la incertidumbre epistémica, parece que otros enfoques también son estructuralmente menos propensos a sucumbir a sus efectos nocivos. Consideremos la categorización, confiada a la creación de categorías jurídicas predeterminadas, cuyos límites se establecen de antemano mediante un equilibrio interpretativo - la revisión categórica es inherentemente más conservadora y prudente con respecto a qué consideraciones políticas está dispuesto a considerar para establecer los límites de tales categorías. Nuevamente, una vez que los límites de cada se definen se establece una categoría particular, las consideraciones de política no pueden "reexaminarse".

Se especula que no es coincidencia que la mayoría de las consideraciones políticas utilizadas en la jurisprudencia comparada para determinar el alcance de los derechos fundamentales sean concebidos negativamente. Estas consideraciones son empíricamente más sólidas que las positivas, lo cual es una gran ventaja, ventaja a la hora de crear categorías predeterminadas inflexibles que son muy difíciles de revisar.

Tomemos, como ejemplo, la libertad de expresión. La medida completa de la Primera Enmienda en los Estados Unidos normalmente no se extiende a un sector relativamente amplio, una lista de consideraciones concebidas negativamente y, por tanto, empíricamente sólidas como proteger al público contra palabras conflictivas, obscenidad o la defensa de inminente acción ilegal (Velasco, 2005). El tribunal no puede "reequilibrar" los valores e intereses subyacentes a estas calificaciones para la libertad de expresión sin tener que reemplazar una jerarquía relativamente rígida con otra, por lo que tiene que elegir sabiamente antes, creando cada calificación. Este enfoque no sólo reduce las exigencias probatorias en los casos constitucionales, sino que también garantiza cierto grado de estabilidad y previsibilidad en la adjudicación.

Vale la pena repetir, como se argumenta a lo largo de este artículo, que la proporcionalidad funciona peor que sus principales rivales doctrinales sólo cuando se aplica a consideraciones concebidas positivamente. Por el contrario, cuando se aplica a intereses concebidos negativamente, la proporcionalidad supera a todos los demás marcos: mejora la

racionalidad de la toma de decisiones judiciales, permite a los jueces asegurarse de que ninguna consideración normativa o empírica significativa ha escapado al análisis, y en general usurpa el papel del legislador menos que el papel principal de sus alternativas (Hernández, 2005).

Habiendo repudiado la capacidad de la explicación “omnívora” de la proporcionalidad para mejorar -o al menos no socavar- los objetivos justificativos tradicionales de la proporcionalidad (es decir, racionalidad, legitimidad y prioridad de los derechos) puede ser prudente demostrar cómo estos objetivos se fomentan aplicando la proporcionalidad a los conflictos entre valores concebidos negativamente. Frederick Schauer describe las propiedades formales y estructurales de tales derechos al contrastarlos con los derechos positivos, argumentando que lo que comúnmente vemos como derecho a X, no es en realidad un derecho a X, sino más bien un derecho a no tener la capacidad de X “violada sin la provisión de una justificación de especial fuerza”. Desde la perspectiva de los incidentes hohfeldianos, podemos encuadrar la concepción negativamente del derecho a X como un derecho legal contra el gobierno para abstenerse de interferir con X. De ello se deduce, por lo tanto, que el gobierno, debe abstenerse de interferir, “tiene el deber correlativo de hacerlo”.

Los derechos concebidos negativamente operan como mandatos negativos y dan lugar a deberes categóricos. A primera vista, esa arquitectura de derechos puede parecer contraintuitiva, ya que no ancla un derecho putativo a X en un interés externo de tener realmente o hacer X, como hacen otras teorías de los derechos. Sin embargo, como explica Schauer, eliminar la capacidad de X del derecho a X está lejos de hacer que el derecho esté vacío, más bien, esta preconcepción ahora ve los derechos como escudos contra las decisiones gubernamentales. Situando esta propuesta en el contexto del test de proporcionalidad, se puede observar que el gobierno no puede perforar estos escudos a menos que haya una justificación muy convincente que está dispuesto a demostrar públicamente. En otras palabras, al gobierno normalmente se le prohíbe invadir la propiedad, las libertades personales enmarcados como derechos constitucionales a menos que haya una buena razón para hacerlo.

La interpretación estructural esbozada de los derechos constitucionales tiene varias ventajas sobre la explorada anteriormente. La más importante de ellas es su capacidad para permitir a los tribunales diferenciar entre proposiciones normativas que deberían dar lugar a derechos reales y aquellos que no deberían hacerlo sin comprometer el doble equilibrio, es decir, equilibrio de las mismas consideraciones normativas en las etapas de definición y justificación del análisis. El doble equilibrio es pernicioso para el razonamiento de derechos

basado en principios porque fomenta un análisis normativo desenfrenado durante una limitación definitoria de un derecho y no contiene cualquier restricción de principios sobre cualquier preferencia personal que los jueces deseen canalizar a través de sus definiciones preferidas.

Consideremos la afirmación de que la interpretación negativa de los derechos nos permite evitar el doble equilibrio. Si rechazamos la idea según la cual un derecho constitucional se basa en algún derecho a un bien externo inteligible, entonces se sigue que un derecho y su valor fundamental deben implicarse mutuamente. Esto evita la necesidad de adoptar una definición del derecho que incluya un equilibrio de intereses incorporado en la etapa de definición del análisis, deteniendo así un análisis normativo sin restricciones durante una limitación definitoria de un derecho e imponer algunas restricciones de principios a cualquier elección normativa que desee canalizar a través del lenguaje aparentemente neutral de las definiciones.

Por esta razón, una interpretación sin reservas de cualquier palabra incorporada en la Constitución sería exhaustiva de la esfera de libertad garantizada por ese derecho. Si, por ejemplo, en la Constitución se garantiza la libertad de “expresión”, una esfera de autonomía definida dentro de un tejido constitucional mediante dicha garantía sería coextensiva con todo lo que cae dentro del ámbito del “discurso”, por trivial o controvertido que sea. Por lo tanto, en un aspecto importante, la proporcionalidad favorece a lo que se conoce como “la comprensión amplia de los derechos”.

Uno podría fácilmente imaginar una objeción a una comprensión tan amplia y general de los derechos, argumentando que está injustificadamente abstraída de todas las circunstancias particulares del orden constitucional, es decir, que es contextual. Sin embargo, como ha respondido Friedrich Hayek, ese es precisamente el punto. Según él, la única manera de que las libertades constitucionales puedan ser significativamente cultivadas en cualquier sociedad es que sean abstractas, generales y acontextuales; eso es exactamente lo que distingue las “reglas abstractas que llamamos ‘leyes’” de los “órdenes específicos y particulares” (Fuentes, 2008). En otras palabras, la única manera de impedir el ejercicio arbitrario del poder, que como Hayek explica es más bien un “instrumento de opresión”, es asegurarse de que “la regla se establece ignorando el caso particular y la voluntad de ningún hombre decide la coerción utilizada para hacerla cumplir”, siendo la voluntad coercitiva del juez, por supuesto, la que no es diferente a la de un legislador.

El principal beneficio de una comprensión negativa amplia de un derecho es que, como se mencionó anteriormente, la definición *prima facie* de un derecho puede incorporarse al análisis de proporcionalidad tal como está, sin limitaciones de definición, porque ya sería inteligible y, la mayoría de las veces, capaz de ejecución inmediata en todo su alcance. Esta lógica contrasta con la idea de concebir el derecho en términos positivos, en los que el derecho –por ejemplo, el antes mencionado derecho a la salud– tendría que ser calificado por una serie de motivos incluso antes de alcanzar la fase de ponderación. La diferencia es reveladora. Es cierto que se puede presentar un contraargumento según el cual el paradigma del derecho como libertad negativa no es una panacea contra los males de doble equilibrio. Este punto se pone claramente de relieve en el contexto de los llamados “derechos calificados”. Los derechos calificados son garantías constitucionales, ya sea concebidos negativa o positivamente, que tengan “calificaciones incorporadas que faciliten el diálogo entre los poderes judicial y legislativo del estado”.

Tomemos, por ejemplo, el derecho a la protección contra actos “cruels e inhumanos”. La inclusión del término “cruel e inhumano” sugiere que el derecho en cuestión está calificado, es decir, no garantiza protección contra ningún castigo, sino sólo el que haya sido definido como “cruel e inhumano”. Ahora bien, la determinación de lo que constituye “cruel e inhumano” es ineluctablemente dependiente del contexto y, como tal, requiere un ejercicio de ponderación. Sin embargo – y esto es crucial en aras de la claridad analítica – tal equilibrio de definiciones involucraría un conjunto diferente de intereses en conflicto que equilibrar en la etapa de limitación adecuada.

Por ejemplo, para determinar qué se considera “cruel e inhumano”, el tribunal de revisión tendría que equilibrar la severidad del castigo impuesto en función de la gravedad del delito cometido, por el contrario, en la etapa de limitación de derechos, los intereses constitucionalmente protegidos del acusado tendrían que equilibrarse con los intereses reales del acusado, por ejemplo, necesidades inminentes de seguridad al público. Esta compensación surgiría, por ejemplo, en el contexto de la detención preventiva de peligrosos delincuentes.

Como se desprende de esta discusión, la necesidad de involucrarse en el equilibrio de intereses dos veces no implica necesariamente un doble equilibrio de las mismas consideraciones normativas. Y en situaciones en las que así sea, se desaconseja al tribunal utilizar la proporcionalidad. La cuestión, sin embargo, es que muy pocos derechos negativos son derechos calificados y aún menos derechos negativos tendrían que definirse y limitarse

recurriendo a consideraciones idénticas de interés público. A diferencia de todos los derechos positivos son necesariamente derechos calificados que involucran al mismo público. Consideraciones de interés tanto en la etapa de definición como en la etapa de limitación del análisis: consideraciones que normalmente se refieren a la asignación justa de recursos escasos.

### Conclusiones

Este trabajo de titulación sostiene que la proporcionalidad, contrariamente a la visión ortodoxa, es sensible al contenido de los tipos de consideraciones normativas que puede acomodar. Si bien el test de proporcionalidad admite el procesamiento de decisiones concebidas negativamente, parece estar en tensión irreconciliable con otras concebidas positivamente. ¿Por qué? ¿Qué es eso de las consideraciones concebidas positivamente? ¿Eso los hace inaceptables para una revisión de proporcionalidad?

En primer lugar, consideraciones concebidas positivamente, entendidas como algunos objetivos y valores abstractos de bien público conllevan un riesgo inextricable de amplitud excesiva en las definiciones. Metodológicamente, tal amplitud definitoria sólo puede salvarse mediante múltiples conjuntos de equilibrio de intereses administrados en el curso de una revisión basada en la proporcionalidad: como un sistema de equilibrio de intereses incorporado en la etapa de definición junto con un análisis del equilibrio de intereses como parte de la proporcionalidad *stricto sensu*. Sin embargo, esta doble inmersión debilita el punto mismo de la revisión de proporcionalidad cuyo principal reclamo es impulsar el ejercicio de equilibrio hasta el final del análisis y, al hacerlo, hacer que tales equilibrios lo más transparente y basado en principios posible.

En consecuencia, la inyección de consideraciones positivamente concebidas en el razonamiento de proporcionalidad no cumple con una de las condiciones necesarias para la legitimidad de la proporcionalidad como principio constitucional no escrito, es decir, la suposición de que la proporcionalidad mejora la racionalidad de la deliberación sobre derechos en los tribunales constitucionales. En todo caso, no sólo la multifurcación del equilibrio de intereses altera la asignación tradicional de la carga de la prueba en adjudicación constitucional, pero también elimina la estructura tan necesaria, previsibilidad y la apariencia de restricción doctrinal, haciendo así que el estándar de revisión aún menos racional si se compara con otros estándares o basados en reglas.

En segundo lugar, y relacionado con el primero, la irracionalidad de la versión ‘omnívora’ La proporcionalidad es particularmente pronunciada en el nivel de investigación

de hechos constitucionales. Específicamente, la incertidumbre epistémica que acompaña más positivamente los programas de políticas públicas a largo plazo concebidos hace que el razonamiento de proporcionalidad sea inaceptable para una formulación racional y altera profundamente el alcance de los derechos constitucionales de manera *ad hoc*.

La salida a este “enigma de la irracionalidad” es interpretar los derechos y objetivos públicos en competencia no en términos positivos, como categorías no relacionales que operan al servicio de algunas metas externas loables como el derecho “a” algo, o el interés “en lograr” algo, sino a los derechos fundamentados y sus limitaciones en las consideraciones relacionales internas a los derechos. Semejante a los derechos concebidos deontológicamente serían susceptibles de limitaciones razonables no en virtud de limitaciones que “emanen” de otra parte (por ejemplo, de la voluntad y los intereses del público en general), sino porque tales limitaciones serían intrínsecas a los parámetros deontológicos del sistema constitucional. derechos mismos.

En este sentido, decir que uno, estructuralmente, tiene un derecho sería decir, siguiendo a Frederick Schauer, ese país está equipado con “escudos contra los intereses gubernamentales”, es decir, una licencia para estar libre “de” la interferencia gubernamental. En este sentido, una reclamación de interés público podría prevalecer sobre una reclamación del derecho sólo cuando el demandante del derecho pretende utilizar lo que se supone que debe ser un “escudo” normativo como una “espada”, es decir, reivindicar sus derechos para infligir un daño tangible al público. Quizás los ejemplos más paradigmáticos de esto serían gritar falsamente “fuego” en un teatro lleno de gente o practicar sacrificios humanos con el pretexto de promover la libertad religiosa. En este sentido, la razón por la que uno no podría aprovechar las protecciones constitucionales en tales casos no se deben a que al hacerlo se estarían atenuando algunas políticas gubernamentales, lo que, por supuesto, lo harían - pero debido al hecho de que el supuesto titular de los derechos estaría utilizando armas sus salvaguardias constitucionales contra el público en general de una manera que sea claramente desproporcionada con respecto al valor normativo de los intereses que buscarían para reivindicar.

### **Referencias Bibliográficas**

Alexy, R. (2008). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alexy, R. (2000). Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación. *Doxa*, 22, 153 – 172.

Aguiar, J. (2023). *La prisión preventiva en Ecuador y test de proporcionalidad*. Librería Jurídica Baque.

Aguiar, J., (2019). Análisis de la falta de aplicación del test de proporcionalidad para la disposición motivada de la prisión preventiva. *Polo del Conocimiento*, (70), 922 - 944.

file:///C:/Users/ALEJANDRO/Desktop/Dialnet-

AnalisisDeLaFaltaDeAplicacionDelTestDeProporcional-9042986.pdf

Barak, A. (2020). *La aplicación judicial de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia.

Bernal, C. (2003). Estructura y Límites de la Ponderación. *Doxa*, 26, 225 – 238.

Borowski, M. (2003). *La estructura de los Derechos Fundamentales*. Universidad Externado del Colombia.

Borowski, M., (2021). Derechos absolutos y proporcionalidad. *Revista Derecho del Estado*, (48), 297-339. <https://doi.org/10.18601/01229893.n48.11>

Bernal, C. (2003). Estructura y Límites de la Ponderación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 225 – 238.

Fernandez, J. (2010). El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? *Revista de Derecho*, 1, 51 – 99.

Fuentes, H. (2008). El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Ius et Praxis*, 2, 1 – 21.

González, D., & Sánchez, R. (2020). El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones derecho constitucional en el Ecuador: presunción de inocencia y prisión preventiva. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, LIII (157), 169-192. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2020.157.15228>

Hernández, R. (2005). ¿Por qué ponderar? *Doxa*, 41, 15 – 33.

Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. Defensoría Pública del Ecuador.

Krauth, S., (2019). La realidad de la prisión preventiva frente a las reformas procesales penales en el Ecuador. *Revista Facultad de Jurisprudencia*, (6), 207-228.

Luque, A., & Arias, E. G. (2020). El derecho constitucional en el Ecuador: presunción de inocencia y prisión preventiva. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, LIII (157), 169-192. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2020.157.15228>

Moscoso, G., (2020). Prisión preventiva a la luz del control de convencionalidad. El binomio de la proporcionalidad y la debida motivación de las decisiones fiscales como regla en el proceso penal peruano. *Díkaion*, 29 (2), 469-500. <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.6>

Obando, O. (2018). Prisión Preventiva. Las tensiones entre la eficacia procesal y presunción de inocencia. [Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6176/1/T2604-MDP-Obando-Prision.pdf>

Velasco, M. (2005). Conflictos entre derecho y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica. *Doxa*, 39, 305 – 317.