Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/PTMFiC

CONCLUSIONES

Primera. La aplicación del principio de proporcionalidad y la ponderación no privan a los derechos fundamentales de su fuerza efectiva. Por el contrario, el principio de proporcionalidad y el instrumento metódico de la ponderación son los mejores medios disponibles para resolver complejas y difíciles colisiones de los derechos fundamentales con otros principios. La jurisprudencia iusfundamental se basa necesariamente en ponderaciones, y el principio de proporcionalidad brinda para ello la mejor estructura de decisión existente.[207]

Segunda. Refutamos cinco objeciones al principio de proporcionalidad. Contra un entendimiento de los derechos fundamentales como intereses puros, esbozamos un modelo iusfundamental que concede a estos derechos una doble posición de primacía en el marco del examen de proporcionalidad. A través de él pusimos el principio de proporcionalidad en consonancia con la idea de que los derechos fundamentales son *trumps*, *side contraints* o *firewalls*. Con lo anterior se obtuvo un estándar flexible para aplicar los derechos fundamentales, que posibilita el equilibrio entre ellos y los intereses públicos sin un inconveniente descuido de la protección de los primeros.

Tercera. En cuanto a la relación entre la ponderación y los argumentos morales, mostramos con ayuda de la tesis del caso especial que la argumentación moral necesariamente se contie-

[207] Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, *All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing*, documento de trabajo, 2010, p. 5 (Aparentemente, este documento de trabajo se publicó, quizá en una versión depurada y más elaborada, en *Emory Law Journal*, Atlanta, vol. 60, núm. 4, 2011, pp. 799-875, *http://bit.ly/RzWQmg* [N. del T.]).

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/PTMFiC

ne en toda ponderación. Las ponderaciones no son moralmente neutrales; en una correcta realización de la ponderación más bien se reconocería que los argumentos morales son inevitables. El modelo de ponderación que distingue entre la justificación interna y la externa expone con claridad qué influencia tiene la argumentación moral en la decisión jurídica.

Cuarta. Sobre la objeción de la inconmensurabilidad explicamos que ninguna de sus dos variantes son convincentes: con respecto a una, las ponderaciones no se basan en que se asignen valores matemáticamente exactos; y en relación con la otra, no existe peligro de que los principios cuantificables sean preferidos a otro. Ya que una tesis débil de la inconmensurabilidad no desconoce que mediante una argumentación moral pueden establecerse preferencias entre principios, y que la ponderación contiene argumentos morales, dicha tesis débil no puede quitar fuerza al modelo de la ponderación. Además, mostramos que aunque este modelo defiende una vinculación entre las argumentaciones jurídica y moral, es moralmente neutral en el sentido de que no se basa en una determinada teoría moral.

Quinta. Desarrollamos numerosos argumentos a favor de la preferencia por las definiciones amplias de los derechos fundamentales antes que por las estrechas. Puesto que el concepto de la ponderación se halla en aptitud de asignar a cada consideración el peso adecuado, no procede excluir desde el inicio determinadas consideraciones a nivel del ámbito de protección iusfundamental mediante una definición estrecha.

Sexta. Finalmente, representamos las ventajas del principio de proporcionalidad en el marco de una aplicación jurídica concreta, de la mano del análisis de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Otto-Preminger-Institut v. Austria*. Con ello se aclaró que los problemas del caso pueden resolverse con ayuda del principio de proporcionalidad, y que la aplicación concreta de este principio tiene una influencia que estructura y racionaliza la decisión jurídica. Las consideraciones sobre la ne-

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/PTMFiC

cesidad y la ponderación, que el Tribunal confundió, pueden ser tratadas separada y abiertamente.

Séptima. En conjunto, el principio de proporcionalidad garantiza con lo anterior la mejor ponderación posible de los derechos fundamentales con otros derechos e intereses.[208] Este principio es indispensable para dar con diferenciaciones analíticas que ayuden a revelar los aspectos decisivos de cada caso. Él hace posible una argumentación con sustancia. En tanto el principio de proporcionalidad otorga cuerpo a estándares fundamentales de racionalidad,[209] es un "*very powerful rational instrument*".[210] Concluimos por consiguiente con la tesis de que el principio de proporcionalidad debe tener un papel importante en el lenguaje unitario de un constitucionalismo global.[211]

[208] Rivers, *op. cit.*, nota 9, p. 176.
[209] Borowski, *op. cit.*, nota 15, p. 210.
[210] *Ibidem*, p. 232.
[211] *Cfr.* Cohen-Eliya y Porat, *op. cit.*, nota 5, p. 466.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas