

POSTULADO DE LA PROPORCIONALIDAD COMO ESTRUCTURA FORMAL PARA LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA CORRECTIVA*

por Fabio Caprio Leite de Castro **

1) Introducción

La teoría de los principios se instala con un cuestionamiento acerca de la naturaleza jurídica de las normas y tiene por finalidad práctica resolver los problemas hermenéuticos envolviendo conflictos normativos. Delante de las más diversas teorías desarrolladas, han surgido métodos de interpretación y de aplicación de las normas que auxilian el operador del Derecho en su fundamentación racional. La "proporcionalidad" es un término empleado en diferentes circunstancias jurídicas, mas su uso ha adquirido un significado muy peculiar en el ámbito de la interpretación constitucional. Se pretende en este artículo demostrar que el postulado de la proporcionalidad es una estructura formal que instrumenta la regulación axiológica y principiológica, viabilizando la concretización del concepto de justicia correctiva, tal como fue presentado por Aristóteles.

2) Proporcionalidad y Constitución

La formulación moderna de la proporcionalidad en el universo jurídico comprende los campos del derecho administrativo y del derecho penal, sobre todo a partir de las raíces iluministas de Montesquieu y Beccaria, con los cuales se ha intensificado el cuestionamiento de la relación entre pena y delito¹. Ya en el siglo XIX la idea de proporción pasó a integrar el principio general del derecho

* Recibido el 17 de noviembre de 2004. Publicado el 23 de enero de 2005.

** Abogado. Máster en Filosofía. Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Brasil) Caprio@pro.via-rs.com.br

¹ STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 78.

de policía, como forma de limitación legal a arbitrariedad del poder ejecutivo². En aquello contexto, se percibe que la preocupación decía respecto a la posibilidad de garantizar la esfera de libertad individual en detrimento de los excesos administrativos y judiciales.

Pero fue en Alemania que la proporcionalidad ha ganado el *status* de principio constitucional, por intermedio de la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*, que se ha inclinado en deducirlo del contenido esencial de los derechos fundamentales³. Aunque el alcance inicial del principio tenga más revelado síntomas de patologías administrativas, lentamente ha evidenciado su dimensión material, tal como la entiende Canotilho, asimismo, presente en la idea británica de *reasonableness*, en la figura francesa del *détournement du pouvoir* y en el concepto italiano de *eccesso di potere*⁴.

En Portugal, se adoptó la proporcionalidad para los casos de restricción legal de la libertad, bien como para el estado de emergencia, aparte los principios de la tipicidad y de la necesidad de las *medidas de policía*, conforme se deduce de la Carta Magna portuguesa, en el art. 18º, 2; en el art. 19º, 4; y nel art. 272º, 1⁵. Aparte, ganó expresa constitucionalización a través la Ley Complementar 1/89, que ha determinado la proporcionalidad como

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, 2ª ed., p. 259.

³ SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en El Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 51 y p.55.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 261.

⁵ Dice el art. 18º, 2, de la Constitución Federal Portuguesa: "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos". Determina el art. 19º, 4, de la Constitución Federal Portuguesa: "A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional".

Impone el art. 272º, 1: "A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos".

principio materialmente constitutivo de toda la administración pública, en su art. 266º, 2: "Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da *proporcionalidade*, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé."

En Brasil, no hay una previsión expresa de la proporcionalidad en dispositivo en la Constitución Federal de 1988. Según Paulo Bonavides, la proporcionalidad existe como norma esparcida en el texto constitucional, y mismo que ella no exista como norma general de derecho escrito, se puede verificar como fundamento implícito de otras normas, así como ocurre con el principio de igualdad⁶. Su reconocimiento como norma general para la consideración de conflictos en lo que toca a derechos y bienes se orienta, por tanto, a nivel jurisprudencial. La discusión encima del deber de proporcionalidad puede ser visualizada en diversas decisiones del *Supremo Tribunal Federal*, así como en el Tribunal de *Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*.

Se tornó un ejemplo paradigmático el juicio de la *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2/1993*, en la cual se ha reconocido la inconstitucionalidad de Ley Estadual, por imponer un encargo excesivo al determinar la pesaje de bombonas (garrafas) de gas licuado en frente al consumidor. En este caso, ha sido deferida la liminar para suspender los efectos de la ley, evitando daños irreparables a la economía del sector⁷.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, 10ª ed., p. 395. El autor sostiene que el constitucionalismo brasileño acoge la proporcionalidad en nítidas expresiones, como por ejemplo, en el campo del derecho tributario (art. 149, §1º) y en el campo del derecho electoral (art. 45, "caput" do §1º).

⁷ ADIN nº 855-2/ 1993, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, juzgado en 01/07/1993.

Más recientemente ha sido juzgada la *Intervenção Federal n° 3.195-8/2003*, donde por la mayoría no se ha accedido el pedido arrojado contra el *Estado do Rio Grande do Sul* en decurso de la falta de pago del valor pedido en *precatório*, teniendo en vista que la intervención no atendería a la máxima de la proporcionalidad. Según el entendimiento mayoritario la intervención es absolutamente inadecuada para los fines eventualmente perseguidos⁸.

Por otro lado, en lo que concierne a los juicios de valor sobre el *quantum* de la sanción penal, la *2ª Turma do Supremo Tribunal Federal* continua desplazando la aplicación de la proporcionalidad en detrimento del principio de la separación de poderes. Por ejemplo, en el *Recurso Extraordinário n° 358.315-8* se alegó ofensa a la proporcionalidad, ya que el hurto cualificado por el concurso de agentes puede terminar recibiendo tratamiento más riguroso que el robo en la misma situación. Sin embargo, se entendió que el reconocimiento de eso argumento incurriría en violación de la función legislativa ordinaria, motivo por lo cual el recurso ha sido desprovisto⁹.

El *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul* también se manifestó sobre el deber de proporcionalidad. En el juzgamiento de los *Embargos Infringentes n° 70005340146* hubo divergencia sobre la caracterización de inconstitucionalidad de Ley Estadual que determina la incidencia de multa encima del valor del flete y no del propio peaje incumplido. El *6º Grupo Cível* ha decidido por la mayoría que el valor de la multa impuesta es excesivo, con apoyo en el deber de proporcionalidad¹⁰.

⁸ IF n° 3.195-8 RS, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Marco Aurélio, juzgado en 03/04/2003.

⁹ Recurso Extraordinário Criminal n° 358.315-8 MG, Segunda Turma, Relatora: Ministra Ellen Gracie, juzgado en 12/08/2003.

¹⁰ TJRS, Embargos Infringentes n° 70005340146, 6º Grupo Cível, Relatora: Des^a. Matilde Chabar Maia, juzgado en 28/11/2003.

Además, vale la pena mencionar el juzgamiento del *Agravo de Instrumento* n° 70005183561 por el mismo Tribunal, ocasión en que fue desconsiderada la tutela de la intimidad para presentarse la grabación de una conversación entre marido y su cónyuge, mismo sin el conocimiento de esta acerca de la captación de sonido realizada. Se ha fundamentado que el derecho a intimidad no se sobrepone a los demás principios de modo absoluto, predominando en el caso el derecho a la prueba y a la recta administración de la justicia, por cuenta de un juicio proporcional¹¹.

3) Postulado de la Proporcionalidad

El examen de la proporcionalidad pasó a ser realizado por fuerza de una exigencia pragmática delante de la necesaria fundamentación del acto decisorio. Eso porque la fermentación de problemas jurídicos relacionados a la colisión entre derechos fundamentales apunta para una "*interpretação constitucional*"¹², restando al jurista emplear un método de resolución concreta en cada caso. De ello se puede concluir que hubo una urgencia en utilizar métodos hermenéuticos eficaces en la práctica judicial. Wilson Steinmetz argumenta que hay por lo menos tres propuestas metodológicas para asegurar decisiones válidas frente a la colisión de derechos fundamentales, entre ellas el método de la ponderación de bienes, operacionalizado por el principio de la proporcionalidad¹³.

¹¹ TJRS, Agravo de Instrumento n° 70005183561, 7ª Câmara Cível, Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis, juzgado en 12/03/2003.

¹² STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

De acuerdo con las palabras del autor, à p. 140: "Somente haverá colisão real se os direitos fundamentais conflitantes forem estatuídos diretamente pela Constituição, mediante disposição normativa expressa, ou se da Constituição se puder deduzir as normas de direitos fundamentais conflitantes. Assim, a caracterização da colisão pressupõe a interpretação constitucional".

¹³ *Ibidem*, p. 21. Los otros dos métodos mencionados pero no abordados por el autor son la subsunción lógica de la colisión de normas abstractamente formuladas y la teoría estructural de las normas aplicada al derecho constitucional.

Se dice que la proporcionalidad se alza de la interpretación constitucional, no obstante quede poco claro su fondo *axiológico-normativo*. Se afirma en la doctrina que el su fundamento constitucional está tanto en el Estado Democrático de Derecho como en los contenidos de los derechos fundamentales, en los principios generales, en el principio del debido proceso legal o en los valores libertad y justicia¹⁴.

Tal dificultad no se resuelve en el caso portugués sólo en razón de la creación de uno dispositivo, pues la redacción normativa no define por sí su orientación: hay una diferencia entre el texto normativo y el contexto normativo. En otros términos, el dispositivo que carga la proporcionalidad no tiene el poder de mostrar por la mera positivación la naturaleza jurídica de esa norma, ni de establecer por sí mismo una vinculación esencial a otros principios, o permitir que se vislumbre una edificación axiológica. De esa forma, persiste la problemática acerca del primero cimiento de la proporcionalidad, tal que aun se debate sobre su formalidad o materialidad¹⁵, así como sobre la implicación axiológica de su utilización cuyo examen necesita de algunas consideraciones condicionales.

El abordaje de la cuestión depende de un establecimiento claro e distinto sobre el tipo de conflicto que la aplicación de la proporcionalidad se propone resolver. Se trata de saber si el conflicto ocurre en el nivel de los derechos fundamentales, de los bienes

¹⁴ Ver: STUMM, Raquel Denize. Op. cit., p. 78, donde es presentado el principio del debido proceso legal como fundamento de la proporcionalidad en sentido amplio; SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. Op. cit., p. 53-55, momento en lo cual presenta, de entre otros, los fundamentos axiológicos de la libertad y de la justicia; SCHOLLER, Heinrich. *O Princípio da Proporcionalidade com Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Interesse Público 2* (1999), tradução de SARLET, Ingo Wolfgang, p. 97, en cuyo texto se presenta la sede material del principio de la proporcionalidad en el principio del Estado de Derecho.

¹⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. Op. cit., p. 155-156.

jurídicos constitucionales¹⁶ o en el plano de las normas. En verdad, cada una de las hipótesis no aleja las demás, no obstante el problema hermenéutico sea resuelto en el ámbito normativo. Si la colisión presupone interpretación, entonces el problema manifiesto de modo concreto sobre bienes jurídicos y derechos fundamentales lleva al intérprete a cuestionar el conflicto normativo.

En ese sentido, Robert Alexy pone el deber de proporcionalidad en el ámbito normativo, más precisamente, como implicación de principios, según una clasificación de normas iniciada por Ronald Dworkin. Sostiene el autor que el sistema normativo está orientado por reglas y principios –mientras las primeras serían definitivas y rígidas, los principios constituirían obligaciones de optimización, siendo, por lo tanto, maleables¹⁷. Su diferencia se extiende para la forma de resolución de conflictos, ya que frente a la antinomia de las reglas, una siempre deja de ser aplicada, según los criterios jerárquico y temporal de validez, mientras en la colisión de principios se hace una ponderación. Así, el deber de proporcionalidad transcurriría del carácter principiológico de las normas¹⁸.

Efectivamente, esa es una contribución considerable para el esclarecimiento de la proporcionalidad por identificar el problema en nivel normativo y por demarcar la posibilidad de ponderación racional y axiológica cuando está en juego la aplicación de principios.

¹⁶ Wilson Steinmetz presenta la siguiente clasificación de conflictos: la concurrencia y la colisión entre Derechos Fundamentales y el conflicto entre Derechos Fundamentales y bienes jurídicos constitucionales. Id. *Ibid.*, p. 64-67.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Idée et Structure d'un Système du Droit Rationnel*. Archives de Philosophie du Droit. Ed. Sirey. Tomo 33 (1988), p. 23-38. Dice el autor en la p. 34: "Les règles et les principes se distinguent dans ce sens que les principes sont obligations d'optimisation, tandis que les règles ont un caractère d'obligations définitives. En tant que obligations d'optimisation les principes sont des normes qui commandent que quelque chose sera réalisé dans la plus haute mesure possible, relativement à ce qui est juridiquement et réellement possible" ... "Les règles en revanche sont des normes qui, toujours, ou bien peuvent être effectuées ou bien ne peuvent point être effectuées ».

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo n° 215 (jan./mar. 1999), Renovar, p. 151-179.

Sin embargo, la doctrina se encargó de apuntar los defectos producidos en esa distinción, mostrando que los criterios adoptados son fallos por inducir el aplicador del Derecho al comodismo, facilitando su interpretación y aliviándolo en parte del encargo de la argumentación jurídica. En adelante se pone en duda la naturaleza de la proporcionalidad.

Humberto Ávila presenta una crítica precisa y decisiva para derrumbar la distinción referida, en los moldes que fue inicialmente pensada, mostrando las posibilidades de confusión al respecto de los modos de aplicación y los conflictos normativos¹⁹. En contrapartida, propone lo autor la siguiente concepción:

“As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e construção conceitual dos fatos”.

“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”²⁰.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. 2ª ed., p. 59.

²⁰ *Ibid.*, p. 70.

Esa presentación permite visualizar los principios por su carácter finalístico, por su concretización de un estado de cosas y por la relación existente entre ellos, aparte la cualificación axiológica en el establecimiento de fines²¹. Tal caracterización permite entender la proporcionalidad por un ángulo diverso, pues ella no sería un principio, con las atribuciones mencionadas, mas un “postulado normativo aplicativo”, porque con ella no se examina el deber de promover la realización de un estado de cosas, mas el *modo* como ese deber necesita ser aplicado²². Por esa razón, con la utilización del postulado de la proporcionalidad se supera el ámbito de las normas y se puede entrar en el terreno de las metanormas -estructuras de aplicación de normas, tal como ocurre con los postulados de la igualdad y de la razonabilidad.

Nicolás Serrano considera que el principio parece ser meramente formal, pues sólo obligaría a ponderar²³. Por otro lado, Karl Larenz enfatiza que la igualdad y la proporcionalidad llevan más lejos que los demás principios, denominándolos “principios de justicia material”²⁴. Se impone, entonces, cuestionar si el proceder en la aplicación del postulado de la proporcionalidad evidencia sólo un contenido formal y si ella presenta un despliegue axiológico.

4) Carácter Deontológico-formal

Para examinar si el postulado de la proporcionalidad tiene contenido material, es preciso destacar antes que la doctrina muestra con evidencia su carácter formal. Humberto Ávila considera que la proporcionalidad es formal bajo el aspecto de imponer una vinculación entre elementos, característica común al conjunto de los

²¹ Ibid., p. 70-72.

²² Ibid., p. 79.

²³ SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. Op. cit., p. 155-156.

²⁴ LARENZ, Karl. *Richtiges Recht.- Grundzüge einer Rechtsethik*. München: Beck, 1979, p. 125. Expresa Larenz: “Es sind Prinzipien der ‘Sachgerechtigkeit’”.

postulados²⁵. Si la proporcionalidad es entendida como postulado, no existe duda que ella no estará en el mismo nivel de los principios, funcionando como una obligación reguladora del deber para su aplicación.

El procedimiento de aplicación del postulado de la proporcionalidad tiene un mecanismo peculiar que recibe en la jurisprudencia y en la doctrina tres subdenominaciones. La proporcionalidad en sentido amplio (*Übermassverbot*) es reconocida de manera general como prohibición de exceso. En este sentido ella es aplicada en lo que concierne al poder de la policía y las penalidades.

Pero el postulado de la proporcionalidad como medio de resolución de conflictos normativos se despliega en adecuación (*Geeignetheit*), necesidad (*Erforderlichkeit*) y proporcionalidad en sentido estricto (*Verhältnismässigkeit*). El examen de la adecuación de los medios impone que la medida adoptada para realizar la finalidad debe ser la más eficiente. O sea, para la efectivación de un fin debe ser valorado un medio apto a cumplirlo mejor. La necesidad determina que el medio sea lo menos perjudicial a las partes arrolladas. En otros términos, importa saber cual es lo menos agresivo a los derechos fundamentales y bienes constitucionalmente garantizados entre los medios valorados. Por fin, la proporcionalidad en sentido estricto configura la forma como se estipula la ecuación realizada entre necesidad y adecuación, mediante un juicio de ponderación, llamado por Canotilho de "justa medida"²⁶.

²⁵ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 85. Dice el autor: "Os postulados normativos foram definidos como deveres estruturais, isto é, como deveres que estabelecem a vinculação entre elementos e impõem determinada relação entre eles. Nesse aspecto, podem ser considerados formais, pois dependem da conjugação de razões substanciais para a sua aplicação".

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 263.

Humberto Ávila fundamenta que el proceso de ponderación pasa por el esclarecimiento por encima de lo que está siendo objeto de ponderación, de la ponderación propiamente dicha y de la reconstrucción posterior de la ponderación²⁷. En otros términos, la ponderación exige un esfuerzo hermenéutico en lo cual se llevan en cuenta la interpretación, la decisión y la fundamentación racional.

Se muestra así que el postulado de la proporcionalidad es utilizado por el aplicador del Derecho como un modo de proceder delante de una disputa judicial concreta. En ese sentido, se puede decir que ese “dever sobre a consideração de outros deveres” funciona como un aparato metodológico a disposición del intérprete. Cabe, entonces, investigar si el modo de proceder se relaciona con la dimensión axiológica.

Humberto Ávila comenta que los principios tienen relación con valores, en la medida que el establecimiento de fines implica la cualificación de un estado de cosas. Mientras tanto, habría un alejamiento entre ellos porque estarían en niveles diversos, el deontológico y el axiológico²⁸. Si los postulados –sean condicionales o incondicionales- determinan deontológicamente deberes acerca de otros deberes, se puede decir que ellos también se relacionan con valores. Mas justamente por tratarse de metanormas, su referencia a la dimensión axiológica no puede ser la misma. Mientras el peso de los principios varía según la graduación en la ejecución práctica los postulados no pueden admitirla. No porque su naturaleza es de “todo o nada”, semejante al que Alexy dice de las reglas, sino porque la obligación tiene un carácter estructural y instrumental que permite valorar el vínculo entre medida y criterio, como en la razonabilidad, y

²⁷ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 116.

²⁸ Ibid., p. 72.

la aplicabilidad de principios conforme una graduación, como en la proporcionalidad.

Si el contenido material es entendido por derechos materiales relativos a un estado de cosas, entonces ciertamente la proporcionalidad mientras estructura depende de razones substanciales para su aplicación²⁹, considerando la falta de contenido material previo. Pero en la obligación de ponderar, así como en los principios, ya está encerrada una razón, una finalidad previa, aunque en ese caso esté volvida para la *justa medida* en la consideración conflictuosa acerca de un estado de cosas en cuestión. O sea, su blanco es apuntado por algo anterior (axiológico) a la dirección de una concretización *justa* de un estado de cosas cuya materialidad viene dispuesta sólo por los principios.

5) Proporcionalidad y Justicia Correctiva

Hasta acá el postulado de la proporcionalidad fue presentado por la perspectiva normativa, por medio de la cual el puede estar expreso en algún dispositivo constitucional, como en el caso portugués, o, simplemente, aparecer de forma esparcida, relacionado con principios. No obstante sea defendido por algunos autores que la proporcionalidad surge de otros principios, tal como el de Estado Democrático de Derecho (lo que puede ser acepto si fuera desconsiderada la idea de implicación), se demostró que la proporcionalidad es una metanorma estructural a ser utilizada por el intérprete, delante de un conflicto normativo.

La presentación del postulado de la proporcionalidad encima de su aspecto formal demostró que, siendo un deber sobre deberes, no es hecho concreto ni es valor. Se sitúa, por tanto, en el nivel deontológico, aunque diverso de los principios. Su aplicación no es

²⁹ Ibid., p. 85.

gradual, por ser una estructura a ser observada como un todo para que se realice la ponderación. Eso se explica por la relación existente entre lo postulado de la proporcionalidad y el concepto de justicia -no es en vano que se habla de *justa medida* en la proporcionalidad en sentido estricto.

De ello puede ser identificada una relación distinta entre proporcionalidad y los valores, cuando es vista en comparación a la dimensión deontológica de los principios. Mientras los principios se unen a los valores, pudiendo ser más o menos optimizados en una consideración de falta o de exceso, el postulado de la proporcionalidad funciona como un regulador axiológico³⁰ y principiológico, puesto que es vinculado al concepto de justicia, o de justa medida. Así se demuestra que el postulado de la proporcionalidad como instrumento sobrentiende una proporcionalidad aritmética universal substancializada axiologicamente en el concepto de justicia correctiva.

Fundador de la lógica, organizador de la tópica y de la retórica, hoy desenvueltas en teorías de la argumentación jurídica, Aristóteles formuló también una teoría de la justicia, precisamente en el libro V de *Ética a Nicómacos*. Ya en aquella ocasión, el filósofo peripatético señalaba la equivocidad del término. La justicia puede ser entendida desde el punto de vista universal, o sea, como respeto

³⁰ Juarez Freitas recuerda que en Rawls los principios asociados a la justicia pasan por una *hierarquização axiológica*, para la consideración del objetivo de la máxima justicia posible. (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, 3ª ed., p. 134-146). Lo que se quiere decir aquí tiene una diferencia, pues el postulado de la proporcionalidad es una estructura que permite la *regulação axiológica* conducida pelo justo, como forma de proporcionalidad aritmética correspondiente a la justicia correctiva en Aristóteles.

que se debe a ley del Estado³¹. En este sentido, la justicia abarca toda la vida moral, conteniendo todas las virtudes³².

Mas la justicia también puede ser entendida como particular, subdividida en distributiva y correctiva. La primera dice respecto a la regulación de las acciones de la sociedad política en vista de los ciudadanos y tiene por objetivo el arreglo de los bienes públicos, teniendo en vista la proporción geométrica³³, una división establecida según criterios estatales. La segunda, que interesa en este contexto, tiene lugar en las transacciones sociales, tanto voluntarias como involuntarias, siendo considerada como el término-medio, con base en ganancias y pérdidas. En este último sentido, el juez restablece la proporción quebrada. Mas ella es caracterizada diversamente de la anterior, ya que la operación es de suma y resta, tratándose de una proporción aritmética³⁴.

Asumiendo la premisa universal aristotélica de que la realización de la justicia correctiva (proporción aritmética) exige del

³¹ SILVEIRA, Denis Coitinho. *Os sentidos da justiça em Aristóteles*. Porto Alegre: Edipucrs, 2001, p. 69.

³² Aristóteles reafirma el proverbio "Èν δὲ δικαιοσύνη σιλλέβδεν πᾶς ἀρετὴ ἐστίν", o sea, la justicia contiene todas las otras virtudes. (ARISTÓTELES. *Éthique de Nicomaque*. Paris: Librairie Garnier Frères, 1957, traducido por Jean Voilquin, edição bilíngüe, p. 198).

³³ En griego, Aristóteles utiliza la expresión matemática "ἀναλογίαν γεωμετρικὸν", cuyo objetivo es mostrar una relación derivada de divisiones según una proporción. (Id. Ibidem, p. 208). Ese aspecto fue retomado por John Rawls en su teoría de la justicia, al enfocar la justa distribución de bienes sob el ángulo de la igualdad, adotando expresamente los criterios aristotélicos relacionados a la racionalidad deliberativa. (RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Boston: Harvard University Press, 2000. 3^a ed., p. 365-380). Osvaldo Guariglia, por otro lado, enfatiza que el estudio del término "justicia" debe ser realizado con cautela, teniendo en vista la gran diferencia existente entre la Pólis ateniense y el Estado moderno. Dice el autor:

"En primer lugar, si entendemos por tal término el sistema de administración de la ley, la diferencia entre el incipiente sistema jurídico ateniense y el de una nación moderna es enorme... La justicia distributiva comprende un conjunto de acciones que tenían una especial importancia en el estado antiguo y que prácticamente desaparecen o sólo se conservan como restos en el estado moderno". (GUARIGLIA. Osvaldo. *Ética y Política según Aristóteles – II. El Bien, las Virtudes y la Pólis*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1992, p. 183-185).

³⁴ En griego, "ἀναλογίαν ἀριθμητικὴν" (ARISTÓTELES. Op. cit., p. 210).

juzgar un esfuerzo por encontrar el término-medio, o la justa medida, entonces es posible afirmar que el postulado de la proporcionalidad funciona como una estructura formal más sofisticada a ser empleada para este mismo fin cuando entra en juego una ponderación entre principios. Por tanto, el postulado de la proporcionalidad no tiene materialidad, pero el procedimiento por él requerido presupone el concepto de justicia correctiva, que ejerce en este contexto una regulación axiológica y principiológica para la concretización justa de un estado de cosas a ser considerado en cada caso.

6) Conclusión

Estando presente o no en dispositivo, la proporcionalidad es una norma a nivel deontológico enteramente diverso de los principios y a las reglas. Por esa razón la doctrina prefirió llamarla de postulado normativo, pues establece una obligación sobre obligaciones, funcionando como una metanorma. Constituye un método instrumental de carácter formal que sobrentiende y realiza el concepto de justicia correctiva (proporción aritmética) en la efectivación de una regulación axiológica y principiológica concreta.

Traducción: Diego Martín Díaz y Fabio Caprio Leite de Castro