

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU INFLUENCIA
EN LAS DECISIONES JUDICIALES

POR JORGE W. PEYRANO

Se trata de una manifestación derivativa (o garantía concreta) si no nueva al menos más o menos reciente, de principios procesales clásicos: según algunos constituye una emanación del principio de racionalidad o razonabilidad (1) y otra corriente interpreta que podría ser un fluido del principio de fundamentación de las resoluciones judiciales tan caro al principio de contradicción (2)

Lo que caracteriza a la llamada proporcionalidad utilitaria es que radica en un juicio mediante el cual se verifica si una solución jurisdiccional resulta la vía más adecuada para alcanzar el fin institucional que se debía conseguir. Si dicho juicio fuera desfavorable, se considerará que la solución elegida es desproporcionada y por ende susceptible de ser impugnada exitosamente por los carriles legalmente contemplados (y el recursivo es sólo uno de los posibles). Se ha subrayado, tomando como referencia a la medida autosatisfactiva, la necesaria proporcionalidad que debe mediar entre la herramienta procesal empleada y la solución buscada (3). Además, existe la proporcionalidad comparativa que se singulariza porque con su auxilio pueden resolverse conflictos entre derechos (4). Lorenzetti, ejemplifica trayendo la hipótesis de conflictos de derechos que involucran alguno fundamental, señalando que el principio de proporcionalidad es una piedra de toque adecuada para solucionar el problema (5). El juicio de proporcionalidad comparativo, entonces, implica que frente a la pugna entre derechos de jerarquía distinta, aquel manda que deba preferirse la aplicación del derecho que posee mayor entidad en la especie. Se tiene, entonces, que existe una proporcionalidad utilitaria que comprueba si la vía elegida es adecuada para obtener el fin institucional que objetivamente debe ser perseguido, y otra comparativa que apunta a solucionar conflictos entre derechos o valores.

Aportaremos, a continuación, algo más sobre la proporcionalidad utilitaria. En materia cautelar, doctrina especializada sostiene que es un verdadero presupuesto general del dictado y mantenimiento de cualesquier precautoria (6). Bien se ha expresado que: “La proporcionalidad se mide también en relación con los intereses en juego; así dejará de ser funcional la

medida que grave innecesariamente la situación del afectado o, por el contrario, a la inversa, que no cubra adecuadamente los alcances de la sentencia a dictarse. El concepto de proporcionalidad comprende el de funcionalidad, es decir, el de utilidad y practicidad de lo pedido en relación con las miras buscadas. Se trata de un presupuesto no solamente de obtención sino también de mantenimiento de la cautelar que debe perdurar para evitar que pueda decaer” (7) También alude Colombo a la proporcionalidad utilitaria, cuando remarca que debe mediar correspondencia entre la medida cautelar postulada y el fin que institucionalmente le es propio, no pudiendo decretarse aquella si ello involucrara una estrategia extorsiva (8). Distinguida doctrina especializada, igualmente se refiere a la proporcionalidad utilitaria cuando se explaya sobre los límites de la potestad asegurativa (9) Vayamos ahora a ejemplos. De Lázzari recuerda uno que es muy ilustrativo “Se trataba de una demanda promovida por SADAIC (Sociedad Argentina de Actores y Compositores) contra el propietario de una boîte, por cobro de la suma de dinero que se le adeudaba en concepto de aranceles por la utilización del repertorio musical que la actora administra en beneficio de los autores y compositores musicales integrados en su asociación. En primera instancia se había dispuesto una medida cautelar consistente en la prohibición del uso del repertorio musical administrado por SADAIC. La Cámara revocó ese pronunciamiento, entendiendo que excedía el marco adecuado, y que frente al reclamo patrimonial de la demanda, era suficiente con la traba de cualquier medida cautelar que fuera apta para proteger el interés pecuniario cuyo reconocimiento se pretendía en la demanda (por ejemplo un embargo preventivo”) (10)

No se crea que el tema de la proporcionalidad utilitaria se circunscribe a lo cautelar. Es que aún cuando se trate de temáticas en principio no justiciables, sucede frecuentemente que se deba igualmente ejercer un control judicial de razonabilidad técnica del ordenamiento legal en cuestión para verificar si los medios arbitrados por el legislador son los adecuados para conseguir los fines perseguidos Si así no fuera, sería inconstitucional una restricción a los derechos individuales afectados, por más que se estuviera ante una “zona de reserva política”. Sagüés, memora que “la evaluación de la conveniencia o eficacia de los medios arbitrados por el legislador para alcanzar los fines por él propuestos en materia ajena

al Poder Judicial. Este solamente juzga la razonabilidad de dichos medios, esto es, si son proporcionados a los fines y si media o no restricción constitucional a los derechos individuales afectados” (11). Ya hemos dicho que no corresponde a los jueces valorar si el medio elegido por el poder político del caso es el mejor entre varios posibles. A los jueces debe bastarle con que el medio elegido sea uno de los posibles y que el tenga una cierta proporcionalidad con el fin buscado. La exigencia de razonabilidad técnica en la actividad de los poderes políticos es una garantía innominada, con sustento en los artículos 16, 17,28 y 33 de la Constitución Nacional (12). Asimismo puede suceder que sea un justiciable quien postule una vía que, palmariamente no sea la idónea para alcanzar el fin que pretende lograr. Aquí también puede jugar el principio de proporcionalidad utilitaria provocando que el tribunal interviniente reconduzca (13) lo postulado y decrete algo distinto a lo solicitado. Insistimos en señalar que el ámbito de la autosatisfactiva es muy propenso al funcionamiento de este tipo de proporcionalidad, y que su puesta en operaciones con frecuencia origina reconducciones de postulaciones y trámites. Y está por verse si la proporcionalidad utilitaria no posee respaldo convencional en pactos internacionales suscriptos por la Argentina, que aseguran a toda persona el disfrute de un *recurso efectivo* para tutelar sus derechos (14)

Vayamos ahora a la proporcionalidad comparativa. Se acude a ella cuando entran en tensión, con motivo de la decisión de una causa, derechos y también de algún modo valores de entidad distinta, pero que reclamarían su aplicación en el caso y que deben ser objeto de una elección por parte de la judicatura. Buena muestra de ello, está dada por un caso muy conocido en materia ambiental y que fuera resuelto por el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En dicha causa, la actora solicitaba la clausura de un establecimiento comercial demandado a raíz de ruidos molestos comprobados, invocando, expresa o tácitamente derechos con raíces constitucionales, sin embargo, el mencionado órgano jurisdiccional si bien optó por darle la razón a la demandante no dispuso la clausura del local en cuestión sino que se realizaran obras de insonorización. De tal guisa dio preferencia a otros derechos, expresa o tácitamente alegados por la demandada, que consideró prevalecientes en el caso (15). Cabe acotar que tratándose de la proporcionalidad comparativa de que venimos hablando, se debe subrayar la importancia que suelen adquirir en su seno dos conceptos:

a) el de la flexibilización de la congruencia (16), que también fuera recordado en el precedente porteño citado *supra*; b) lo que se ha dado en llamar control judicial de atendibilidad. Sobre el particular, hemos expresado que: “El juicio o análisis de atendibilidad, en cambio, presupone, principalmente, un control axiológico que hasta llega a exigir alguna suerte de clearing o balanceo de los valores jurídicos en danza. Ahora bien cuando debe el oficio llevar a cabo dicho juicio de atendibilidad? Pues, a pedido de parte u oficiosamente, cuando se encuentra frente a una particular situación que, por motivos axiológicos, lo inclinan a apartarse de la solución dogmática o canónica que, de ordinario, merecería el asunto”(17). Claro está que el funcionamiento del referido juicio de atendibilidad exige la concurrencia de varios y exigentes recaudos. (18)

La materia de la retribución de ciertos servicios contiene una evidente recepción del principio de proporcionalidad comparativa al prescribir el artículo 3 de la ley 24432, aplicable tanto a la locación de servicios como a la de obra (19), que el precio de tales servicios “deberá adecuarse a la labor cumplida por el prestador del servicio”, tildándose de desproporcionada la justipreciación que lo contradiga. De tal guisa, manda practicar una proporcionalidad comparativa entre la extensión y calidad del trabajo realizado y la retribución que merece. Igual proporcionalidad comparativa fluye del artículo 13 de la ley 24432 (20), incorporado al Código Civil al igual que el citado artículo 3, que dispone realizar una proporcionalidad comparativa tratándose de regulaciones de honorarios derivadas de la aplicación de leyes arancelarias, nacionales o locales, originadas en trabajos desarrollados por profesionales auxiliares de la Justicia. Bien se ha dicho respecto del mencionado artículo 13 de la ley 24432, lo siguiente: “En realidad, lo que concreta y puntualmente quiere decir la ley es que las situaciones de injusticia, por una regulación que, a criterio del juzgador, resulte excesiva en relación con la tarea realizada por el profesional y más allá del monto en juego, deben solucionarse con una disminución arancelaria, a los fines de armonizarla más con el trabajo que con las sumas que se han discutido. Es un parámetro o criterio que se inserta hoy en el Código Civil y que se encuentra –como ya dije- apoyado por otros principios civilistas y también por normas constitucionales, por lo cual no me parece que hubiera dificultad o ilegalidad en su aplicación, más allá de reconocer que evidentemente la técnica legislativa es deficiente en cuanto a

su incorporación al Código y a la redacción del texto” (21). Si bien se mira, una de las principales metas perseguidas por la ley 24.432 fue llamar la atención acerca de que no debía tenerse en cuenta exclusivamente a la hora de regular los honorarios forenses, el monto de lo reclamado en la demanda o el de la condena (22). Verdaderamente, la proporcionalidad comparativa siempre ha estado presente en el terreno de la regulación de honorarios forenses, por más que a veces no se lo haya consagrado expresamente (23). Claro está que la referida proporcionalidad comparativa tratándose de honorarios forenses, nunca fue concebida como una pura relación matemática entre el emolumento profesional y la cuantía del asunto. (24)

Recapitulemos ahora para observar más de cerca los usos que pueden recibir ambos tipos de proporcionalidad. La proporcionalidad utilitaria puede ser usada en dos supuestos: a) frente a un pedido del justiciable proponiendo una vía (vgr. amparo) para conseguir una finalidad (derecho a la salud) el órgano jurisdiccional podría entender que no es el camino más llano y expedito para obtener lo perseguido, y por ello procede a reconducir a la postulación formulada eligiendo otra vía (medida autosatisfactiva, por ejemplo); b) dictada una resolución, se la enjuicia por venir a violar la finalidad instrumental que el ordenamiento le asigna a la institución jurídica comprometida en el caso. Tal sería la hipótesis de la medida cautelar que podría llegar a ser extorsiva decretada favorablemente, de la que diéramos noticia *ut supra*. La proporcionalidad comparativa, en cambio, es empleada como argumento central para dirimir causas en las que se encuentran en tensión derechos o valores con intensidades distintas; y también, claro está, proporciona *letra* para cuestionar resoluciones a las que se le imputa haber perpetrado un juicio de proporcionalidad comparativa erróneo.

Con lo desarrollado hasta aquí, es suficiente para que quede de resalto que, a todas luces, la aplicación y el funcionamiento del principio de proporcionalidad reclama una afinada interpretación jurídica y en especial de la que se ha dado en llamar *consecuencialista* que preconiza aplicar el Derecho según fueren los resultados que pudieran vislumbrarse (25). La denominada también argumentación consecuencialista coloca la mirada sobre las posibles repercusiones económicas y sociales de lo que se va a decidir (26). Apunta Vigo respecto del argumento consecuencialista lo siguiente: “con este argumento se procura justificar la premisa discursiva con base en que ella implica –directa o indirectamente- consecuencias o

efectos que se aprecian buenos o mejores que otros. Estas consecuencias pueden ser de orden jurídico o de otra índole, como social, económica, cultural, etc, y son ellas las que respaldan el enunciado que invoca el argumentador jurídico. Sólo una visión juridicista o insular pudo prescindir de esta inevitable dimensión de toda decisión, atento a que un juez al decir prudentemente el derecho no debe dejar de apreciar todas las consecuencias que se derivan de su decisión. Así, en la resolución de un caso el juez debe siempre considerar además de los intereses de las partes del proceso también los del todo social. El Art. 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano impone que al decir el juez debe procurar “atemperar las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables” (27) En el terreno de la interpretación constitucional, el apelativo “intervención previsor” (28) también se está refiriendo a la argumentación consecuencialista ésta ha sido objeto de estudio por la Lógica Jurídica, que considera que muchas veces las decisiones judiciales están inspiradas en elementos extralógicos (económicos, sociológicos o axiológicos), tal como describe Fernández (29). La incidencia de tales elementos tornan al caso no susceptible de una aplicación del Derecho descarnada y exclusivamente sometida a los principios de la Lógica Formal. Por ello es que debe diferenciarse el silogismo judicial del clásico silogismo formal aristotélico ya que la conclusión de aquél no siempre consiste en una simple subsunción lógica. Es que no faltan ocasiones donde se adopta una conclusión ponderada donde es posible que se haya operado una fractura lógica en el discurso y que la conclusión no responda un riguroso encadenamiento anterior (30) Larenz enseñaba que: “toda la reciente metodología jurídica está de acuerdo en que las resoluciones judiciales no están completamente “preprogramadas” en las leyes, que la aplicación de la ley no es sólo subsunción lógica, que el juez siempre ha de emitir (también) juicios de valor y que a este respecto, le queda un cierto margen de libre enjuiciamiento”(31)

Pero hagamos nuevamente foco en el principio de proporcionalidad. Su existencia y alcances, revelan que se está produciendo un deslizamiento conforme al cual mientras otrora los principios procesales eran meramente formales (la igualdad de partes, por ejemplo), técnicos (cual es el de adquisición procesal o el de economía procesal) o ideológicos (la fatigante disputa entre activismo y garantismo) hoy, y desde hace un tiempo, han

aparecido principios procesales preocupados más directamente por cuestiones axiológicas, vale decir que van en procura de que la resolución pendiente sea justa. La tutela judicial efectiva sería una muestra de esto último, pero no la única. Así, la proscripción actual del abuso del Derecho en el campo del Derecho Procesal Civil (32), con su cohorte de manifestaciones tales como el abuso procesal por repetición (33) y el recurso *ad infinitum* (34), vienen a confirmar la concurrencia de la mencionada tendencia.

Los jueces, como siempre lo recordaba Morello, no deben ser *fugitivos de la realidad*; y esto indica que no puede ni debe aceptarse una desproporcionalidad *utilitaria* o *comparativa*. Si se viola el principio de proporcionalidad, se estaría emitiendo una decisión desproporcionada y, por ende, reprochable y, además, seguramente impugnable de manera exitosa.

El principio de proporcionalidad, entonces, opera en dos planos . En uno funciona para determinar si existe correspondencia entre un medio elegido y una finalidad institucionalmente asegurada; en el segundo actúa para dilucidar conflictos entre derechos o valores con intensidades distintas en la especie.

J.W.P

-N O T A S-

- (1)GOZAÍNI, Osvaldo, “Tratado de Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires 2009, Editorial La Ley, tomo II, página 245. Sobre razonabilidad legal, resulta insoslayable consultar “Razonabilidad de las leyes” por Juan F.Linares, Buenos Aires 1970, Editorial Astrea.
- (2)PEYRANO, Jorge W.,”El proceso civil. Principios y fundamentos”, Buenos Aires, 1998, Editorial Astrea, página 165 y siguientes.
- (3)BARBERIO, Sergio, “La medida autosatisfactiva”, Santa Fe 2006, Editorial Panamericana, página 21.
- (4) GOZAÍNI, Osvaldo, página 244.
- (5)LORENZETTI, Ricardo, “Teoría de la decisión judicial”, Santa Fe 2006, Editorial Rubinzal Culzoni, página 269.
- (6)RIVAS, Adolfo, “Medidas cautelares”, Buenos Aires 2007, Editorial LexisNexis, página52.
- (7)Ibídem, página 53.
- (8)COLOMBO, Carlos, “Código de Procedimientos Civil y Comercial. Anotado y comentado”, Editorial Abeledo Perrot, tomo 4, página 712
- (9)DE LÁZZARI, Eduardo, “Medidas cautelares”, La Plata 1984, Editorial Platense, tomo 1, página 19.
- (10)Ibídem, página 21.
- (11)SAGÜÉS, Néstor, “Recurso extraordinario”, Buenos Aires, 2002, 4ª edición, Editorial Astrea, tomo 1, página 153.
- (12)PEYRANO, Jorge W., “Cuestiones políticas. Autorestricción”, en “Problemas y Soluciones Procesales”,Rosario 2008, Editorial Juris, página27.
- (13)PEYRANO, Jorge W., “El *iura novit curia* procesal: la reconducción de postulaciones”, en “Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales”, Rosario 2002, Editorial Juris, página 102: “La verdadera reconducción es aquella en la cual el órgano jurisdiccional cumple una tarea doente que también le incumbe, advirtiendo lo antes posible al postulante acerca de que ha elegido el camino equivocado e indicando, por añadidura, cuál es el rumbo correcto y sin limitarse a la utilización de la tan poco solidaria frase “ocurra por la vía adecuada” o cosa por el estilo”
- (14)BARBERIO, Sergio, ob.cit. página 53.

(15)Vide Kemelmajer, Aída, “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario Año LI N°43.

(16)PEYRANO, Jorge W., “La flexibilización de la congruencia en sede civil. Cuando se concede algo distinto de lo requerido por el justiciable”, en Revista de Derecho Procesal, año 2007-II, Editorial Rubinzal Culzoni, página 99 y siguientes.

(17)PEYRANO, Jorge W.,”Nuevamente sobre usos no conformes de la prohibición de innovar y de la medida innovativa”, en Jurisprudencia Argentina, 2005-III, página 232 y siguientes.

(18)Ibídem, página 232 y siguientes.

(19) CIFUENTES, Santos, “Código Civil. Comentado y Anotado”, Buenos Aires, 2005, Editorial La Ley, tomo II, página 462.

(20) Artículo 13 de la Ley 24.432: “Los jueces deberán regular honorarios a los profesionales, peritos, síndicos, liquidadores y demás auxiliares de la Justicia, por la labor desarrollada en procesos judiciales o arbitrales, sin atender a los montos o porcentuales mínimos establecidos en los regímenes arancelarios nacionales o locales que rijan su actividad, cuando la naturaleza, alcance, tiempo, calidad o resultado de la tarea realizada o el valor de los bienes que se consideren, indicaren razonablemente que la aplicación estricta lisa y llana de esos aranceles ocasionaría una evidente e injustificada desproporción entre la importancia del trabajo efectivamente cumplido y la retribución que en virtud de aquellas normas arancelarias habría de corresponder...”

(21)GANDOLLA, Julia, “Honorarios profesionales. Ley 24432”, Santa Fe 1998, Editorial Rubinzal Culzoni, página 120.

(22)BELLUSCIO, Augusto y colaboradores, “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, Buenos Aires 1999, Editorial Astrea, tomo 8, página 47.

(23)EGUREN, María Carolina y Marcela GARCIA SOLÁ, “Ley 6767. Honorarios profesionales”, Rosario, 2002, Editorial Juris, página 67.

(24)Ibídem página 66.

(25)PEYRANO, Jorge W., “El proceso atípico” Buenos Aires 1993, Editorial Universidad, página 227: “el juez de las postrimerías del siglo XX debe ser de algún modo un teleólogo, y así –llegada la necesidad de obrar

de tal guisa- ponderar *a priori* cuáles van a ser las consecuencias prácticas de las distintas líneas de solución posibles que usualmente brinda el ordenamiento jurídico”.

(26)LORENZETTI, Ricardo, ob.cit.página 465.

(27)VIGO, RODOLFO, “Argumentación constitucional”, en Jurisprudencia Argentina, Número especial del 12 de agosto de 2009, página 83.

(28)SAGÜÉS Néstor, “La interpretación judicial de la Constitución” Buenos Aires 1998, Editorial Depalma, página 39: “Esta variable exegética propone dos “momentos” en la gesta interpretativa. En el primero, el intérprete-operador detecta (descubre, prefiere, inventa, adapta, etc) la norma constitucional con la que decide el caso. En el segundo, confronta su “producto interpretativo” con la dimensión existencial o fáctica del derecho a fin de “verificar las consecuencias” o “medir los resultados” Si el test sale exitoso, continúa el proceso de funcionamiento de la norma constitucional, y aplica el producto interpretativo descubierto o elaborado. Pero si el test es negativo por la disvaliosidad del producto, el juez del caso deberá recomenzar su tarea exegética hasta encontrar un producto interpretativo adecuado”

(29)FERNÁNDEZ, Raúl, “Las cuestiones extralógicas en la fundamentación de las resoluciones jurisdiccionales”, en “Razonamiento judicial”, obra colectiva dirigida por Olsen Ghirardi, Editorial Advocatus, Córdoba 2001, página 147 y siguientes.

(30)ANDRUET, Armando (h), “La sentencia judicial”, en “Razonamiento judicial” página 77.

(31)Citado por Armando ANDRUET (h), al pie de la página 77 del trabajo mencionado en la nota anterior.

(32)PEYRANO, Jorge W., “El abuso procesal” en La Ley 2007-B, página 976 y siguientes.

(33)PEYRANO, Jorge W., “El abuso procesal recursivo o situación de recurso *ad infinitum*” , en “Problemas y Soluciones procesales”, página 60.

(34)Ibídem, página 61.