
La proporcionalidad en el Derecho Administrativo¹

Proportionality in Administrative Law

PropororCIONALIDADE no DIREITO ADMINISTRATIVO

Proportionnalité en droit administratif

*Ricardo Marcondes Martins*² | Pontificia Universidad
Católica de San Pablo
(Brasil)

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 80-120

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e174>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4161-9390>

Recibido: 18/08/2018

Recibido con modificaciones: 07/09/2018

Aprobado: 11/09/2018

Resumen: Las decisiones del Legislador no se fundamentan en el libre arbitrio: no son arbitrarias, pero sí discrecionales. La proporcionalidad es una de las principales restricciones a la discrecionalidad legislativa, mas, para que una medida sea proporcional, la Constitución no exige que ella sea la mejor entre las medidas existentes. La discrecionalidad administrativa difiere de la discrecionalidad legislativa cuantitativamente, por fuerza de la legalidad, y cualitativamente, por fuerza de la buena administración. En consecuencia, el juicio de proporcionalidad del acto administrativo difiere del juicio de proporcionalidad de la ley: no basta que la Administración elija una medida idónea; se impone, como regla general, que escoja la mejor medida.

¹ El trabajo fue recibido en portugués y traducido al español por Pablo Octavio Cabral.

² Doctor en Derecho Administrativo y profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de San Pablo (PUC/SP).

Palabras claves: discrecionalidad legislativa estructural y epistémica; proporcionalidad; discrecionalidad administrativa, legalidad, buena administración

Abstract: The decisions of the legislator are not based on free will: they are not arbitrary, but discretionary. Proportionality is one of the main constraints on legislative discretion, but for a legislative measure to be proportionate, the Constitution does not require it to be the best of the existing measures. Administrative discretion differs from legislative discretion quantitatively, by virtue of legality, and qualitatively, by virtue of good administration. As a consequence, the proportionality judgment of the administrative act differs from the proportionality judgment of the law: it is not enough for the Administration to choose a suitable measure; it is generally necessary to choose the best measure.

Key words: structural and epistemic legislative discretion - proportionality - administrative discretion - legality - good administration

Resumo: As decisões do Legislador não se fundamentam no livre-arbítrio: não são arbitrárias, mas discricionárias. A proporcionalidade é uma das principais restrições à discricionariade legislativa, mas, para que uma medida legislativa seja proporcional, a Constituição não exige que ela seja a melhor dentre as medidas existentes. A discricionariade administrativa difere da discricionariade legislativa quantitativamente, por força da legalidade, e qualitativamente, por força da boa administração. Em consequência, o juízo de proporcionalidade do ato administrativo difere do juízo de proporcionalidade da lei: não basta que a Administração escolha uma medida idônea; impõe-se, regra geral, que escolha a melhor medida

Palavras-chave: discricionariade legislativa estrutural e epistêmica; proporcionalidade; discricionariade administrativa, legalidade, boa administração

Résumé: Les décisions du législateur ne sont pas fondées sur le libre arbitre: elles ne sont pas arbitraires, mais discrétionnaires. La proportionnalité est l'une des principales restrictions à discrétion législative, mais pour qu'une mesure soit proportionnelle, la Constitution n'exige pas qu'elle soit la meilleure parmi les mesures existantes. La proportionnalité est l'une des principales restrictions au pouvoir discrétionnaire du législateur,

mais, pour qu'une mesure soit proportionnelle, la Constitution n'exige pas qu'elle soit la meilleure parmi les mesures existantes. La discrétion administrative diffère du pouvoir discrétionnaire du législateur quantitativement, par la force de la légalité et qualitativement par la force de bonne administration. Par conséquent, l'analyse de proportionnalité dès l'acte administratif est différent de l'analyse de la proportionnalité de la loi: Il ne suffit pas que l'administration choisisse une mesure appropriée, en règle générale, il est nécessaire de choisir la meilleure mesure .

Mots-clés: discrétion législative structurelle et épistémique proportionnalité; discrétion administrative, légalité, bonne administration.

1. Breve introducción

Después del final de la Segunda Guerra Mundial y en el ocaso del Estado nazi el derecho constitucional obtuvo un extraordinario avance científico³: la teoría de los derechos fundamentales alcanzó una profundización conceptual similar a lo que aconteciera con la teoría del crimen. Los constitucionalistas, preocupados en cohibir leyes intolerablemente injustas⁴, restringían en sus análisis la función legislativa, dejando para los administrativistas el estudio de la función administrativa⁵. Para contener el ejercicio de la función legislativa fue

³ Los avances son magistralmente retratados por ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.

⁴ La existencia de leyes raciales, formalmente aprobadas por el parlamento, con vehemente apoyo de la doctrina y ratificación jurisprudencial, e informada con precisión por RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. 1. ed., 2. tir. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, Cap. 6, p. 107-130. El desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales, y, más precisamente, de la teoría de la proporcionalidad fue, sin duda alguna, motivado por el inconformismo de la comunidad jurídica por las barbaridades nazis.

⁵ Mariano Bacigalupo Saggese, en su prefacio a la monografía de Josefa Fernández Nieto, observo el poco contacto entre a doctrina constitucional y administrativa: "No ignoro que en la tradicional conformación y delimitación de las disciplinas jurídicas que ha venido observando en España desde hace muchas décadas el Derecho Administrativo y el Derecho Político (hoy Constitucional) han constituido —y todavía constituyen—, sobre todo en el ámbito académico, dos áreas de conocimiento distintas y separadas. Nunca he comprendido —ni

elaborada la teoría constitucional de la proporcionalidad, presentada en monumentales trabajos doctrinarios⁶. A pesar que la proporcionalidad ha sido desarrollada pioneramente por los administrativistas, sobre todo en el examen del “poder de policía”⁷, la teoría elaborada por los constitucionalistas paso a ser, cada vez más, invocada en el derecho administrativo para contener la función administrativa⁸. Ocurre que las profundas diferencias entre la función legislativa y la función administrativa impiden la pura y simple aplicación al derecho administrativo de la teoría de la proporcionalidad desenuelva por los constitucionalistas.

En mi trabajo “Efectos de los vicios del acto administrativo” defendí que la ponderación no es privativa del legislador: si,

compartido— tal separación, y menos aún que, más allá de la estricta configuración formal de las áreas de conocimiento académicas, el diálogo científico entre ambas haya sido — y, en lo esencial, siga siendo aún hoy, a mi juicio —, si no inexistente, sí de una intensidad notoriamente inferior a la que cabría esperar de profesores pertenecientes, en puridad, a una misma comunidad científica: la comunidad de los iuspublicistas”. (BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. Prólogo. In: FERNÁNDEZ NIETO, Josefa. Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo. Madrid: Dykinson, 2008, p. 23). A constatação também se aplica à doutrina brasileira.

⁶ Se destacan: BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009. No Brasil, destaca-se o pioneiro estudo de BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, Cap. 12, p. 356-397.

⁷ Por todos, afirma Bonavides: “Redescoberto [o princípio da proporcionalidade] nos últimos duzentos anos, tem tido aplicação clássica e tradicional no campo do Direito Administrativo”. (*Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 362, esclarecimento nosso). A ideia de proporção foi sintetizada na famosa metáfora de Walter Jellinek: “não se abatem pardais disparando canhões”. (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 44).

⁸ Se registra la primorosa monografía de OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 42-58. Na análise empreendida pelo nobre administrativista não houve a contraposição entre a proporcionalidade *da lei* e a proporcionalidade *do ato administrativo*. Sem embargo, de seu estudo extrai-se nitidamente a sensível diferença entre ellas, tendo em vista a submissão, nele enfatizada, da função administrativa ao *princípio da legalidade* (Op. cit., p. 225).

como regla general, a éste le cabe efectuar ponderaciones en el plano abstracto; al agente administrativo le cabe efectuar ponderaciones en el plano concreto⁹. La decisión administrativa, afirmé, exige la aplicación del postulado de la proporcionalidad¹⁰. Aunque no tenga que limitarme a reproducir lo que los constitucionalistas afirmaran sobre el tema, presente apenas diferencias puntuales entre la ponderación legislativa y administrativa¹¹. Mi propuesta, en esa época, fue más allá de la doctrina actual, pero se quedó, reconozco, muy lejos de lo que el tema exigía. Sorprendentemente, más de seis años después, poco se avanzó. Se resiente, además, la falta de estudio doctrinario que apunte cuales aspectos de la teoría de proporcionalidad de la ley no son aplicables a la teoría de proporcionalidad del acto administrativo.

De allí el objetivo de éste estudio: se pretende aquí apuntar las diferencias significativas entre la aplicación del postulado de proporcionalidad para el Legislador y para el Administrador. Anticipo: ellas no resultan sólo de la vinculación administrativa con la *legalidad*. La función administrativa, contrariamente a la función legislativa, está también regida por el *postulado de la buena administración*, motivo por el cual las tres fases de la proporcionalidad –la adecuación, la necesidad, y la proporcionalidad en sentido estricto- encuentran, en la actuación administrativa, límites muchos más estrechos que en los de la función legislativa. El punto de partida para comprender esas diferencias es un tema clásico del derecho administrativo, pero aún en incipiente evolución en el derecho constitucional: la *discrecionalidad*.

2. Discrecionalidad legislativa

Los administrativistas han gastado ríos de tinta escribiendo sobre la *discrecionalidad administrativa*. En general, no discuten la posibilidad de una competencia administrativa discrecional

⁹ Cf. Efeitos dos vícios do ato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008, Cap. 68-95.

¹⁰ Idem, p. 166-171.

¹¹ Idem, p. 231-235.

y sí cuándo ella se configura y, una vez configurada, cuáles son los límites impuestos a su ejercicio. Al revés, la discrecionalidad legislativa, es, aún, un asunto incipiente para los constitucionalistas. Buena parte de ellos niega el propio concepto, según informa Joaquim Gomes Conotillo al desarrollar tres teorías sobre la vinculación del legislador a la Constitución: a) teoría de la excepción (*Verfassungsvollzug*); b) teoría de la aplicación (*Verfassungsanwendung*); c) teoría de la conformación (*Gestaltung der Verfassung*)¹². Para la primera, de la misma forma que la administración ejecuta la ley, el legislador ejecuta la Constitución, no habiendo diferencia ontológica entre la discrecionalidad administrativa y la legislativa. Para la segunda, si por un lado no existe “libertad administrativa”, por el otro existe “libertad legislativa”, de modo que la actuación legislativa es apenas formalmente limitada por el constituyente. Para la tercera, la función legislativa tiene una “dimensión creadora” incompatible con el concepto de discrecionalidad, aunque materialmente limitada por la Constitución. Donde, solo para la primera corriente se configura la discrecionalidad legislativa.

Se puede, de plano, descartar la *teoría de la aplicación*: en nuestros tiempos es insustentable asumir que la validez de la ley depende tan solamente de la observancia del procedimiento establecido en la Constitución para elaborarla. Al negar la posibilidad jurídica de una *inconstitucionalidad material*, la teoría es incompatible con cualquier Constitución escrita vigente. El debate doctrinario gira en torno a las teorías de *excepción* y de *conformación*. A pesar de reconocer que la última es ampliamente mayoritaria¹³, defendí en el pasado el acierto de la

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 216-218.

¹³ Por todos, afirma Klaus Stern: “Si la constitución constituye la base jurídica para la legislación, la legislación no es sin embargo simple ejecución de la constitución. La relación entre constitución y legislación es distinta que la relación entre legislación y administración, aunque tampoco esta sea ejecución de la ley a secas. La legislación tiene que mantenerse dentro del marco del orden constitucional, en particular de los derechos fundamentales;

primera¹⁴. De la misma forma que el Administrador público, el Legislador ejerce *función pública*, situación jurídica incompatible con la *libertad*. Ser libre es poder elegir entre dos o más alternativas teniendo en vista apenas y tan sólo el *libre arbitrio*. Quien es libre puede escoger la peor alternativa a sus intereses. Ningún partidario de la teoría de la conformación afirma la validez de una ley atentatoria de los intereses públicos. Es lo que basta para aseverar: el legislador no actúa libremente, pero si discrecionalmente.

Los defensores de la confirmación adoptan un concepto equivocado de *discrecionalidad administrativa*. Discrecionalidad es el poder de (no el ejercicio de función pública) escoger válidamente entre dos o más alternativas. Está superada la concepción legalista según la cual la ley es considerada la *f fuente* de la discrecionalidad. En el neconstitucionalismo la fuente de discrecionalidad es el Derecho y no la ley. Aunque el Legislador establezca una ley completa en el plano abstracto es posible que, en el plano concreto, se configure una competencia discrecional: de la misma forma, aunque el Legislador establezca una ley incompleta en el plano abstracto es posible que, en el plano concreto, se configure una vinculación. El legislador interfiere en la constitución de discrecionalidad administrativa, mas no la domina. Y es el análisis del Derecho globalmente considerado, el que indicará en el caso concreto la posibilidad o no de elección, para el agente administrativo, entre dos o más alternativas. Discrecionalidad administrativa, por lo tanto, no exige *habilitación legal*.

contra estos principios no puede chocar ninguna norma jurídica. Pero sería una comprensión errónea de la constitución imputarle a esta un contenido en base al cual el contenido de las leyes podría ser deducido inmediatamente de la constitución. El legislador tiene un margen de actuación política propio. Es un órgano auténticamente político que tiene la plena responsabilidad de sus actos". (STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Traducción de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 224). José Joaquim Gomes Canotilho también defiende, em farta argumentação, a teoria da conformação: "a lei cria, e não completa apenas, os pressupostos" (*Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 235).

¹⁴ *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 47-48.

Cuando se abre al Legislador la posibilidad de escoger válidamente entre dos o más alternativas, esa elección siempre encuentra, en el ordenamiento jurídico, límites. No puede ser dictada única y exclusivamente por el libre arbitrio. Conceptualmente, y prácticamente es incuestionable que la *actuación del legislador*, en el ejercicio de la *función pública*, no equivale a una actuación libre de un particular en el ámbito de la libertad privada. La elección volitiva del Legislador es una elección discrecional (pautada por el derecho) y no arbitraria (pautada por el libre arbitrio).

2.1. *Ámbitos de discrecionalidad legislativa*

Así como es obviamente erróneo suponer que la Constitución no establece límites materiales a la actuación legislativa –los derechos fundamentales son límites materiales a las decisiones de la mayoría parlamentaria–, es también erróneo suponer que las respuestas jurídicas, para todos los problemas, están previamente fijadas en la Constitución. El primer error consiste en el *modelo de Constitución puramente procedimental*, para el cual toda decisión legislativa es admitida, exigiéndose apenas la observancia del procedimiento constitucionalmente establecido. El segundo error consiste en el *modelo de Constitución puramente material*, para el cual toda decisión se encuentra constitucionalmente establecida, no existiendo margen para elecciones legislativas. Para el primero el Legislador posee un poder absoluto, para el segundo posee un poder nulo. Es evidente el acierto del *modelo material-procedimental*: si, por un lado, la Constitución obliga y prohíbe algo, por otro, ella permite muchas decisiones¹⁵. Aunque no se abra una esfera de libertad, es indiscutible la configuración constitucional de una *amplia esfera de discrecionalidad legislativa*.

Diferencia Robert Alexy la *discrecionalidad legislativa estructural* de la *discrecionalidad legislativa epistémica*. La

¹⁵ Los três modelos son presentados por ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 579-583.

primera referida a las elecciones que la constitución, es sabido, admite. La segunda hace referencia a las elecciones en que, ante el desconocimiento de las premisas fácticas, hay *duda* si las Constitución las admite o no. Comprenderlas exige revisar los contornos de la función legislativa. Cabe al Legislador establecer, en el plano abstracto, un pronóstico del caso concreto, medidas de concretización (M) de valores constitucionales (P), llamados en nuestros tiempos principios. Como regla, los valores pueden ser realizados de más de una manera distinta, abriéndose al Legislador un amplio abanico de elecciones. Alexy presenta un ejemplo sencillo: Es posible salvar a una persona que está a punto de ahogarse por medio de un salvamento directo a nado (M1), por medio del lanzamiento de una boya (M2), por medio de un bote (M3)¹⁶. Cuando es posible, válidamente, concretar un valor, en el plano abstracto, por más de un medio, admitiendo el derecho tanto la elección de un medio (M1) como la elección de otro (M2), se configura una *discrecionalidad estructural para la elección de medios*. Ella restringe la actuación estatal positiva, vale decir, los derechos de prestación (*Leistungsrechte*), no estando cubierta la actuación estatal negativa, los derechos de defensa (*Abwehrrechte*)¹⁷.

Se discute si el legislador puede también escoger discrecionalmente los fines a ser concretizados (P), llamada *discrecionalidad estructural para la elección de objetivos*. Es evidente que el Legislador no está obligado a realizar todos los valores constitucionales simultáneamente: existe cierta discrecionalidad en la elección del principio a concretizar. Frente a los valores jurídicos (P1, P2, P3, Pn) positivizados, de forma expresa o implícita, por la Constitución, cabe al Legislador escoger cuál

¹⁶ Idem, p. 586.

¹⁷ Cf. ALEXY, Robert. Sobre los derechos constitucionales a protección. In: MANRIQUE, Ricardo García (org.). *Robert Alexy: derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 79-80. Isso porque enquanto os direitos de defesa possuem uma *estrutura conjuntiva* – a proibição de matar, por exemplo, abrange qualquer ato de matar –, os direitos à prestação possuem uma *estrutura alternativa* – o que se exige é que se realize uma medida que alcance a finalidade, ou outra, ou outra, dentre as medidas possíveis (Idem, p. 54-55).

de ellos concretará, en qué momento lo hará y en qué orden de prioridades. La doctrina va más allá y discute si el Legislador puede, por sí mismo, establecer valores jurídicos a ser concretizados. Prevalece en la doctrina, abrumadoramente, una respuesta afirmativa¹⁸. Considerando que los *principios materiales* se dividen en *derechos subjetivos* y *bienes colectivos*¹⁹, Alexy restringe la definición legislativa de objetivos a los *bienes colectivos*²⁰. En el pasado defendí la posición minoritaria: todos los valores jurídicos acogidos por el sistema normativo, sean valores relativos a *derechos subjetivos*, sean valores relativos a *bienes colectivos*, están expresa o *implícitamente* establecidos en el texto constitucional, no cabiendo al Legislador establecer nuevos valores a ser concretizados²¹. Hoy, mantengo la posición, con temperamentos.

Carlos Bernal Pulido, a pesar de inicialmente afirmar la existencia de un “principio de libertad de fines del Legislador”, por el cual se atribuye al Parlamento la “facultad de proponer legítimamente cualquier fin, siempre y cuando no estuviera prohibido por la Constitución”²², posteriormente clasifica los fines en *inmediatos y mediatos* y asevera la naturaleza necesariamente

¹⁸ Por todos, afirma Luis Prieto Sanchís: “En línea de principio, pudiera pensarse que la ponderación se establece entre normas del mismo nivel jerárquico, es decir, entre fines con igual respaldo constitucional, pero creo que en la práctica puede existir una deferencia hacia el legislador, un respecto hacia su autonomía política – que, en verdad, constituye en sí misma un valor constitucional – de manera que se acepten como fines legítimos todos aquellos que no estén prohibidos por la Constitución o resulten abiertamente incoherentes con su marco axiológico. El legislador dispone de una facultad de regulación general y puede proponer cualquier fin que no sea inconstitucional, de manera que este primer requisito desempeña una función más bien negativa: no impone la consecución de un cierto catálogo de fines, sino que sólo excluye algunos”. (PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 199-200).

¹⁹ Cf. ALEXY, Robert. *Direitos individuais e bens coletivos*. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, Cap. 10, p. 176-198.

²⁰ *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 586.

²¹ Cf. nosso *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., Cap. I-5, p. 35-36; Cap. VIII-5.6.1, p. 299-300.

²² *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 698.

constitucional de los *finēs mediatos*. En sus palabras: “el fin inmediato del Legislador es un estado de cosas fáctico o jurídico, que debe ser alcanzado, en razón de estar ordenado por un principio constitucional (fin mediato)”²³. Así, el Legislador no tiene discrecionalidad para establecer *finēs mediatos*: principios constitucionales materiales, *derechos constitucionales subjetivos* o *bienes colectivos constitucionales*. Él tiene discrecionalidad para elegir (y no para establecer, pues todos ya constan expresa o implícitamente en un texto mayor) cual principio constitucional material (P) pretende concretizar por medio del establecimiento, en el plano abstracto, de un medio de concretización (M). Se trata de una *competencia discrecional estructural* para escoger fines mediatos. El Legislador, sin embargo, posee una amplia competencia discrecional para el establecimiento de *finēs inmediatos*: se trata de una *competencia discrecional estructural* para el establecimiento de *finēs inmediatos*, por medio de los cuales se concretizan los fines mediatos.

Además de una discrecionalidad para elegir los fines mediatos y definir los fines inmediatos (P), y de una discrecionalidad para escoger los medios de concretización (M) hay también una *discrecionalidad estructural para ponderar*. Es incorrecto suponer que toda ponderación de valores, conduce siempre, a una única respuesta correcta. Muchas veces la ponderación presenta dos o más soluciones válidas. En efecto: la *ponderación* impuesta al Legislador es un procedimiento que no lleva siempre a una única solución. Hay quien afirma, equivocadamente, que la idea de *optimización*, de realización de valores constitucional en una mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, es contraria a la idea de discrecionalidad²⁴. No existe incompatibilidad: el texto constitucional no impone siempre sólo una solución al Legislador. El deber de optimización se da por la *proporcionalidad*, y ésta respetó, en sus tres fases, la competencia legislativa discrecional.

²³ Idem, p. 719.

²⁴ Cf. SCHERZBERG, Arno. *Grundrechtsschutz und “Eingriffsintensität”*. Berlín: Duncker & Humblot, 1989, p. 174 apud ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 587.

Antes de examinar cada una de las etapas de proporcionalidad, es necesario examinar, aunque brevemente, la llamada *discrecionalidad epistémica*. Muchas veces no se tiene certeza sobre las premisas fácticas y, a pesar de la duda, se hace necesaria una decisión jurídica. Robert Alexy presenta el siguiente ejemplo: En caso que se tenga certeza que una substancia hace muy mal a la salud, se puede sustentar la obligación constitucional de prohibirla, teniendo en vista el mandato constitucional de que se proteja la salud de las personas en la mayor medida posible; por otro lado, en caso que se tenga certeza que una substancia no hace mal, se puede sustentar la prohibición constitucional de prohibirla, teniendo en vista el mandato constitucional de que la libertad de las personas sea protegida en la mayor medida posible. En el campo de las prohibiciones, imposiciones y permisos constitucionales hay referencia al *campo* de la *vinculación* y de la *discrecionalidad estructural*. Ya en el campo de la incertidumbre, de la duda, es el campo de la *discrecionalidad epistémica*²⁵.

En el ejemplo presentado, surge el problema cuando no se sabe si la sustancia hace o no mal a la salud de las personas, habiendo incertidumbre sobre las cuestiones fácticas, dando lugar a *discrecionalidad epistémica* de tipo empírica. En muchos casos, incluso ante esta incertidumbre, se abre al Legislador la posibilidad de válidamente escoger entre dos o más alternativas. Es incorrecto asumir que la *discrecionalidad* sólo se configura cuando halla certeza sobre las premisas fácticas y sobre la corrección de las premisas jurídicas. Restringir la *discrecionalidad legislativa* a los casos de certeza importa reducir la capacidad de acción legislativa a un punto incompatible con el principio democrático²⁶.

La incertidumbre puede referirse únicamente a las premisas empíricas, más también a las premisas normativas, dando lugar

²⁵ "A questão acerca da existência de uma discricionariedade epistêmica surge quando é incerta a cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais". (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 612).

²⁶ Por todos: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 616.

a la *discrecionalidad epistémica de tipo normativo*²⁷. En esta última no es posible tener certeza sobre la prohibición o imposición constitucional, habiendo duda insoluble si la Constitución permite o no determinada elección²⁸. Robert Alexy reconoce la dificultad en diferenciar la *discrecionalidad estructural para ponderar de la discrecionalidad epistémica normativa*²⁹; para la primera no existe duda de que la Constitución admite dos o más soluciones en la ponderación de valores constitucionales; para la segunda no hay certeza sobre esa admisibilidad. La diferencia es sutil; en la primera está claro que la Constitución deja al Legislador la prerrogativa de escoger, la segunda duda si ella permite o no la posibilidad de elegir y, ante la duda, acepta la elección legislativa.

Por lo tanto, los seis ámbitos de discrecionalidad legislativa son: 1) discrecionalidad estructural para elegir objetivos constitucionales mediatos; 2) discrecionalidad estructural para definir los objetivos inmediatos; 3) discrecionalidad estructural para elegir los medios; 4) discrecionalidad estructural para ponderar; 5) discrecionalidad epistémica empírica; 6) discrecionalidad epistémica normativa. Resulta evidente que cuanto más peso se atribuye al *principio democrático*, más se amplía el ámbito decisorio de la *mayoría parlamentaria* por medio de las teorías favorables a la configuración de esos seis ámbitos. El nazismo, más precisamente, la promulgación de las leyes raciales de Nuremberg, generaron una desconfianza sobre la actuación parlamentaria. El resultado fue la elaboración de las teorías *neconstitucionalistas* restrictivas de la *discrecionalidad legislativa*. Los neoconstitucionalistas fueron criticados y el principal argumento fue, justamente, el amparo del principio democrático³⁰. Ante las críticas, los teóricos proponen una teoría

²⁷ Idem, p. 612.

²⁸ Idem, p. 621.

²⁹ Idem, p. 614 e 620

³⁰ Sobre las críticas a la ponderación ver, por todos: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57 et seq.

conciliadora: ni absoluta arbitrariedad legislativa, ni absoluta vinculación: discrecionalidad, pero *amplia discrecionalidad*. Se puede, sin embargo, fijar una directriz: cuanto más sólida es la democracia, más confianza se tiene en el parlamento, más amplios serán los contornos de la discrecionalidad legislativa, menos exigente será el Derecho para caracterizar los ámbitos decisorios presentados. Al revés, cuanto menos sólida sea la democracia, menos confianza se tiene en el parlamento y menos amplios serán los referidos contornos; el Derecho será más exigente en la caracterización de los ámbitos decisorios.

Discriminadas las hipótesis de discrecionalidad legislativa, se torna posible dar un paso adelante y examinar las elecciones discrecionales a la luz de las tres fases del postulado de proporcionalidad. Es fundamental, sin embargo, percibir que, si la teoría de proporcionalidad elaborada por la doctrina alemana es adecuada a la realidad alemana, no es, necesariamente, adecuada a la realidad brasilera. Dicho esto, se reconoce que: como la democracia brasilera es todavía solo una democracia *formal*³¹ y el parlamento brasilero esta, según se extrae diariamente de sus sesiones, contaminado por la corrupción, la confianza de la sociedad brasilera –y también de la comunidad jurídica, presumiblemente no alienada por la realidad en la que está inserta– la actuación legislativa no justifica teorías amplias del ámbito de decisión legislativa. La realidad brasilera clama por teorías restrictivas. Hecha esta advertencia pasemos al examen de discrecionalidad legislativa en la *adecuación*, en la *necesidad* y en la *proporcionalidad en sentido estricto*.

2.2. *Adecuación de la medida legislativa*

La proporcionalidad (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) se refiere a la *prohibición de exceso* (Übermassverbot), aplicable a los *derechos fundamentales de defensa*, que exigen una

³¹ Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 371-390.

acción negativa estatal o privada, y a la *prohibición de protección deficiente* (*Untermassverbot*), cuando se trata de *derechos fundamentales de protección en sentido amplio*, que exigen una *acción positiva* estatal o privada³². Ambas prohibiciones observan una estructura tricotómica; son tres partes vinculadas entre sí –adecuación (*Geeignetheit*), necesidad (*Erforderlichkeit*) y proporcionalidad en sentido estricto (*Verhältnismässigkeit*)– en una *relación de subsidiariedad*. El tercer análisis, de la *proporcionalidad en sentido estricto*, sólo es realizado si hubo respuesta afirmativa a los dos primeros análisis; el segundo análisis, de *necesidad*, sólo se realiza si hubo respuesta afirmativa al primero, de *adecuación*³³. Sin adecuación, por lo tanto, no hay *proporcionalidad*. ¿Y qué es adecuación?

Se trata de una cualidad de *medio* (M) de realización de un valor jurídico (P). El medio es adecuado para concretar el respectivo valor si él, de algún modo, es apto para “alcanzar” ese valor. No es necesario que el medio *realice* el valor, bastando que contribuya de algún modo a esa realización³⁴ o, en otras palabras, basta que *fomente* su realización. Según Virgílio Afonso da Silva la mejor traducción del verbo alemán “*fördern*”, utilizado por el Tribunal Constitucional Alemán, para caracterizar la adecuación, y *fomentar* y no *alcanzar*³⁵. De hecho, no es

³² Sobre los dos aspectos de la proporcionalidad ver, por todos: BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 806-807; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 26-27. Sobre a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos à prestação vide, por todos: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 433 et seq. Sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas vide nosso *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 57 et seq.

³³ Por todos: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 34.

³⁴ “A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 165).

³⁵ Luís Virgílio Afonso da Silva critica a traducción efetuada por Gilmar Ferreira Mendes a la decisión del Tribunal Constitucional Alemão BVerfGE, 30:292(316) e 39:210(230-1)

necesario “alcanzar” el objetivo buscado, basta con incentivar, estimular, fomentar su alcance. Un ejemplo siempre recordado es la distribución de preservativos para la reducción de la diseminación del virus HIV (fin inmediato) y, con eso, la tutela de la salud de las personas (fin mediato). Pues bien, aunque las persona no utilicen los preservativos distribuidos y, así, la distribución en nada disminuya la diseminación del virus, el medio es *adecuado*, pues incentiva, promueve, fomenta, estimula la disminución y es eso lo que basta.

El presupuesto de adecuación es la *legitimidad* del fin. A pesar de algunas consideraciones esta es la *primera fase* de la proporcionalidad, dividiéndola en cuatro y no en tres fases, viene prevaleciendo que ella es inherente a la fase de la *adecuación*, también llamada de *idoneidad*³⁶. Ambas posiciones son erróneas: la *legitimidad del fin*, como bien explica el nostálgico Celso Ribeiro Bastos, es un *presupuesto* para la aplicación de la proporcionalidad y no una fase de ella³⁷. La realización de *fin*es contrarios a la Constitución viola el postulado de supremacía de la Constitución y no propiamente la *proporcionalidad*. Nosotros ya hemos anticipado, que la elección del fin a ser fomentado

(*O proporcional e o razoável*, op. cit., p. 36). Eis a tradução objeto da crítica: “O meio é adequado se, com a utilização, o evento pretendido pode ser *alcançado*; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais”. (MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed., 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 248, grifo nosso). A crítica de Virgílio parece procedente: segundo o Dicionário alemão-português da Porto Editora *fördern* é traduzido por “proteger, apoiar, ajudar, patrocinar; promover, fomentar, incrementar; aumentar, encorajar, estimular, incentivar”. (PORTO EDITORA. *Dicionário alemão-português*. 2. ed. Porto: Porto Editora, 2009, p. 417). O signo “fomentar” também é utilizado por BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 695.

³⁶ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 694-723; BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 129-130.

³⁷ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 191. Vide também nosso: A norma *iusfundamental*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* (RBDC), São Paulo, v. 4, p. 526-576, jul.-dez 2004, p. 547.

presupone un amplio margen de *discrecionalidad*: aunque la Constitución imponga, y no faculte, la concretización de ciertos valores, cabe al Legislador definir qué valor será concretizado en la legislación respectiva. Además, si los *fines mediatos* están todos establecidos en la Constitución (principios constitucionales materiales relativos a derechos subjetivos y bienes colectivos), los fines inmediatos (necesarios para la realización de los mediatos) son, en general, establecidos por el Legislador. Existe una *restricción constitucional* a la elección legislativa: el *fin inmediato* escogido por el Legislador tiene, necesariamente, que estar conectado a un *fin mediato constitucional*³⁸. La definición del *fin legislativo inmediato presupone*, por lo tanto, elección entre dos o más alternativas. Hay, en suma, en la definición del fin legislativo, del objetivo a ser fomentado (P), una evidente *discrecionalidad estructural*.

Escogido, a partir de una decisión discrecional, cual es el principio que será efectivizado (*fin mediato de la ley –principio constitucional concretizado*) es definido como el fin inmediato a ser fomentado (*fin inmediato de la ley*), cabe al Legislador *escoger* un medio de concretización *adecuado*. En las actuaciones estatales positivas casi siempre existe más de un medio de efectivización apto para fomentar el fin pretendido, configurándose la *discrecionalidad estructural* legislativa para escoger el medio. Carlos Bernal Pulido observa que el medio puede contribuir a la realización de un fin con cierto grado de *eficacia, rapidez, seguridad*, y puede hacerlo en relación a uno, alguno o todos de sus aspectos. Para la *versión fuerte de adecuación*, medio adecuado es aquel que contribuye con la máxima eficacia, rapidez y seguridad para la realización de un fin que lo realiza en la mayor medida posible. Para la *versión débil de adecuación*, medio adecuado es aquél que facilita la realización del fin con *cualquier* eficacia, rapidez, plenitud y

³⁸ La relación entre el fin inmediato y el fin mediato no es empírica, mas analítica. Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 731-733.

seguridad³⁹. De ahí la pregunta: ¿la *proporcionalidad* impone la *versión* fuerte o la *versión* débil de adecuación? La respuesta de Bernal Pulido es categórica: en virtud del principio democrático, sólo se impone la versión débil⁴⁰.

La discrecionalidad estructural para escoger los medios no se restringe a la elección de medios igualmente equivalentes. Se le abre al Legislador, al menos para el examen de adecuación la posibilidad de elegir uno entre todos los medios que posean una “relación positiva” con el fin pretendido. El abanico de medios a disposición del Legislador abarca todos los medios, en teoría, aptos para fomentar en algún grado y en algún aspecto el fin inmediato pretendido. Tanto, si el Legislador escoge una medida (M1) apta para fomentar *algún aspecto* del fin inmediato pretendido (PI), con *cierto grado de eficacia, rapidez y probabilidad*, la medida es *adecuada*, aunque existan muchos otros medios (M2, M3, Mn) que lo realicen con mayor grado de eficacia, rapidez, probabilidad y en más aspectos. Por eso, basta que la medida posea una *relación positiva*, en cualquier aspecto, con el fin buscado para ser adecuada⁴¹. Además, basta que ella fomente la realización parcial del fin pretendido, siendo

³⁹ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 724-725.

⁴⁰ En las palabras de Bernal Pulido: “La versión más débil del subprincipio idoneidad se aviene al máximo con las exigencias que se desprenden del principio formal de la competencia legislativa para configurar la Constitución. Esta versión reconoce que el Legislador dispone constitucionalmente de un ámbito para estudiar la información técnica de que disponga (ámbito legislativo de apreciación fáctica) y de un ámbito para evaluar las razones política que resulten pertinentes, en aras de adoptar las medidas que considere adecuadas para perseguir sus finalidades (ámbito legislativo de apreciación normativa). Estos dos ámbitos de apreciación son correlativos a un ámbito de decisión, que viene presupuesto por la competencia del Legislador para elegir uno, entre los diversos medios a su disposición, que sean idóneos en relación con sus objetivos (el ámbito de decisión estructural)”. (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 727).

⁴¹ Se trata de la vigésima séptima regla enunciada por Bernal Pulido: “La idoneidad de una medida adoptada por el Parlamento dependerá de que ésta guarde una relación positiva de cualquier tipo con su fin inmediato, es decir, de que facilite su realización de algún modo, con independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud y seguridad”. (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 726).

innecesario hacerlo en todos los aspectos, aunque existan otras medidas que lo hagan⁴². Igualmente, basta que, en el plano abstracto, o en teoría, contribuya de alguna manera para realizar el fin buscado, aunque, en la realidad, en el plano concreto, en nada contribuya para su realización, y, nuevamente, asimismo existan otras medidas que lo hagan⁴³.

No es necesario, por lo tanto, que el Legislador elija la *mejor* medida. Él puede elegir incluso la *peor*. Si, dentro de las medidas existentes, el Legislador escogiera la que promueva la realización del fin pretendido, en comparación con las demás, en un *menor grado* de eficacia, rapidez y probabilidad posible, y de modo *más parcial posible*, la medida será considerada adecuada para los fines de la *proporcionalidad legislativa*. Y nada cambia en el plano concreto evidenciar que la medida legislativa fue inútil para la realización del fin pretendido, pues basta que en el plano abstracto ella sea apta para fomentarlo. Así, en la fase de *adecuación* no se le impone al Legislador, evidentemente, una decisión óptima.

El Legislador, al escoger una medida de concretización del fin objetivado, hace un *pronóstico*; anticipa el caso concreto en que la medida será ejecutada. La emisión de la norma abstracta, en el plano abstracto, presupone un juicio de previsión de futuro, de las condiciones fácticas y jurídicas del plano concreto en que la norma será aplicada. La *adecuación* exige una relación de causalidad entre la medida de efectivización y el

⁴² Se trata de la vigésimo novena regla enunciada por Bernal Pulido: "Debe admitirse que un medio legislativo es idóneo, aún cuando sólo haya dado lugar a una realización parcial del fin que se persigue. La idoneidad no se traduce en la exigencia de obtener plenamente el objetivo propuesto, ni en la de asegurar que será conseguido". (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 729).

⁴³ Se trata de la vigésima octava regla propuesta por Bernal Pulido: "El Tribunal Constitucional debe aceptar que una medida legislativa es idónea, si, considerada en abstracto o en teoría, puede contribuir de alguna manera a la obtención del objetivo que se propone. Dicho en sentido contrario, no es necesario constatar que la medida legislativa haya contribuido en la práctica para alcanzar su objetivo, como exigencia para declarar su idoneidad, sino que, para tal fin, es suficiente establecer que la medida tiene la virtualidad de facilitar la obtención de su fin". (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 729).

fin inmediato pretendido por el Legislador: se trata de un *nexo empírico*. De ahí la pregunta: ¿El juicio sobre ese nexo empírico se da en la perspectiva *ex ante* del legislador o *ex post* de quien controla la constitucionalidad? En el primer caso, se debe indagar, el modo como el conocimiento existente al momento de la elaboración de la ley, se podía considerar la medida no apta para el fin pretendido; en el segundo caso, debe indagarse, cómo los conocimientos disponibles en el momento de examen de constitucionalidad, teniendo en vista el resultado de la aplicación de la medida en el plano concreto, la medida fue apta para realizar el fin pretendido⁴⁴. Por supuesto, la *adecuación de la medida legislativa* debe ser examinada a partir de una perspectiva *ex ante*⁴⁵. Basta que al momento de la elaboración de la ley la medida escogida por el Legislador fuese considerada razonablemente apta para fomentar, de algún modo, el fin inmediato pretendido. Vale decir: el examen de adecuación exige un *pronóstico póstumo objetivo*, ósea, la indagación si, en el pasado, con la información entonces disponible, era razonable *suponer* que la medida, en el futuro, fomentaría de algún modo el fin inmediato pretendido.

Se reserva al Legislador la posibilidad de errar en su pronóstico⁴⁶. Él puede equivocarse, siempre que el error sea excusable. Basta que la adecuación de la medida pareciese *plausible* teniendo en vista los conocimientos que entonces poseía el Parlamento. Ese tema se refiere a la *discrecionalidad epistémica*. ¿Hasta que esté listo el sistema normativo admite que el Legislador se apoye en premisas inseguras? En la primera fase de

⁴⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 734-735.

⁴⁵ Idem, ibidem.

⁴⁶ Afirma Suzana de Toledo Barros: “É lícito que o legislador se equivoque acerca do desenvolvimento de seu prognóstico. E é exatamente à conta da possibilidade de erro de prognose legislativa que se sustenta deva a adequação ser aferida no momento em que o legislado tomou a sua decisão, a fim de que se possa estimar se, naquela ocasião, os meios adotados eram apropriados aos objetivos pretendidos”. (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, op. cit., p. 78).

proporcionalidad se garantiza al Legislador un grado máximo de discrecionalidad epistémica: para que la ley sea considerada inadecuada se exige que al momento de la elaboración de la ley fuese posible tener certeza sobre su inadecuación. En caso de duda, se impone considerar la medida como adecuada. En otros términos, en relación a la *adecuación* de la medida, el examen de proporcionalidad somete la actuación legislativa a un control de *evidencia*: se exige sólo la inexistencia de *premisas empíricas seguras*, al momento de sancionar la ley, de que la medida escogida era apta para realizar el fin inmediato pretendido⁴⁷. En la falta de certeza, considerando el conocimiento existente al momento de elaboración de la ley, sobre la adecuación de la medida, se atribuye al Legislador la facultad de elegirla. Percíbese: él puede, dentro de las varias medidas posibles, escoger la menos segura para la realización del fin inmediato pretendido. La discrecionalidad legislativa estructural, en fin, no se restringe por el deber de buscar la mejor solución.

2.3. Necesidad de la medida legislativa

Si la medida fuera considerada adecuada, ósea, si se supera el examen de adecuación, se pasa al examen de necesidad. ¿Qué es una medida *necesaria*? Es la que restringe con menor intensidad los principios constitucionales, entre las medidas igualmente idóneas para contribuir a alcanzar el fin inmediato pretendido. Se imponen aquí dos exámenes: investigar si existen otras medidas igualmente idóneas para fomentar el fin pretendido (*eficiencia de las medidas*); en caso que existan, verificar si entre ellas existe alguna que restrinja en menor intensidad el principio constitucional contrariado por la medida examinada (*grado de restricción de las medidas*)⁴⁸. Es eficiente, pues, la

⁴⁷ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 737-739.

⁴⁸ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 740 et seq.; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171.

medida que restringe en menor intensidad los principios constitucionales (mandatos de optimización) entre las igualmente eficientes.

Ocurre que las medidas pueden ser eficientes en diferentes aspectos. Según Bernal Pulido un medio alternativo puede ser tan o más eficaz que el medio legislativo para la obtención del fin inmediato (perspectiva de la eficacia); puede ser tan o más rápido (perspectiva temporal); puede contribuir a la realización de tantos o más aspectos relativos al fin pretendido (perspectiva de realización del fin); puede contribuir con tanta o más seguridad para la realización del fin objetivado (perspectiva de probabilidad)⁴⁹. De ahí la dificultad para considerar la medida legislativa *innecesaria*: debe haber otra medida que sea tan eficaz como ella en relación con los *cuatro aspectos*. Se percibe: no se impone al Legislador que elija la medida óptima. Basta que elija una medida que en relación a otras realice más intensamente uno de esos cuatro aspectos, para que la elegida por él sea considerada necesaria. Si hay una medida M2 que realiza más intensamente tres aspectos, pero menos intensamente un aspecto, la medida M1 es, en relación con ella, *necesaria*. De ello se extrae: hay una *amplia competencia discrecional legislativa* para la elección del medio⁵⁰.

El hecho de existir una medida alternativa que realice más intensamente los cuatro aspectos no significa por sí mismo que la elegida por el Legislador sea innecesaria. Deberes: la existencia de una medida tan eficaz o más eficaz que la medida legislativa en los cuatro aspectos mencionados es condición *necesaria*,

⁴⁹ Cf. BERNAL PULIDO, Carlo. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 745

⁵⁰ En las palabras de Bernal Pulido: "La exigencia de que el medio alternativo ostente un grado igual o superior de idoneidad em relación con el fin inmediato de la medida legislativa, desde la perspectiva de la eficacia, temporal, de la realización del fin y de la probabilidad, confiere al Legislador un más amplio margen de decisión, para adoptar el medio idóneo que considere más conveniente, de acuerdo con sus propias apreciaciones acerca de las circunstancias fácticas que rodean la expedición de la ley". (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 746).

pero *no suficiente* para la *innecesaridad* de la medida legislativa. Se exige además que la medida alternativa igualmente idónea sea menos restrictiva a otro principio constitucional que la elegida por el Legislador. La asertiva evidencia aún más la no vinculación a la mejor solución. El legislador puede optar por la medida menos idónea, siempre que la más idónea no sea menos restrictiva. Virgilio Afonso da Silva presenta una didáctica tabla relativa al examen de la necesidad, discriminando seis hipótesis⁵¹. Se añaden otros tres (hipótesis 7, 8 y 9 no previstas por él):

	Medida más eficiente en relación al objetivo inmediato	Medida menos gravosa en relación a bien o derecho protegido	La medida legislativa (M1), ¿es necesaria?
(1)	M1	M1	Si
(2)	M1	M2	Si
(3)	M2	M1	Si
(4)	M2	M2	No
(5)	M1 = M2	M1	Si
(6)	M1 = M2	M2	No
(7)	M2	M1 = M2	Si
(8)	M1	M1 = M2	Si
(9)	M1 = M2	M1 = M2	Si

La tabla tiene el mérito de evidenciar la innecesaridad de la imposición de la mejor medida. Incluso en la hipótesis (7) en que existe una medida alternativa más eficiente que la legislativa, pero también restrictiva, la medida legislativa se considera *necesaria*. Difícilmente, hay que reconocer, las medidas son restrictivas de manera *equivalente*. Se retoman aquí los cuatro aspectos referidos al examinar la adecuación: las medidas pueden ser restrictivas en diferentes grados de eficacia, rapidez y probabilidad del bien o derecho protegido constitucionalmente

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia*, op. cit., p. 174.

y pueden afectarlo en uno, algunos o todos los aspectos⁵². Se distinguen, por lo tanto, los casos fáciles de los casos difíciles. Por los fáciles, la medida alternativa contraría menos el derecho o bien protegido en todas las perspectivas o lo hace en algunas de ellas sin, en ese caso, realizarlo más en otras. Por los difíciles, la medida alternativa realiza el derecho o el bien protegido en alguna perspectiva, pero lo contraría más desde otro punto de vista⁵³. Se resuelve una vez más la discrecionalidad legislativa: basta que la medida legislativa sea menos restrictiva desde una perspectiva para ser considerada necesaria⁵⁴. Sin embargo, la existencia de un medio alternativo menos restrictivo en algún aspecto de lo que el medio legislativo genera argumentos contrarios a la proporcionalidad en sentido estricto de la medida legislativa⁵⁵.

2.4. Proporcionalidad en sentido estricto de la medida legislativa

Siendo la medida considerada adecuada y necesaria, se pasa al examen de la proporcionalidad en sentido estricto. En ella se realiza la *ponderación* de los valores en conflicto, el valor escogido por el Legislador (P1) y los valores contrariados por la medida elegida por el Legislador (P2, P3, Pn). Este análisis se divide en tres partes: en la primera se analiza el grado de realización de la finalidad mediata (P1), con vistas a la realización de la medida legislativa considerada adecuada y necesaria para obtener la finalidad inmediata escogida o establecida por el

⁵² Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 750.

⁵³ Idem, p. 750-751.

⁵⁴ Idem, p. 751.

⁵⁵ Es la cuadragésima primera regla enunciada por Bernal Pulido: "Cuando um medio alternativo sea más benigno que la medida legislativa solo en una o en varias, pero no en todas las perspectivas posibles, debe considerarse que dicha medida es necesaria. Sin embargo, la menor restricción que el medio alternativo proyecta sobre el derecho fundamental en dichas perspectivas debe ser tenida en cuenta en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto". (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 752).

Legislador (M1); en la segunda se verifica el grado de afectación de los principios constitucionales en juego (P2, P3, Pn) por la ejecución de la medida legislativa; por la tercera se verifica si el grado de realización de P1 por M1 justifica la afectación de P2, P3, Pn, siendo M1 proporcional en sentido estricto y, pues, pasible de ser ejecutada, o si se hace necesario sustituir M1, por M2, M3, Mn, o simplemente no realizar ninguna medida de concreción de P1⁵⁶.

La ponderación se rige por la *primera ley de la ponderación*, o *ley material de la ponderación*, y por la *segunda ley de la ponderación*, o *ley epistémica de la ponderación*, ambas propuestas por Robert Alexy. Por la primera: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tendrá que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁵⁷. Por la segunda: “cuanto más pesada sea la intervención en un derecho fundamental, tanto mayor tendrá que ser la certeza de las premisas en las que esa intervención se basa”⁵⁸. Alexy propone evaluar el grado de satisfacción (S) y afectación (A) de los principios por medio de un modelo triádico: leve (l), medio (s) y serio (s). En un conflicto entre dos principios (P1 y P2) hay nueve posibilidades⁵⁹:

⁵⁶ Con algunas variantes: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 594; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 765.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 167 e p. 593.

⁵⁸ Idem, p. 617.

⁵⁹ ALEXY, Robert. A fórmula do peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 145. Alexy observa ser possível pensar-se em modelos mais refinados como um modelo triádico duplo de nove variáveis: ll, lm, ls, ml, mm, ms, sl, sm, ss (ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 609; Sobre los derechos constitucionales a protección, op. cit., p. 63). Evidente que quanto mais se refina o modelo, mas controverso e problemático se torna utilizá-lo. É mais difícil afirmar que uma medida satisfaz ou afeta um valor de modo moderadamente sério (ms) ou levemente sério (ls) do que afirmar que ela o satisfaz ou afeta de modo sério (s). Ainda que se queira enfrentar a dificuldade há, reconhece o aclamado constitucionalista, um limite racional: não é racionalmente possível entender o que significa algo “sério e levemente moderado (mls)”. (Sobre los derechos constitucionales a protección, op. cit., p. 63).

1) SP1: s, AP2: l	4) SP1: l, AP2: s	7) SP1: l, AP2: l
2) SP1: s, AP2: m	5) SP1: m, AP2: s	8) SP1: m, AP2: m
3) SP1: m, AP2: l	6) SP1: l, AP2: m	9) SP1: s, AP2: s

En las tres primeras posibilidades (1, 2 y 3) la medida legislativa es proporcional en sentido estricto, pues P1 prevalece sobre P2 ($P1 > P2$), siendo, en el plano abstracto (*prima facie*, a depender del examen del caso concreto), apta que se ejecutará. En las tres siguientes (4, 5, 6), la medida legislativa es desproporcionada, debiendo ser sustituida por otra medida o, dependiendo del caso, ser dejada de lado, pues P2 prevalece sobre P1 (P1). En las tres siguientes (7, 8, 9), se configura un impasse ponderado y, por tanto, una *discrecionalidad legislativa estructural*: corresponde al legislador elegir si satisface P1 y afecta P2 o satisface P2 y afecta P1⁶⁰. Como él eligió satisfacer P1, la medida legislativa es considerada proporcional en sentido estricto, siendo, en el plano abstracto, apta para ser ejecutada.

Dos factores interfieren en la ponderación de los principios: a) los diferentes pesos abstractos que poseen; b) el grado de conocimiento de las premisas fácticas⁶¹. Por un lado, los principios, en el plano abstracto, poseen diferentes pesos. Por supuesto, no es posible afirmar que la dignidad de la persona humana posee, en el plano constitucional, una importancia equivalente a la economía. En consecuencia, los diferentes pesos abstractos interfieren en la ponderación. Por otro lado, como ya se ha afirmado, el sistema jurídico no exige que haya certeza sobre las premisas fácticas para la imposición de una medida de protección de un principio constitucional. El

⁶⁰ “Para a questão da discricionariedade estrutural os casos de impasse são de especial interesse. Neles o peso concreto de P1 é sempre igual. Isso expressa ideia de uma equivalência de valores para todos os casos de impasse. Essa equivalência do impasse no sopesamento é a razão para a discricionariedade estrutural”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 606).

⁶¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 604 e 619; *A fórmula do peso*, op. cit., p. 148-152.

legislador puede fijar la medida en el plano abstracto incluso ante una incertidumbre sobre las premisas fácticas. Sin embargo, el grado de incertidumbre interfiere en la ponderación, pues cuanto mayor es la incertidumbre, menos autorizado está a establecer la medida.

Estos factores evidencian que la tercera fase del examen de la proporcionalidad en sentido amplio es la más compleja. Escapa a los límites de este estudio examinarlos más profundamente. Interesa aquí evidenciar las diferencias entre la *proporcionalidad legislativa* y la *proporcionalidad administrativa* teniendo en cuenta las significativas diferencias entre la *discrecionalidad legislativa* y la *discrecionalidad administrativa*. Por lo que se expone hasta aquí es posible dar el paso siguiente.

3. Discrecionalidad administrativa

Discrecionalidad, como hemos ya afirmado, es la posibilidad de escoger válidamente entre dos o más alternativas. El elemento fundamental del concepto es el adverbio “válidamente”. En el caso, si el agente público elige la alternativa “A”, su elección será válida; si elige la alternativa “B”, su elección también será válida. Impugnada la decisión, otro agente público, en el ejercicio del control de legitimidad, no puede considerar inválida la elección de la alternativa “A” porque no se eligió la alternativa “B” y viceversa. En estas situaciones, el Derecho admite ambas posibilidades e imputa la elección al agente competente. Es la llamada *competencia discrecional*⁶².

La razón filosófica de la discrecionalidad es la posibilidad de valoraciones subjetivas. No toda valoración es objetiva: si, por un lado, hay valoraciones cuya corrección es independiente de la opinión de las personas, de modo que debe ser impuesta también a quien no concuerda, por otro, hay valoraciones cuya

⁶² Sobre el tema ver nuestro *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., Cap. 183-185. Retomamos o tema em nosso *Ato administrativo*. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Tratado de direito administrativo – v. 5*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 118-126.

corrección depende de la opinión de cada uno⁶³. La razón jurídica de la discrecionalidad es el pluralismo político: cuando la valoración es subjetiva el derecho reconoce la subjetividad e imputa la elección al agente competente. La decisión, en ese caso, no está dictada por la correcta interpretación del derecho (por un juicio cognitivo), sino, por la voluntad del agente competente (juicio volitivo). En los términos ya estudiados, esa posibilidad de elección se configura en el ejercicio de la función legislativa. No se restringe a ella: se configura también, y el reconocimiento es mucho menos controvertido, en el ejercicio de la función administrativa.

En mi “Efectos de los vicios del acto administrativo” proclamé la identidad ontológica entre la discrecionalidad legislativa y la discrecionalidad administrativa⁶⁴. Me preocupaba en oponerme a la posición mayoritaria que simplemente negaba el concepto de discrecionalidad del Legislador. Como él ejerce función, no puede ser considerado *libre* para decidir; sus elecciones no pueden ser consideradas *arbitrarias*, fundadas en el arbitrio. Hoy percibo que, si, por un lado, acerté al afirmar el concepto, por otro, erre al afirmar la identidad ontológica. Las discrecionalidades no difieran solamente en grado, sino también cualitativamente. Por fuerza de la *legalidad* la discrecionalidad

⁶³ Es errado suponer que toda valoración resulta en una decisión que pueda ser considerada justa independientemente de la opinión de cada uno. Hay que reconocer a Edmund Bernatzik, en los términos expuestos por Afonso Rodrigues Queiró: “na aplicação do direito, como também em qualquer outra esfera de actividade lógica do espírito, há um limite além do qual terceiras pessoas deixam de poder avaliar da justeza da conclusão obtida. Por conseguinte, essas terceiras pessoas podem ser de outra opinião, mas não podem legitimamente pretender que só elas tenham uma opinião justa e que a das outras pessoas seja falsa: se o pretendessem, não teriam a generalidade a dar-lhes razão”. (BERNATZIK, Edmund. *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, 1886, p. 1-46 *apud* QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1948, p.121-122). No mesmo sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariiedade administrativa e controle jurisdiccional*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 42-43. Eis o campo da discricionariiedade: o campo em que a *justiça é subjetiva*. Quando a valoração sobre a justiça for *objetiva*, e independer da opinião de cada um, cessa a *discricionariiedade*. Sobre o tema vide nosso *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, Cap. II-7.3, p. 70-72; Cap. IV-8.5, p. 205-211.

⁶⁴ *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 47.

administrativa es *cuantitativamente* diferente de la legislativa: si el Legislador es restringido apenas por la Constitución, el Administrador público es restringido por la Constitución y por las leyes. El ámbito de la discrecionalidad administrativa, por fuerza de la legalidad, es sensiblemente más estrecho que el ámbito de la discrecionalidad legislativa. Por fuerza de la *buena administración* la discrecionalidad administrativa es *cualitativamente* diferente de la legislativa. Antes de explicar la diferencia cualitativa y, por tanto, rectificar el equívoco del pasado, se hace necesario un breve análisis de la relación entre la legalidad y la proporcionalidad.

3.1. *Proporcionalidad administrativa y legalidad*

Siempre que el Legislador adopta una decisión, y fija una medida de efectivización (M1) de un valor constitucional (P1), se refiere al principio formal que da primacía a las ponderaciones legislativas (Pfl)⁶⁵. Es formal porque es independiente del contenido legislativo. De este modo, en virtud del principio democrático y de la separación de los Poderes, hay una norma en el sistema por la cual las decisiones del Legislador deben ser, *prima facie*, respetadas. El administrador público, en un caso concreto, cuando realiza una ponderación, no debe tener en cuenta sólo el principio concretado por la ley (P1) y el principio

⁶⁵ Sobre la teoría de los *princípios formais* vide nosso *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*, op. cit., p. 39 et seq. Foi pioneiramente elaborada por ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 611 et seq. Segundo Robert Alexy: "A definição de comandos de otimização como 'normas que exigem que algo seja realizado na máxima medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas' aplica-se a princípios formais do mesmo modo que a princípios materiais. A diferença entre esses dois tipos de princípios se limita àquilo a que a palavra 'algo' se refere, ou seja, ao objeto da otimização. A *diferentia specifica* dos princípios materiais é que seus objetos de otimização são determinados conteúdos, como, por exemplo, a vida, a liberdade de expressão, o mínimo existencial e a proteção do meio ambiente. Em contraste, os objetos de otimização de princípios formais são decisões jurídicas, independentemente de seus conteúdos. Princípios formais exigem que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada". (ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (org.). *Robert Alexy: princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 13).

contrariado por ella (P2). Se impone, por fuerza de la legalidad, que tenga en consideración el peso atribuido por el principio formal que da primacía a las ponderaciones legislativas. Por lo tanto, debe considerar P1 + Pfl y P2. Dónde: como regla general, debe cumplir la ley, teniendo en cuenta el significativo peso de Pfl. Excepcionalmente, sin embargo, a la luz de las circunstancias fácticas, puede ser que el principio opuesto (P2 > P1 + PF) tenga más peso que la suma. En ese caso, deberá apartar la ley o sustituir la medida legislativa por otra. Entonces, la legalidad no transforma la Administración Pública en una ejecutora mecánica de los comandos legales⁶⁶.

Justamente por fuerza del principio formal que da primacía a las ponderaciones legislativas, aunque la medida legislativa no se la mejor, teniendo en vista otras existentes, la Administración, como regla general, debe cumplirla. Conforme he anticipado, el sistema normativo no impone al Legislador que elija la mejor medida. Medida legislativa adecuada y necesaria no significa la medida que mejor realice, dentro de las existentes, el fin inmediato, y el fin mediato objetivado. La discrecionalidad estructural y epistémica es compatible con la elección de la peor medida. Luego, por fuerza del principio formal que da primacía a las ponderaciones del Legislador, el Administrador debe, por regla general, ejecutar la medida legislativa, aunque, a la luz del caso concreto, existan otras medidas más adecuadas para la finalidad pretendida. La legalidad restringe, evidentemente, la *actuación administrativa*.

De la misma forma que existe un principio formal que garantiza el respeto de la elección del Legislador, también existe un principio formal que garantiza el respeto a la elección del administrador público (Pfa). He propuesto dos leyes respecto de ese principio. 1) Para la primera, a la que llamé como *ley de la discrecionalidad administrativa*, cuanto más incompleto se el mandato legal, más peso tiene el principio formal que da primacía a las ponderaciones administrativas (Pfa) y menos

⁶⁶ Cf. nuestro *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., Cap. III-2.5, p. 93-94.

peso tiene el principio formal que da primacía a las ponderaciones administrativa (Pfa)⁶⁷. Así Pfa es más pesado cuando el Legislador se vale de conceptos vagos o indeterminados, de cuando se vales de conceptos precisos. Del mismo modo, Pfa es más pesado cuando el Legislador atribuye a la Administración la elección entre dos o más alternativas –sea en la descripción legal de la hipótesis, sea en la descripción legal del mandato normativo–, que cuando no le asigna elección⁶⁸. 2) Para la segunda, que llamaré aquí ley de sujeción especial: en las relaciones de especial sujeción el principio formal que da primacía a las ponderaciones administrativas (Pfa) tiene mayor peso que en las relaciones generales de sujeción⁶⁹.

Las ponderaciones del Legislador del principio formal que da primacía a las ponderaciones legislativas simplemente no actúa. De allí la significativa diferencia de grado entre discrecionalidad legislativa y la discrecionalidad administrativa (cuantitativa). Por eso, se reconoce: la actuación administrativa sin base en ley es *excepcional*. Cuando no existe ley, el principio formal que da primacía a las ponderaciones legislativas hace crecer el peso del principio efectivizado por la omisión estatal (P1 + Pfl), como, entre otros, la *libertad negativa*. Así, cuando no hay ley, siempre incide el Pfl⁷⁰. En conclusión: tanto la actuación administrativa sin base en ley, como la actuación legislativa *contra legem*, teóricamente posible, son restringidas por el peso del Pfl y, por fuerza de él, son excepcionales.

⁶⁷ Idem, Cap. VI-5.4, p. 182; *Um diálogo sobre a justiça*, op. cit., Cap. IV-8.5, p. 209.

⁶⁸ Una ley completa genera, en estos términos, apenas un *indicio* de vinculación es una ley incompleta un *indicio* de discrecionalidad. Por eso, la *fuerza* de la *discrecionalidad administrativa* es el Derecho y no el Legislador: aunque el emisor de la ley quiera establecer la discrecionalidad en el plano abstracto, y bien posible que en el plano concreto el Derecho admita apenas una solución, configurándose una competencia vinculada. Cf. nuestro *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., Cap. VI-5.3, p. 180-181.

⁶⁹ Cf. nuestro *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 310.

⁷⁰ Cf. nuestro *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., Cap. VI-4.2 e 4.3, p. 163-166.

3.2. Proporcionalidad administrativa y buena administración

Para el llamado *deber de buena administración*, frente a dos alternativas, la Administración está obligada a escoger la alternativa mejor para el interés público. Él fue pioneramente tratado por Guido Falzone que, en su clásica monografía, lo definió en estos términos: “L’esigenza di buona amministrazione per gli enti pubblici infatti, si sostanzia nella necessità che l’interesse pubblico, che costituisce il fine dell’attività amministrativa, sia sempre perseguito e nel modo migliore”⁷¹. En la doctrina brasilera el tema fue difundido por Celso Antônio Bandeira de Mello, en estos términos: “siendo correctas –como ciertamente lo son- las lecciones de Guido Falzones, según quien existe un deber jurídico de buena administración y no apenas un deber moral o de Ciencia de la Administración, porque la norma solo quiere la solución excelente, si no fuera esta la adoptada habría pura y simplemente violación de la norma del Derecho, lo que permite la corrección jurisdiccional, de lo que sería un vicio de legalidad”⁷².

Ambos autores restringen la *buena administración* a la atribución *discrecional* de la Administración⁷³. En verdad, ellos se refieren a las hipótesis en que la ley determina la actuación de la Administración, más no impone la medida a ser ejecutada. Y la razón es evidente: la legalidad, en esos casos, es un

⁷¹ FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 72.

⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdiccional*, op. cit., p. 37.

⁷³ FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*, op. cit., p. 82. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “É exatamente porque a norma legal só que a solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas, que, ante o caráter polifacético, multifário, dos fatos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador — que é quem se confronta com a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio — certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal. Então, a discricção nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente”. (*Discricionariedade administrativa e controle jurisdiccional*, op. cit., p. 35).

obstáculo a la incidencia del postulado de la buena administración. Retomando: no se impone al legislador escoger la medida óptima. Él puede elegir la medida que no se la mejor, teniendo en vista las demás existentes. Se establece en la ley una medida que no sea la mejor, incidirá el principio formal que da primacía a las ponderaciones legislativas (Ffl), obligando, por regla general, a la Administración a ejecutarla, aunque en el plano concreto existan otras medidas más adecuadas. Si la buena administración rigiese toda la actuación de la Administración, siempre que, a la luz de las circunstancias fácticas del caso concreto, otra medida se configurase más eficaz en algunos de los aspectos señalados (*eficacia, rapidez, seguridad, efectividad*), en relación a la medida legislativas, debería la Administración sustituirla. La buena administración importaría, entonces, la *muerte* de la legalidad.

La no incidencia de la buena administración en esos casos de fijación legislativa de la medida a ser exceptuada (impropiamente llamados de competencia vinculada)⁷⁴ debe ser parcialmente revisada. En la legalidad, la confianza del Legislador era casi absoluta. Ante eso, se negaba la posibilidad de una actuación legislativa al margen o en contra de la ley. En el neoconstitucionalismo, en los términos brevemente expuestos, la actuación administrativa no está amparada en *previa ponderación del legislador* y, aunque excepcionalmente, admitida. El Administrador debe efectuar la ponderación a la luz del caso concreto y si P2 fuera más pesado que PI+PF debe: a) ejecutar una medida no prevista en la ley (en la falta de la ley); b) sustituir o dejar de lado la medida legislativa (en la presencia de la ley).

La existencia de una medida mejor, en el plano concreto, es un indicio de que la ponderación legislativa debe ser relegada. Eso no significa que habiendo una medida mejor siempre deba ser descartada la ponderación legislativa; la legalidad,

⁷⁴ En los términos anteriormente afirmados la completitud normativa es apenas un indicio de vinculación.

es menester insistir, muchas veces exige la ejecución de una medida legislativa, más allá que ella no se la mejor. Hecha esta advertencia, que reconoce: la legalidad no es una regla absoluta, como el Derecho quiere siempre la óptima solución, muchas veces la ponderación del Legislador, a la luz del caso concreto, debe ser parcial o totalmente desechada. Es posible, pues, establecer la siguiente regla: cuanto menos idónea es la medida legislativa, comparada con otras existentes, menos peso tiene el principio formal que da primacía a las ponderaciones legislativas⁷⁵. Esa es la *ley de la buena administración en vista de la medida legislativa*.

En los casos en que la medida es elegida por la Administración, la incidencia del principio de la buena administración no encuentra obstáculos: siempre que se abra la posibilidad de escoger al agente administrativo, él está obligado a elegir la *mejor alternativa*. La necesidad de observar el principio formal que da primacía a las ponderaciones legislativas, por fuerza del *principio de legalidad*, diferencia la *ponderación administrativa* –y, pues la proporcionalidad en sentido estricto del acto administrativo– de la *ponderación legislativa* –y, pues, la proporcionalidad en sentido estricto de ley. La buena administración es importante en la diferenciación aún más significativa. Por esa razón, acierta la doctrina al enfatizar que el examen de proporcionalidad a la luz del caso concreto difiere del examen de proporcionalidad en el caso abstracto⁷⁶. Siempre que el

⁷⁵ Observa con absoluto acierto José Roberto Pimenta Oliveira: “Se a ponderação legal é legítima (constitucional), em linha de princípio, há de prevalecer nos casos concretos. Esta conclusão deve ser matizada, pois não se podem eliminar os casos em que da proporcionalidade *in abstracto* da disciplina legal que autoriza o proceder administrativo não derive automaticamente a proporcionalidade *in concreto*, frente a múltiplas situações polifacéticas que enfrenta a atividade administrativa”. (*Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo*, op. cit., 58).

⁷⁶ Por todos, afirma Carlos Bernal Pulido: “Desde un punto de vista frontalmente distinto, el examen del medio más benigno también suscita dificultades a la hora de determinar si es preciso que el medio alternativo sea más benigno, comparado en abstracto o en concreto con la medida legislativa. Para tratar este aspecto debe introducirse la diferencia entre dos niveles de aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido amplio: el nivel de

agente administrativo establezca una medida de excepción (y no simplemente ejecuta una medida legislativa) debe elegir la mejor. Esta es la ley de la *buen administración en vista de la medida administrativa*.

En los términos ya explicados, la discrecionalidad se configura cuando, a la luz de un caso concreto, el Derecho admite dos o más posibilidades e imputa la elección al agente administrativo. No resulta correcto afirmar que la *ley de la buena administración en vista de la medida administrativa* sólo incide en la competencia discrecional. Ella incide siempre que la medida sea fijada por la Administración y no por el Legislador. En efecto, la elección de la medida por la Administración (y no la ejecución de la medida legislativa) se da en tres hipótesis:

A) Cuando la propia ley atribuye a la Administración la competencia para ejercer el medio de realización. En ese caso, son posibles dos hipótesis; A1) la ley fija varios medios y atribuye al agente público la competencia para escoger uno de ellos (incompletitud legal relativa); A2) la ley no establece el medio y atribuye al agente público la competencia para establecerlo (incompletitud legal absoluta). En el primer caso la ley describe la medida M1, M2, Mn e imputa la elección de una de ellas al agente administrativo; en el segundo caso la ley no describe medida alguna, determinando la elección al agente administrativo.

B) Cuando la ley fija una medida a ser ejecutada por la Administración y, a la luz del caso concreto, excepcionalmente, la ponderación del Legislador es parcialmente apartada ($P2 > P1 + PFI$ – regla legislativa), exigiéndose la sustitución de la medida legislativa por otras más idóneas.

C) Cuando no existe ley, más a la luz del caso concreto, excepcionalmente, la ponderación efectuada por la Administración

control abstracto de la constitucionalidad de las leyes, mediante el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, y el nivel de control concreto de aplicación de las leyes y control de los actos de la Administración y del Poder Judicial, que tiene lugar mediante recurso de amparo". (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 755).

exige el dictado de un acto administrativo que concrete un principio constitucional ($P2 > P1 + PFI$ – omisión legislativa).

Si en la primera hipótesis (A) no hay un apartamiento del principio formal que da primacía a la ponderación del legislador; en las demás (B y C) en consecuencia de ese alejamiento, excepcional. En esas tres hipótesis, es posible que a la luz del caso concreto el Derecho sólo admita una medida (competencia vinculada) y es posible que el derecho admita dos o más medidas (competencia discrecional). La *buena administración* puede o no, dependiendo del caso concreto, eliminar la discrecionalidad. Es fundamental percibir que el Derecho impone al agente administrativo la ejecución de la *mejor medida*, vale decir, a la que contribuye con máxima eficacia, rapidez y seguridad para la realización del fin inmediato pretendido y que lo realiza en la mayor medida posible. No basta, para que la medida administrativa sea considerada adecuada, que ella facilite la realización del fin con cualquier eficacia, rapidez, plenitud y seguridad. Por fuerza de la *buena administración* se impone la *versión fuerte de adecuación*.

Es posible que se configure la discrecionalidad; una medida (M1) que contribuya en un grado más rápido a la realización del fin, y otra medida (M2) que contribuya con un grado mayor de eficacia. Dependiendo del caso concreto, es razonable y justo tanto buscar algo más rápido como buscar algo más eficaz. Ante la situación agónica, el Derecho imputa la elección al agente competente, cabiéndole escoger entre la medida M1 y la medida M2. Sin embargo, percíbase: siempre que fuera posible afirmar, ante el caso concreto, que M1 es más idónea que M2, estará descartada la discrecionalidad. En suma: el Derecho exige que la Administración elija la mejor medida.

Al legislador, como hemos antes explicado, le basta con elegir una medida que fomente la realización del fin. Al revés, como la Administración decide a la luz del caso concreto, no basta que la medida fomente la realización del fin, ella debe procurar escoger una que realiza el fin pretendido. Así, si M1 realiza el fin y M2 fomenta el fin, se impone la elección

de M1. Conforme expliqué en el pasado: la regla de que la adecuación de la medida debe ser examinada a partir de una perspectiva *ex ante* sólo se aplica si las reglas administrativas abstractas y las normas administrativas concretas cuyos efectos se examinen después de su aplicación⁷⁷. En relación con las normas administrativas concretas cuyos efectos se examinen después de la aplicación, constatado que el juicio inicial fue equivocado o que, en consecuencia, de eventos futuros, ellas se tornaran inadecuadas al fin pretendido, se impone la extinción o modificación del acto administrativo. El juicio de adecuación acompaña toda vigencia de la norma administrativa concreta, no siendo restringido al momento de su emisión.

Se abre a la Administración la posibilidad de una *discrecionalidad epistémica*. En el ejemplo que di en otra oportunidad, para clausurar un inmueble que amenaza ruina, no se exige que la administración tenga certeza sobre el momento en que ocurrirá la ruina⁷⁸. Incide aquí la segunda ley de ponderación: cuanto mayor es la probabilidad de ruina, más está autorizada la Administración a clausurar el inmueble; cuanto menor probabilidad de ruina, menos estará autorizada. En efecto: se admite el actuar administrativo a partir de la *incerteza de las circunstancias fácticas*. Sin embargo, la *discrecionalidad epistémica legislativa* no es equivalente a la discrecionalidad epistémica administrativa: se puede exigir más certeza en relación a las premisas empíricas de quien actúa en el plano concreto en relación a quien actúa en el plano abstracto.

La doctrina diferencia tres *intensidades de control* en relación a la certeza sobre las premisas empíricas relevantes; a) el *control de evidencia*, cuando no fuera posible tener total seguridad sobre las premisas y, ante la incerteza se admite la actuación estatal; b) el *control de intensidad medio*, que exige un mayor grado de certeza sobre las premisas empíricas; c) *control sustancial intensivo*, que exige una certeza absoluta sobre

⁷⁷ Cf. nuestro *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., Cap. VI-9.4, p. 233-234.

⁷⁸ Idem, p. 232.

ellas⁷⁹. Si en el ejercicio de la función legislativa, se admite, muchas veces, el control de evidencia, en la instancia administrativa ese control es, por regla general, insuficiente.

Siempre que fuera posible para la Administración tener certeza sobre las premisas empíricas al momento del dictado del acto administrativo, se impone el *control substancial intensivo*. Cuando no fuera posible tener certeza sobre las premisas, se impone el *control de intensidad media*. Si para la clausura del predio no se exija certeza sobre el momento de la ruina, se exige demostración efectiva de la probabilidad de que ella ocurrirá. El *principio de precaución*, como bien explica Juárez Freitas, incide en la instancia administrativa, exige que la Administración actúe igual ante la incertidumbre⁸⁰, a diferencia de lo que ocurre con la *prevención* en que se exige la certeza⁸¹. Más no bastan temores “excesivo o irrazonables”⁸², vale decir, se impone el control de intensidad media, no bastando el control de evidencia.

Referencias bibliográficas

- ALEXYY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- Sobre los derechos constitucionales a protección. In: MANRIQUE, Ricardo García (org.). *Robert Alexy: derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 45-84.

⁷⁹ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 737.

⁸⁰ “O princípio constitucional da precaução, igualmente dotado de eficácia direta, estabelece (não apenas no campo ambiental) a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundadamente temidos (juízo de forte verossimilhança)”. (FREITAS, Juárez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 98).

⁸¹ “No cotejo, pois com o princípio da prevenção, a diferença sutil reside no grau estimado de probabilidade da ocorrência do dano (certeza versus verossimilhança)”. (FREITAS, Juárez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, op. cit., p. 100).

⁸² Idem, ibidem.

- Direitos individuais e bens coletivos. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 176-198.
- A fórmula do peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 131-153.
- Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (org.). *Robert Alexy: princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 3-36.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. *Prólogo*. In: FERNÁNDEZ NIETO, Josefa. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*. Madrid: Dykinson, 2008, p. 23-26.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 371-390.
- *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.
- CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- *A norma iusfundamental*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* (RBDC), São Paulo, v. 4, p. 526-576, jul.-dez 2004.
- *Ato administrativo*. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Tratado de direito administrativo* – v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 27-359.
- ; PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed., 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 197-313.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PORTO EDITORA. *Dicionário alemão-português*. 2. ed. Porto: Porto Editora, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1948.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. 1. ed., 2. tir. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

— *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Traducción de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.