

## EL LEGISLADOR Y SU DISCRECIONALIDAD

Por Estela B. Sacristán<sup>1</sup>

El Estado no puede ser concebido sino como un sujeto de existencia necesaria en tanto la misma, sumada a un adecuado funcionamiento, permite llevar adelante la vida en sociedad, mediante la actividad de órganos y entes que, de una manera u otra, deben tender al bien de la sociedad. En otras palabras, el Estado – en sentido lato- es una persona puesta a nuestro servicio. De tanto en tanto, votamos a quienes integran sus órganos de renovación periódica; otras, votamos a quienes los nombran o votamos a quienes dan su acuerdo.

Uno de esos órganos es el órgano legislativo, encargado, en lo principal, de emitir actos de alcance general llamados leyes. Para generar esos actos de alcance general el legislador evalúa la realidad que lo rodea y, de tanto en tanto, “recorta” un aspecto de esa realidad, para, de alguna forma, reglarlo, normarlo, regularlo, con efectos generales o impersonales.

Tendemos a pensar que los órganos estatales tienen un poder finito: su competencia se hallaría limitada. En el caso del Poder Legislativo, el art. 75 de la Constitución Nacional enumera sus múltiples competencias, dejándole, inclusive, desde el punto de vista objetivo, la puerta abierta para el ejercicio de otros poderes implícitos en esa enumeración. En conjunción con lo que se decía en el párrafo precedente, la evaluación de la realidad que hace el legislador, previo a tratar y debatir leyes, es mirar la realidad implícitamente enumerada en ese extenso artículo 75 y, centrando la mirada en ella, sancionar, tal vez, una ley.

Empero, nadie dudaría de que el legislador congresional tiene, más allá de las competencias que subjetiva y objetivamente le asigna la Norma Fundamental, un cierto margen de apreciación de la realidad. Puede mirar este aspecto de la realidad, o aquel otro. Los ángulos parecerían infinitos. La realidad parecería poder ser recortada de muchas maneras.

Si la competencia no fuera de ejercicio obligatorio, el legislador podría saber que hay una deuda y no arreglar su pago; podría ver que la moneda se está envileciendo y no velar por el cuidado de su valor; podría saber que hace falta tal o cual medida de fomento en una provincia y no legislarla. Pero como la competencia es de ejercicio obligatorio (arg. art 3, L. 19549), sabe que debe disponer ese pago; velar por el valor de la moneda; o mantener a las provincias en un pie de igualdad. Mas el cómo, el cuánto, el para qué, el por cuánto, etc., parecerían ser todos aspectos librados al margen de discrecionalidad del legislador.

¿Salvamos las cuentas públicas privatizando? ¿las salvamos nacionalizando?; ¿atamos el peso a una divisa extranjera? ¿desatamos esa convertibilidad?; ¿declaramos la emergencia delegando poder? ¿omitimos prorrogar la emergencia recuperando poder?; ¿legislamos sobre seres humanos y personas humanas, o legislamos también sobre personas no humanas y seres no humanos?; ¿Incluimos a los simios entre los seres no humanos o personas no humanas declarándolos personas al fin?

Preguntas de este tenor –que debe o debería hacerse el legislador- no hacen sino hacernos conscientes de que es menester mirar no sólo lo que las leyes dicen, sino cuál es el margen de discrecionalidad disponible para el legislador. La fijación de tal margen es trascendente.

En otras épocas, en Reino Unido, se creía que el Parlamento era soberano. Por supuesto, fueron épocas anteriores a la construcción del Derecho comunitario europeo, y anteriores al movimiento de devolución de poderes a Escocia y a la adopción del modelo estadounidense de máximo tribunal de Justicia alojado por fuera de la estructura parlamentaria.

En ciertas épocas, también el Congreso argentino ha actuado cual su par soberano británico: ha anulado leyes (las denominadas leyes de obediencia debida y punto final) cuando tal poder lo tienen los jueces, declarando la invalidez de una ley en el caso; ha repudiado deudas (caso de los holdouts) sin parar mientes en los derechos adquiridos; ha consagrado, en el nuevo Código Civil y Comercial, personas humanas e, implícitamente, personas no humanas; y seres humanos y, por exclusión, seres no humanos, abandonando la antigua categorización y definición de las personas de existencia visible, generando obscuridades interpretativas muy significativas y preocupantes.

Todo este ejercicio de aparente “libertad” legislativa tiene que ser sopesado cuidadosamente.

<sup>1</sup> Profesora de Derecho Administrativo (UCA), Doctora en Derecho (UBA) y becaria postdoctoral (UCA).

---

Los órganos y entes estatales –al igual que los órganos de una persona jurídica privada- no tienen libertades: tienen competencias. He aquí una primera limitación pues las competencias, en una república, tienen que tener algún andamiaje normativo (las normas, a su vez, se publican, con lo que las competencias pueden ser conocidas) o alguna sólida costumbre –esencialmente compartida- que las avale, tradición, que a su vez, tendría que ser también conocida y cognoscible. Ambas –normas, costumbre- acarrearán límites, que el legislador aplicará *ex ante*, en ocasión de desempeñar sus funciones.

¿Qué otros límites a las competencias legislativas del Congreso podemos considerar?

El límite propio de un estado constitucional es la Constitución misma, y se corporiza mediante el control de constitucionalidad. Caso por caso, ante el planteo específico, los jueces, *ex post*, pueden evaluar si la discrecionalidad fue ejercida a juego con la Constitución o no. De tal modo, la posibilidad de este control posterior limitará, naturalmente, al legislador. Pero tal modo de pensar parecería casi kelseniano: la amenaza de sanción de invalidez por inconstitucionalidad sería el móvil para la actuación discrecional limitada del legisferante.

Consideremos, entonces, otro límite: la interpretación restrictiva de la norma atributiva de competencia. Por cierto, esta posibilidad implicaría la interpretación restrictiva del propio último inciso del art. 75, Const. Nac., que los consagra.

Otro límite proviene a la prudencia con que debe ser ejercida la discrecionalidad. Tal afirmación se justifica, en primer lugar, en el alcance general del acto que eventualmente se dicte (ley): a mayor alcance, mayor prudencia en el ejercicio de la discrecionalidad, y las leyes son los actos generales por autonomía. En segundo lugar, la prudencia como límite a la discrecionalidad se justifica en algo básico de la acción humana: ésta debe ser prudente, es decir, se debe “saber qué perseguir y qué evitar”, lo cual conlleva conocer la realidad antes de actuar. En tercer lugar, también limitará la discrecionalidad el juicio, que el propio legislador efectúe, antes de actuar, decidiendo adoptar tal o cual curso de acción.

Más allá de estas alternativas, consideremos que hoy es imposible negar la posibilidad de que haya un control, siquiera *ex post*, de la discrecionalidad desplegada por el legislador. A modo de ejemplo, tal vez a comienzos del siglo XX se pudo considerar sagrada la declaración de emergencia efectuada por un Congreso. Hoy, se puede corroborar que la declaración del legislador encuentre “debido sustento en la realidad”– (“Avico”, Fallos: 172:21; “Nadur”, Fallos: 243:449; “Videla Cuello”, Fallos: 313:1638; entre otros), tal como la propia Corte Suprema lo estableciera en “Consumidores Argentinos”, Fallos: 333: 633, considerando 11, del 2010. Se ha abierto, así, una importante senda por la que se puede controlar, siquiera *ex post*, la discrecionalidad del legislador, al menos en punto a las declaraciones que efectúa.