

**PRUDENTIA IURIS N° 78**

Revista de la Facultad de Derecho de la  
Pontificia Universidad Católica Argentina  
"Santa María de los Buenos Aires"



**Diciembre 2014**

**UNA APROXIMACIÓN A LOS LÍMITES  
DE LA DISCRECIONALIDAD DEL LEGISLADOR**  
*An Approach to the Limits on the Discretion of the Legislator*

Estela B. Sacristán<sup>1</sup>

**Resumen:** Los actos de alcance general que emiten los diversos poderes del Estado –emanados de un legislador concebido *latu sensu*– pueden ser visualizados de dos maneras. Por un lado, se los puede considerar como emanados de un legislador que no tiene límites en su discrecionalidad; por el otro, como emanados de un legislador que se halla sujeto, en su discrecionalidad, a importantes limitaciones, de carácter inmutable y de plena actualidad. El presente trabajo destaca y ejemplifica las insuficiencias de las doctrinas de la no limitación de la discrecionalidad del legislador, y pone en primer plano los elementos iniciales para limitar esa discrecionalidad en la enseñanza tomista.

**Palabras claves:** Legislador - Actos de alcance general - Ley - Discrecionalidad - Límites - Inexistencia de límites - Existencia de límites - Competencia - Coordinación - Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

**Abstract:** The rules that are issued by the various branches of government –made by a legislator considered *latu sensu*– can be seen in two different ways. On the one hand, they can be considered as issued by a legislator that has an unlimited discretion; on the other hand, they can be seen as issued by a legislator whose discretion is subject to important limitations, of an unchanging nature, applicable even today. This paper highlights and exemplifies the way in which the unlimited legislative discretion doctrines are insufficient, and brings to a spotlight the initial elements to limit that discretion under Aquinas's teachings.

**Key-words:** Legislator - Rules - Law - Discretion - Limitations - Unlimited discretion - Limited discretion - Authority - Coordination - Argentine Supreme Court caselaw.

<sup>1</sup> Doctora en Derecho (UBA). Profesora de Derecho Administrativo y becaria posdoctoral (UCA).  
es@bgev.com.ar.

## I. Introducción

Leyes de presupuesto que difieren indefinidamente el pago de la deuda pública<sup>2</sup>, disponen la eliminación de bonos de los mercados<sup>3</sup>, reabren el canje de la deuda pública<sup>4</sup>. Leyes que relativizan derechos adquiridos<sup>5</sup>, declaran la utilidad pública de un porcentaje mayoritario de acciones de una sociedad privada<sup>6</sup>, sujetan medidas cautelares al interés público<sup>7</sup>. Convenciones con valor constitucional que clasifican la protección de un derecho —a la vida— creando protección en general y protección en particular<sup>8</sup>; propician la adopción de medidas oficiales de protección del niño contra perjuicios<sup>9</sup>; garantizan la kafala infantil<sup>10</sup>. Decretos que fijan el signo monetario<sup>11</sup>, establecen la novación de obligaciones<sup>12</sup>, pesifican todas las obligaciones<sup>13</sup>, despesifican otras<sup>14</sup>. Resoluciones fiscales que indican cuándo hay un deber de contratar un encargado de edificio de propiedad horizontal<sup>15</sup>. Acordadas que declaran la inaplicabilidad de un régimen tributario<sup>16</sup>; que prescriben la cantidad de renglones de cada carilla de un recurso extraordinario o recurso de queja<sup>17</sup>; que posibilitan excepcionar tal recaudo<sup>18</sup>.

Medidas de alcance general, de tan variado tenor, poseen la virtualidad de colocar, en el interés académico, la simple pero nuclear cuestión de la discrecionalidad del legislador —entendido en sentido amplio— y su limitación o sujeción a una suerte de “techo”. ¿O es que esa discrecionalidad legislativa no poseería límites, amparada por el simple juego de las mayorías? Ello nos coloca ante interrogantes.

### a) Los interrogantes

Los ejemplos precedentes y la preocupación que suscitan permiten preguntarse si las decisiones que adopta el legislador congresional o administrativo o judicial en su máxima instancia poseen límites o “techos”, o no. Pero también implican preguntarse acerca del deber u obligación de acatamiento de esos límites. Ello conllevaría, asimismo, preguntarse acerca de la existencia misma de esos límites

<sup>2</sup> Ley N° 25.565 de Presupuesto 2002; Ley N° 26.895 de Presupuesto 2014.

<sup>3</sup> Ley N° 26.017 o Ley Cerrojo de 2005, art. 4°.

<sup>4</sup> Ley N° 26.547 de 2009; Ley N° 26.886 de 2013.

<sup>5</sup> Ley N° 26.522 de 2009, art. 48.

<sup>6</sup> Ley N° 26.741 de 2013.

<sup>7</sup> Ley N° 26.854, arts. 13.d, 14.d y 15.d.

<sup>8</sup> Ley N° 23.054, art. 4.1.

<sup>9</sup> Ley N° 23.849, art. 19.1.

<sup>10</sup> Ley N° 23.849, art. 20.3.

<sup>11</sup> Decreto N° 1.096 de 1985.

<sup>12</sup> Decreto N° 36 de 1990.

<sup>13</sup> Decreto N° 2.014 de 2002.

<sup>14</sup> Decreto N° 689 de 2002; Decreto N° 1.491 de 2002.

<sup>15</sup> Resolución General AFIP N° 3.634/2014.

<sup>16</sup> Ac. 20/1996, art. 1°.

<sup>17</sup> Ac. 4/2007, arts. 1° y 4°.

<sup>18</sup> Ac. 4/2007, art. 11.

según surjan de una fuente escrita o sean reconocidos —como preexistentes, como propios del ser humano— en la misma o procedan simplemente de la costumbre. Y aun si se pretendiera que esos límites existen o están dados, cabría preguntarse acerca del procedimiento para la toma de decisión velando por ellos, o acerca de los confines de la aparente libertad infinita que tendría el legislador para adoptar un curso de acción.

En otras palabras, los escenarios descriptos podrían llevar, incluso, a indagar acerca de la existencia misma de un marco de libertad en cabeza del órgano estatal dotado de competencia, libertad que —podría argüirse— solamente asistiría a las personas físicas. Igualmente, podría llevar a inquirir acerca de la forma en que esa competencia puede ser apreciada, en especial en punto al contenido del resultado de su ejercicio. O acerca de la obligatoriedad misma de la competencia del órgano o sobre el origen o fuente de la vinculatoriedad de la norma atributiva de competencia.

Encarar todas estas preguntas excedería, ampliamente, los márgenes de un trabajo como el presente.

Es por ello que, a modo de aproximación al estudio de la discrecionalidad del legislador, se recabarán las diversas respuestas que brinda la doctrina de los autores acerca de la inexistencia (punto II) o efectiva existencia (punto III) de límites a la misma, considerando, en su caso, la experiencia que emerge de la práctica jurisprudencial, para efectuar la valoración final pertinente (punto IV).

### b) Aclaraciones terminológicas

Cabe aclarar, desde el punto de vista terminológico, que, en el presente, se considerará el término “legislador” en su sentido más amplio, comprensivo del legislador o emisor de medidas o actos de alcance general, se halle el mismo alojado orgánicamente en el Congreso, en la Administración o en la rama judicial. Ello pues, en el ámbito de los tres poderes del Estado, con mayor o menor preponderancia, se ejerce la función de legislativa. Consideremos, simplemente, el dictado de una ley, de un reglamento (de necesidad y urgencia, delegado, autónomo o de ejecución) o de una acordada. Y consideremos también, a fuer de verdad, las declaraciones de tinte sobregeneralizador que emite la Corte Suprema en los fallos producidos en los llamados casos abstractos igualmente fallados, pues tales apreciaciones, desprovistas de causa o controversia, poseen la virtualidad de irradiar efectos no sobre el caso en particular —no nacido, o ya fenecido— sino sobre otros casos pendientes y sobre los restantes poderes del Estado. He aquí, en este párrafo, el sentido lato y amplio adoptado en el empleo del término “legislador”.

De otra parte, se considerarán las leyes, reglamentos y acordadas como equiparables a medidas o actos de alcance general, haciendo caso omiso de distinguida doctrina que diferencia actos de alcance general de tipo normativo y no normativo. Justifica tal elección metodológica la escasa relevancia que, a la luz del objeto de este trabajo, tendría la mentada clasificación, sin perjuicio de reconocerse que, en otros ámbitos del derecho público tal distinción posee nítida recepción y aplicabilidad.

Finalmente, puede aclararse que el término “discrecionalidad” es aquí utilizado en el sentido usual y cotidiano, de existencia de pluralidad de opciones, que, en

forma de imaginario abanico, se presentan ante el legislador, opciones ante las cuales el legislador realizará su elección.

## II. Acerca de la inexistencia de límites a la discrecionalidad del legislador

Diversas doctrinas parecerían sustentar la tesis de la inexistencia de límites al margen de discrecionalidad del legislador. Repasemos algunas de ellas, vinculándolas a la jurisprudencia relevante a ellas asociable.

### a) Omnipotencia del legislador

La tesis de la soberanía del gobernante —un soberano no limitado por la ley humana<sup>19</sup>— habría prohibido la doctrina que más parece facilitar la idea de que el legislador no tenga límites en su poder decisorio legislativo. Me refiero a la denominada doctrina de la omnipotencia del legislador.

Según esta doctrina, la voluntad popular tiene un poder de orientación suprema<sup>20</sup>, siempre tiene la razón y tenderá al bien<sup>21</sup>, y las leyes son los únicos actos auténticos de la voluntad general<sup>22</sup>, con lo que el legislador se erige en el vehículo supremo u omnipotente de esa voluntad. Tal su dogmático basamento.

En jurisprudencia relativa a las medidas de emergencia dictadas en ocasión de la crisis de 2001/2002, la Corte Suprema argentina se pronunció elípticamente acerca del tema. Así, consideró que había diferencias entre (i) convalidar las medidas impugnadas constitucionalmente con fundamentos en los clásicos recaudos emergentes de los precedentes (en lo principal, su razonabilidad) y (ii) reconocer “grados de omnipotencia al legislador” o excluirlo del control de constitucionalidad<sup>23</sup>. A tal fin, calificó las medidas impugnadas como “medidas de gobierno”, que poseían el carácter de “útiles para llevar un alivio a la comunidad”. Al así hacerse, entiendo, se catalogó la medida como acto de gobierno, con lo que se acercó el *thema decidendum* al terreno de las cuestiones políticas no justiciables, de política económica, colocándose la emergencia misma en el campo de las cuestiones de ese tipo. En los hechos, tal calificación fue, a efectos del control, equivalente a la de acatar la dogmática tesis de la omnipotencia del legislador, pues quedaron amplios campos de las medidas involucradas dentro del área de lo irrevocable judicialmente, con gravamen a la tutela judicial efectiva.

<sup>19</sup> Ampliar en Gierke, Otto von (1963). *Teorías políticas de la edad media*. Buenos Aires. Huemul, 172 (trad. Julio Irazusta).

<sup>20</sup> Rousseau, Jean Jacques. *Contrato social*. Libro I, cap. 6.

<sup>21</sup> *Ibid.*, Libro II, cap. 3.

<sup>22</sup> *Ibid.*, Libro III, cap. 12.

<sup>23</sup> “Avalos, Hugo Mariano c/ Czumadewski, Alejandro s/ ejecución de sentencia - incidente civil”, Fallos: 330:2981 (2007), del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema.

### b) Presunción de legitimidad

Esta presunción dice que “las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente”<sup>24</sup>. En el campo del control de constitucionalidad, es una presunción que torna excepcional ese control<sup>25</sup>.

La mentada presunción se rinde ante un criterio puramente formal: en la medida en que una ley sea sancionada y promulgada de conformidad con los recaudos constitucionalmente exigibles, se la tendrá por legítima y se producirá la atenuación en la controlabilidad constitucional. Se hace caso omiso, así, del contenido de la ley.

Ello implica que, en principio, caerá en los beneficios de esta presunción cualquier ley, cualquiera sea su contenido, que haya sido adecuadamente sancionada y promulgada. No habría, así, límites sustanciales o de contenido para la decisión del legislador, con gravamen a la dignidad de las personas comprendidas en sus efectos.

### c) Soberanía de cada poder del Estado

Se ha reconocido que cada poder del Estado es soberano, dentro de su propia esfera de atribuciones. Por ende, su poder decisorio, dentro de esa esfera, sería infinito pues, en el ordenamiento argentino, es conocida la diferenciación entre soberanía como máximo poder y autonomía. A su vez, esa soberanía *ad-intra* de cada poder conllevaría, en lo que nos ocupa, que se aplicaría al legislador y el fruto de su labor.

La Corte Suprema ha reconocido actos que son “emanación de la soberanía nacional”<sup>26</sup>, y ha afirmado que “el legislador es soberano en la sanción de la ley”<sup>27</sup>. También ha admitido que tanto la rama judicial, como el Poder Ejecutivo y el “Congreso en su potestad de legislar” son independientes<sup>28</sup>, representando, cada uno, en

<sup>24</sup> “Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas Causa N° 6491”, Fallos: 314:424 (1991).

<sup>25</sup> Pueden verse: “Inti S.A.”, Fallos: 263:309 (1965) (voto del Dr. Mervader); “Bignone, Reynaldo Benito A.”, Fallos: 306:655 (1984) (disidencia de los Dres. Caballero y Belluscio); “Gómez, Ricardo y Federico, Eduardo Alberto s/ robo agravado por tratarse de automotor y mediante uso de arma de fuego”, Fallos: 312:661 (1989); “Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas Causa N° 6491”, Fallos: 314:424 (1991); “Saldaña, Juan Ramón; Galarza, Oscar Orlando y Berón, José Ricardo s/ robo de automotor - recurso de casación”, Fallos: 319:178 (1996); “Universidad Nacional de Mar del Plata c/ EN s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 320:1027 (1997) (disidencia de los Dres. Belluscio y Boggiano); “Bertolotto, Miguel Ángel José s/ excarcelación”, Fallos: 327:1479 (2004) (disidencia parcial del Dr. Lorenzetti); “Arbumasa S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 329:537 (2006) (disidencia parcial del Dr. Lorenzetti); “Arbumasa S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 330:4252 (2007); “Trentini, Héctor A. J. (Suc.)”, Fallos: 220:1458 (1951); “Jardón Perissé, Rosa c/ Prov. de Córdoba”, Fallos: 209:200 (1947); entre otros.

<sup>26</sup> “Brunicardi, Adriano C. c/ Estado Nacional (BCRA) s/ cobro”, Fallos: 319:2886 (1996).

<sup>27</sup> “Ollier, Juan Carlos c/ Arenillas, Oscar Norberto”, Fallos: 302:1611 (1980).

<sup>28</sup> “Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”, Fallos: 328:175 (2005) (disidencia parcial del Dr. Fayt); “Sosa, Eduardo Emilio s/ acción de inconstitucionalidad”, Fallos: 325:2723 (2002); “Dragonetti de Román, Haydeé c/ EN - Mrio. de Justicia y Derechos Humanos de la Nación”, Fallos: 323:3672 (2000); “Almeida Hansen, Jorge A. y otros c/ EN (Mrio. de Educación y Justicia) s/ amparo”, Fallos: 313:428 (1990); “Beneduce, Carmen Julia y otras c/ Casa Auguste”, Fallos: 251:472 (1961); “Fisco Nacional c/ Ocampo, Manuel”, Fallos: 12:134 (1872); entre otros.

su esfera, la soberanía. Ello colocaría las medidas legislativas en ese ámbito de independencia máxima y de poder máximo, y la discrecionalidad del legislador quedaría amparada en ellos.

#### d) Irrevisibilidad del acierto o conveniencia

Según esta doctrina, de cuño jurisprudencial, resulta irrevisable judicialmente el juicio de acierto o conveniencia efectuado por el legislador al adoptar la medida de alcance general. Así, toda discusión sobre el mayor o menor acierto de la política, y sobre la oportunidad y conveniencia de llevarla a cabo, es por completo ajena al debate ante los tribunales de justicia. En otras palabras, aquellas medidas, que hallan causa en determinadas circunstancias o contextos, no serían revisables en su aspecto de juicio del legislador sobre las mismas y adecuación de la medida a las mismas. Así, si el legislador tiene diversas opciones ante una situación, su juicio sobre el acierto o conveniencia o ventaja de la medida adoptada sería opaco ante la revisión judicial. Por ende, no tendría límites en punto a la elección del curso a seguir.

La jurisprudencia del máximo Tribunal argentino ha dado amplia aceptación a esta doctrina, colocando en el cono de lo irrevisable pluralidad de leyes<sup>29</sup>, con bal-

<sup>29</sup> Pueden verse: "Minera del Altiplano S.A. c/ EN - PEN y otra s/ amparo", Fallos: 335:1315 (2012); "Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar S.A.", Fallos: 333:447 (2010); "Agüero, Maximiliano José y Ovejero Cornejo de Agüero, Teresa c/ Banco de la Nación Argentina s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallos: 332:1039 (2009) (voto de la Dra. Argibay); "Coronel, Jorge Fernando c/ EN y otros s/ amparo a inconstitucionalidad", Fallos: 332:1060 (2009) (voto del Dr. Lorenzetti y de la Dra. Argibay); "Bank Boston N.A. c/ Gravano, Ariel Rodolfo y otro s/ ejecución hipotecaria", Fallos: 332:373 (2009); "Cohen Arazi, Eduardo c/ EN Jefatura de Gabinete - Resol. 155/01 y otro s/ empleo público", Fallos: 330:5032 (2007) (disidencia del Dr. Zaffaroni); "R. A. D. c/ EN", Fallos: 330:3853 (2007) (disidencia de los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco); "Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria", Fallos: 330:355 (2007); "Dirección Nacional de Migraciones - M° del Interior c/ Valmor S.R.L. (Ley N° 22.439)", Fallos: 329:5587 (2006); "Dirección Nacional de Migraciones - M° del Interior c/ Valmor S.R.L. (Ley N° 22.439)", Fallos: 329:5587 (2006) (con remisión al dictamen de la Procuración General); "Alba Angélica Invernizzi - TF 16.764 - I y otro c/ DGI", Fallos: 329:5210 (2006); "Grosvald, Gabriel c/ AOL Argentina S.R.L. s/ despido", Fallos: 329:4032 (2006); "Fisco Nacional - Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Nicola, María del Carmen s/ ejecución fiscal", Fallos: 329:2152 (2006); "Chiara Díaz, Carlos Alberto c/ Estado provincial s/ acción de ejecución", Fallos: 329:385 (2006); "Santiago Dugan Troccoli S.R.L. c/ PEN - Mrio. de Economía s/ amparo", Fallos: 328:2567 (2005); "Andrada, Roberto Horacio y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios - incidente de beneficio de litigar sin gastos de Luis Alberto Andrada - IN5-", Fallos: 328:1416 (2005); "Galli, Hugo Gabriel y otro c/ PEN - Ley N° 25.561 - Decretos Nros. 1.570/2001 y 214/2002 s/ amparo sobre Ley N° 25.561", Fallos: 328:690 (2005) (votos de los Dres. Maqueda y Highton de Nolasco y de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti); "Consultatio S.A. (TF 14.572-I y acum. 14.573 - I) c/ DGI", Fallos: 328:456 (2005); "Berón, Luisa Victoriana y otros y sus acumulados c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos", Fallos: 328:91 (2005); "Asociación Civil Jockey Club (TF 11.840 - I) c/ DGI", Fallos: 327:5614 (2004); "Bustos, Alberto Roque y otros c/ EN y otros s/ amparo", Fallos: 327:4495 (2004) (mayoría y voto de la Dra. Highton de Nolasco); "Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación c/ EN - PEN s/ acción de amparo", Fallos: 327:2423 (2004); "Müller, Miguel Ángel c/ PEN - Contaduría General - Ejército Argentino - Decreto N° 450/2000 s/ amparo Ley N° 16.986", Fallos: 326:1138 (2003) (voto del Dr. Boggiano); "Tachella, Mabel Ángela c/ DGI - Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo", Fallos: 325:2600 (2002); "Cámara de Comercio, Industria y Producción c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo", Fallos: 325:645 (2002); "AFIP c/ Povoletto, Luis Dino s/ infracción al art. 40 de la Ley N° 11.683", Fallos: 324:345 (2001); "Baterías Sil-Dar S.R.L. c/ Barbeito,

cones a la fijación de una cuestión política no justiciable y el consecuente agravio a la posibilidad de obtener Justicia en torno a un planteo de inconstitucionalidad. En materia de reglamentos, empero, se ha podido obtener la revisión de la medida general centrando los agravios no en la genérica oportunidad o mérito sino en la proporcionalidad a la luz del caso en concreto<sup>30</sup>. Una síntesis puede hallarse en el caso "Bemberg"<sup>31</sup>.

Walter s/ sumario", Fallos: 324:3184 (2001); "Andresik, Ricardo c/ EN", Fallos: 324:2535 (2001) (voto del Dr. Boggiano); "Adamini, Juan Carlos c/ PEN s/ acción de amparo", Fallos: 323:2409 (2000); "Guida, Liliana c/ PEN s/ empleo público", Fallos: 323:1566 (2000) (voto del Dr. Boggiano); "Lufthansa Líneas Aéreas Alemanas c/ Dirección Nacional de Migraciones - disp. DNM. 4783/98", Fallos: 322:2345 (1999); "EN (Mrio. de Cultura y Educación) c/ Universidad Nacional de Luján s/ aplicación Ley N° 24.521", Fallos: 322:842 (1999); "Universidad Nacional de Córdoba (doctor Eduardo Humberto Staricco - rector) c/ EN - declaración de inconstitucionalidad - sumario", Fallos: 322:919 (1999); "Ortiz Almonacid, Juan Carlos s/ acción de amparo", Fallos: 322:385 (1999); "Municipalidad de Avellaneda c/ ENTEL en liquidación s/ ejecución fiscal", Fallos: 322:227 (1999); "Niella, Miguel Alberto c/ diario Época y Editora Correntina S.A. s/ ordinario", Fallos: 321:2010 (1998); "Vidal, Humberto S. - Fisco de Cámara Córdoba", Fallos: 321:989 (1998); "Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio s/ información sumaria - sumarísimo", Fallos: 321:92 (1998); "Sigra S.R.L. s/ Ley N° 23.771 - Causa N° 2953", Fallos: 320:1962 (1997); "Cafés La Virginia S.A. c/ Dirección General Impositiva s/ demanda de repetición", Fallos: 320:1166 (1997); "Monges, Analía M. c/ URA - Resol. 2314/96", Fallos: 319:3148 (1996); "Partido Alternativa Progresista de Corrientes s/ reconocimiento de personería jurídico - política como partido de distrito", Fallos: 319:1640 (1996); "Indo S.A. c/ Fisco Nacional (DGI) s/ repetición (Ley N° 11.683)", Fallos: 318:785 (1995); "Krill Producciones Gráficas S.R.L. s/ apelación de clausura", Fallos: 316:1239 (1993); "Morillas, Juan Simón s/ apelación c/ resolución de la Dirección General Impositiva", Fallos: 316:1261 (1993); "Carlos Ignacio Caminal SCA c/ Fisco Nacional (DGI) s/ nulidad de resolución", Fallos: 315:2443 (1992); "Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas causa N° 6491", Fallos: 314:424 (1991); "Videla Cuello, Marcelo sucesión de c/ La Rioja, Pcia. de s/ daños y perjuicios", Fallos: 313:1638 (1990) (voto de los Dres. Barra y Fayt); "Riveros, Santiago Omar y otros s/ privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidios, etc.", Fallos: 313:1392 (1990) (voto de los Dres. Petracchi y Cyhanarte); "Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/ avocación en autos: Fontana, Moisés Eduardo c/ EN", Fallos: 313:863 (1990); "García de Machado, Sara c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba", Fallos: 312:1681 (1989); "Partido Peronista Femenino s/ reconocimiento de Personalidad Jurídica Política", Fallos: 312:72 (1989); "Laryea S.A. c/ Res. N° 387 MOSP", Fallos: 310:1399 (1987); "Ercolano c/ Lanteri de Renshaw", Fallos: 136:161 (1922); "Municip. de la Capital c/ Ramos, Eulogio", "Manuel Gutiérrez c/ Prov. de San Juan", "Medina, David L. c/ Prov. de Tucumán", "Ayerza, Alejandro c/ Provincia de Córdoba", "SATIA c/ Prov. de Bs. Aires", "Bco. Italo Argentino de San Juan c/ Prov. de San Juan", "José Vivo c/ Municipalidad de la Ciudad de Bs. As.", "Paul, Eduardo y otro c/ Nación Argentina", "Frederking, Gustavo A. y otros c/ Nación", "Becú, Carlos T. (Suc.)", "Cooperativa Eléctrica Bahiense Ltda.", Fallos: 181:264 (1938), entre otros.

<sup>30</sup> Por ej., en "Demchenko, Iván c/ Prefectura Naval Argentina - DPSJ 3/96 - s/ proceso de conocimiento", Fallos: 321:3108 (1998).

<sup>31</sup> "Bemberg, Otto S. y Elortondo de Bemberg, Josefina sus suc.", Fallos: 224:810 (1952): "El juicio de las circunstancias y de la particular condición en que se encuentran quienes están en el régimen discriminatorio de la ley no corresponde, en principio, a los jueces sino a la prudencia del legislador, porque comporta una consideración de conveniencia y de oportunidad sobre lo que requiere *hic et nunc* la promoción del interés general. Si bien está confiada a los jueces, en última instancia a la Corte Suprema, la primacía de la Constitución en los términos que la misma ha establecido en el art. 22, cuando se trata de pronunciarse judicialmente sobre el alcance de una garantía constitucional, no se ha de confundir la determinación del ámbito del Poder de que se trata - que es lo propio de los jueces - con la apreciación de la prudencia con que se lo ha ejercido. En esta especie de problemas institucionales, la autoridad de los pronunciamientos judiciales está en razón directa de su contención. La declaración de inconstitucionalidad puede y debe sancionar el ejercicio extralimitado de las atribuciones puestas en tela de juicio, pero no se pretenderá que se pronuncie sobre la oportunidad, la discreción o la conveniencia de lo hecho en ejercicio de ellas. Pretenderlo sería como apelar a la desorbitación de la justicia".

### e) Inexigibilidad de motivación

Otra vía, indirecta, por la cual se podría facilitar la infinita discrecionalidad del legislador sin parar mientes en sus límites sería la inexigibilidad de motivación de los actos de alcance general.

En materia de actos de alcance general emanados de la Administración, la doctrina se divide en dos sectores: Por un lado, con respecto al régimen jurídico aplicable a los actos de alcance general, existe un sector, que incluye a Cassagne y a Comadira, que considera que poseen un régimen diferenciado en materia de publicidad, extinción, impugnación, amén de estar sometidos al principio de indelegabilidad singular<sup>32</sup>. La existencia de ese régimen diferenciado obstaría a que se les exigiera, a los reglamentos, la motivación como requisito esencial. Para otro sector de la doctrina nacional —que incluye entre los iusadministrativistas a Marienhoff<sup>33</sup>, con la adhesión de Bidart Campos<sup>34</sup>, entre los constitucionalistas—, los actos de alcance general constituyen una especie del género acto administrativo. En tanto actos administrativos, esos actos de alcance general deberían cumplir con el recaudo del art. 7º, inc. e), de la Ley de Procedimientos<sup>35</sup>. Empero, no hay coincidencia en la doctrina sobre esta exigibilidad.

Simular disquisición se podría predicar respecto de las acordadas en el ámbito de la rama judicial, no sujetas a norma alguna que les exija motivación o expresión de las razones que conducen a su dictado.

Las leyes formales no requerirían motivación por no estar sujetas a una norma similar al citado art. 7º, inc. d)<sup>36</sup>, aplicable a los órganos y entes de la Administra-

<sup>32</sup> Cassagne, Juan Carlos (2011). *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. La Ley. T. I, 549: "[...] si se examina en su integridad el sistema de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, se advierte la configuración de regímenes jurídicos distintos [...]"; Comadira, Julio R. (2003). *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. Buenos Aires. La Ley. 17-18: "[...] con independencia de la fuente y la letra de la ley los actos de alcance general no pueden ser considerados, desde el punto de vista estricto de su régimen jurídico, actos administrativos", con cita de Comadira, Julio R. (1994). "El sistema de nulidades del acto administrativo". En *Fonencias del IV Encuentro hispano-argentino sobre Derecho Administrativo*. Santiago de Compostela. Escola Galega de Administración Pública.

<sup>33</sup> Marienhoff, Miguel S. (1993). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Abeledo Perrot. T. II, 226-227: "Con relación al derecho argentino, juzgo evidente la existencia de actos administrativos no solo 'individuales', sino también 'generales'. Los actos administrativos de contenido 'general' o 'abstracto' hallan expresión en los 'reglamentos' [...] Los 'reglamentos' no son otra cosa que una especie de actos administrativos".

<sup>34</sup> Bidart Campos, Germán (1967). *El derecho constitucional del poder*. Buenos Aires. Ediar. T. II, 79, n. 9 *in fine*.

<sup>35</sup> Barra, Rodolfo C. (1979). "La potestad reglamentaria de la Administración pública". En *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -Rap-* 1:9, Buenos Aires. Ediciones Rap: "[...] si bien la potestad reglamentaria es parte de la función administrativa, representa una actividad creadora de normas generales que modifican el orden jurídico, estableciendo status generales, impersonales y objetivos. Por pertenecer a la función administrativa el reglamento estará regido por el derecho administrativo. Pero, en cuanto actividad materialmente legislativa su régimen jurídico particular será distinto al que corresponde al acto administrativo. Así, por pertenecer al ámbito del derecho administrativo, los requisitos esenciales para su validez estarán dados por el art. 7º de la Ley de Procedimientos Administrativos: deberá ser [...] motivado". En igual sentido, Díez, Horacio P. (1998). *Reglamentos - Su impugnación en el procedimiento administrativo*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 41.

<sup>36</sup> En tal sentido, Galarce, Lino (2004). "Sobre la motivación de las leyes". *ReDA*. Buenos Aires. Abeledo Perrot. Vol. 16. 953-962.

ción centralizada y descentralizada en virtud del art. 1º, Ley N° 19.549, tal que la motivación integra el acto y puede determinar su invalidez. Las leyes debidamente sancionadas y promulgadas son tales porque el pueblo "no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas"<sup>37</sup>, en palabras de la Corte Suprema.

Es claro que no exigir motivación —eximir del recaudo de expresión de las razones— en las leyes formales amplía el ámbito de discrecionalidad del legislador pues le permite evadir la difusión, con valor jurídico, de las razones de hecho y de derecho que lo conducen a elegir tal o cual opción. Además, al inexigirse la expresión de esas razones, se daña fatalmente el sentido que se tiene de la Justicia<sup>38</sup> y el acceso a la misma.

Empero, se puede poner de resalto saludable jurisprudencia provincial, en Argentina, que habría transitado por la vereda opuesta, es decir, la de exigirle, al legislador formal, la motivación de las leyes, e, implícitamente, habría contribuido a la reducción o limitación en la discrecionalidad de este<sup>39</sup>.

### f) Irrevisibilidad del ejercicio de facultades discrecionales

Otra vía para obliterar límites a la discrecionalidad del legislador es la adopción de la tesis de la irrevisibilidad judicial del ejercicio de facultades discrecionales, que quedarían, en su origen y resultado final, confinadas al órgano emisor.

Así, en diversos precedentes jurisprudenciales que consideraron medidas de amplio espectro, relativos a la decisión del Estado de dar o no dar publicidad oficial<sup>40</sup>; la determinación de los porcentajes mínimos de representación del personal

<sup>37</sup> Cf. art. 22, CN.

<sup>38</sup> La inexistencia de exigibilidad de motivación no ha obstado a que la doctrina anglosajona recomendara enérgicamente la inclusión del deber de dar las razones para la decisión en tanto constituiría un elemento esencial vinculado al debido proceso "requerido por el sentido de la justicia que pesa el hombre común", cf. Wade, H. W. R. y Forsyth, C. F. (2000). *Administrative Law*. 8th ed. Oxford University Press. Oxford. 2000, p. 516.

<sup>39</sup> "[...] Pedir al legislador que explique las razones de su elección y analizar luego las razones por el dadas para contrastarlas con las circunstancias del caso, de forma contradictoria y ante una instancia neutral e independiente capaz de rechazar finalmente las que se revelen inconsistentes, contradictorias o incongruentes con la realidad que constituye la referencia inevitable no es, me parece, mucho pedir en un Estado de Derecho, que es, ante todo, un Estado de razón, ni altera, en absoluto, el equilibrio institucional [...]". "[...] La ley es libre de elegir; pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados [...]"; cf. "Drot de Gourvillia E. y Ota. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ APA", resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (Sala Segunda), conformada por los conyeses Dres. Eduardo Luis Piñob, Gustavo Ángel Campoy y Carlos Alberto Cuervo, del 29-7-2003, publicada en *ReD*, vol. 16, año 2004. 939-953, con nota de Galarce, Lino, "Sobre la motivación...". *Ob. cit.*

Puede ampliarse, asimismo, en Sacristán, Estela B., "Acerca de la faz ética de los actos administrativos". En Cianciardo, Juan (coord.) (2012). *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos. Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*. México. Porrúa 343-376, esp. 364-365, donde sostuvimos la preeminencia del recaudo.

<sup>40</sup> "Editorial Perfil S.A. y otro c/ RN - Defatura Gabinete de Ministros - SMC c/ amparo Ley N° 16.936", *Fallos*: 334:109 (2011).

docente y las demás condiciones que deben reunir los restantes estamentos<sup>41</sup>; en establecimiento, en las provincias, libremente de impuestos sobre todas las materias no reservadas expresamente a la Nación por la Constitución Nacional<sup>42</sup>; salvo los valladares constitucionales, las facultades del Congreso para crear impuestos contribuciones<sup>43</sup>; entre otros supuestos.

Ello, en el dogma, de cuño jurisprudencial, conforme al cual al revisarse judicialmente el ejercicio de facultades discrecionales, el juez debe limitarse a su declaración y a disponer las medidas consecuentes, y no sustituir su criterio de conveniencia o eficacia por el de los jueces, en violación del principio de división de poderes del Estado.

El mismo ha reconocido, empero, importantes morigeraciones en casos como "Saguir y Dib"<sup>44</sup>, en el que se inaplicó el recaudo de edad mínima fijado en la ley a efectos de un trasplante de órgano entre hermanos con segura histocompatibilidad, o "Arenzón"<sup>45</sup>, en el cual se consideró irrazonable la reglamentación que exigía una estatura mínima para ser docente. Empero, casos así son excepcionales.

### g) La tesis de los límites jurídicos a la potestad legislativa

Hart<sup>46</sup> se expresa sobre el soberano legislador, e intenta hallar límites a su soberanía. Expresa: "[E]l soberano hace las leyes para sus sujetos, y las hace desde afuera de cualquier derecho. No hay, y no puede haber, límites a su poder de crear leyes. [...] Si es soberano, no obedece a ningún otro legislador y, por tanto, no puede haber límites jurídicos a su poder legislativo". Aclara que sí puede haber límites en la opinión pública, en el riesgo de protestas, en sus convicciones morales, pero ellos no serían límites jurídicos. Puntualiza<sup>47</sup> que puede tener límites en inhabilidades volcadas en las reglas que lo califican para legislar; no es cuestión de apelar al legislador soberano o ilimitado, sino de demostrar que el legislador estaba habilitado para legislar de conformidad con una regla existente, regla que no contiene restricciones en general o en punto a la ley en cuestión; hay que demostrar que las reglas que le permiten legislar no le brindan un poder superior sobre el que tienen los que tienen poder sobre otro territorio; debe distinguirse entre límite jurídico y poder que, aunque limitado, resulta soberano en el sistema; por último, aunque pueda ser crucial la presencia o ausencia de reglas limitando el poder del legislador, los hábitos

<sup>41</sup> "Estado Nacional (Mrio. de Cultura y Educación) c/ Universidad Nacional de Luján s/ aplicación Ley N° 24.521", Fallos: 322:842 (1999).

<sup>42</sup> "Indunor, SACIFI y F c/ Prov. del Chaco", Fallos: 286:301 (1973); "Larralde, Lorenzo y otros", Fallos: 243:98 (1959).

<sup>43</sup> "Horvath, Pablo c/ Fisco Nacional (DGI) s/ ordinario (repetición)", Fallos: 318:676 (1995).

<sup>44</sup> "Saguir y Dib, Claudia Graciela", Fallos: 302:1284 (1980). Amhar en Cianciardo, Juan (2009). *Principio de proporcionalidad y concepto de derecho. Una aproximación desde las tesis del positivismo jurídico*, Buenos Aires. Ad Hoc, 32-53, donde el autor estudia, en el caso concreto, el principio de proporcionalidad y sus implicancias.

<sup>45</sup> "Arenzón, Gabriel Darío c/ Nación Argentina", Fallos: 306:400 (1984).

<sup>46</sup> Hart, H. L. A. (1997). *The Concept of Law*, Oxford University Press, 66-67.

<sup>47</sup> *Ibidem*, 69/71.

de obediencia de este son, como máximo, de importancia probatoria relativa: podría demostrar que su competencia no está subordinada.

Ecós de la doctrina de la soberanía del legislador y sus límites ya fue reseñada en II. c). Lo que puedo agregar aquí es lo relativo a la insuficiencia de la concepción toda, en tanto de tinte puramente normativista, pues se apoya en reglas o normas limitantes, desconociendo otras fuentes de limitación, como por ejemplo, los principios generales no escritos pero reconocidos y reconocibles en un sistema de Derecho.

### h) "Cualquier contenido..."

Finalmente, cabe apuntar el dogma positivista –que tanto daño en ocasiones ha generado– conforme el cual no hay límites para la discrecionalidad del legislador constituyente, y habría algunos escasos límites a la discrecionalidad del legislador formal.

Desde el punto de vista del contenido, Kelsen sostiene tan solo que "cualquier contenido puede ser derecho"<sup>48</sup>, en tanto se respeten la competencia del órgano (de ejercicio obligatorio<sup>49</sup>) y el procedimiento prefijados. Tal afirmación alcanzaría al legislador considerado este en sentido amplio. Llega a afirmar que la Constitución o Ley Fundamental misma pueden tener cualquier contenido<sup>50</sup>.

Así las cosas, y en el campo de lo posible y lo correcto normativamente, el Constituyente podría, en ejercicio de su discrecionalidad, establecer, mediante el órgano competente y siguiendo el procedimiento constituyente, que la Nación adopta la tiranía como forma de gobierno, o podría fijar la censura previa generalizada, o la supresión del derecho de propiedad. De igual modo, apoyándose en la clasificación entre protección de un derecho en general y en particular, el Legislador congresional podría hipotéticamente sancionar un régimen general de sustitución de derechos subjetivos por la correspondiente indemnización, o limitar la responsabilidad del Estado. Todo ello, con mera sujeción a las normas que versen sobre órgano competente y que fijen el procedimiento.

Asimismo, Kelsen reconoce o avala la discrecionalidad del legislador al detenerse en el extremo de que las determinaciones a las cuales este está sujeto nunca son completas<sup>51</sup>. Pero acepta, en ocasiones, determinaciones que no provienen del derecho<sup>52</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina ha tenido –y tiene– su perfil normativista. Así, ha reparado en la relevancia del órgano competente y procedimiento adoptado en la decisión del legislador, colocando el contenido, en ocasiones, en el campo de la cuestión política no justiciable<sup>53</sup>, o colocando el procedimiento en

<sup>48</sup> Kelsen, Hans *Teoría pura del derecho* (Vernengo, Roberto, trad.), Porrúa, México, 205.

<sup>49</sup> *Ibidem*, 175.

<sup>50</sup> *Ibidem*, 233-234.

<sup>51</sup> *Ibidem*, 350-351; p. 353.

<sup>52</sup> *Ibidem*, ps. 354 y 356.

<sup>53</sup> "Boggiano, Antonio s/ recurso de queja", Fallos: 329:3235 (2006); "Moliné O'Connor, Eduardo s/ su remoción", Fallos: 327:1914 (2004).

el ámbito de lo irrevisable<sup>54</sup>. Específicamente, ha apelado a la tesis del mero acomodo de la norma impugnada al procedimiento prescripto y a la intervención del órgano competente: así, en "Belfiore"<sup>55</sup>, sobre límite de edad para concursar. Sin embargo, esta postura no es uniforme: en "Candy"<sup>56</sup>, sobre veda de ajuste por inflación a efectos del Impuesto a las Ganancias, lo hizo a modo de regla general, mas sin dejar de advertir la concreta confiscatoriedad verificada en el caso.

Sin embargo, en "F. A. L.", la Corte Suprema avaló la constitucionalidad de la medida apoyándose en instrumentos de rango solo aparentemente superior para justificar el caso individual y, al mismo tiempo, sentar lineamientos con ánimo de legislador.

En efecto, y tal como se expuso en otro trabajo<sup>57</sup>, en "F. A. L." la Corte interpreta, con tono general, que el *corpus* convencional y constitucional veda al Estado argentino la opción por proteger la vida del no nato mediante la sanción penal de aborto, en los casos de violación<sup>58</sup>. Pero ninguno de los textos constitucionales o convencionales avalaba tal aserto. Las observaciones finales<sup>59</sup> que cita nunca podían tener fuerza vinculante para el Estado pues son, esencialmente, opiniones o dictámenes, es decir, actos preparatorios, sin fuerza ejecutoria o vinculante<sup>60</sup>. Al carecer de fuerza vinculante, ninguna responsabilidad puede generarse, y, a todo evento, la Corte Suprema misma omite mencionar, en el fallo, la norma internacional responsabilizante por incumplimiento de una observación final<sup>61</sup>.

Se advierten, así, a partir de los párrafos de este apartado, respecto del normativismo, tres generaciones de dañinas consecuencias.

Primero, el ciego privilegio hacia el órgano y procedimiento a fin de avalar cualquier contenido más o menos incluíble en la norma superior sin parar mientes en los derechos humanos de uno de los involucrados. Segundo, el espejismo que conduce a ver normas en dictámenes, vinculatoriedad en la opinión, responsabilidad en el vacío, para producir un fallo con peligrosas aseveraciones sobregeneralizantes desprovistas de todo andamiaje, especialmente normativo o positivista en su perfil

<sup>54</sup> "Minas Petrus S.A. c/ Nación", Fallos: 210:855 (1948).

<sup>55</sup> "Belfiore, Liliána Inés c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 308:1726 (1986).

<sup>56</sup> "Candy S.A. c/ AFIP y otro s/ acción de amparo", Fallos: 332:1571 (2009).

<sup>57</sup> Zambrano, Pilar y Sacristán, Estela B. "¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso F. A. L. y la relativización de los derechos fundamentales", JA, 2012-II, 385/402.

<sup>58</sup> Dice el cons. 14: "De las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el artículo 86, inciso 2°, del Código Penal, en cuanto regula los supuestos de abortos no punibles practicados respecto de los embarazos que son consecuencia de una violación".

<sup>59</sup> A efectos del presente, Observaciones Finales, del 22-3-2010 (consids. 6° y 12); Observaciones Finales, del 21-6-2010 (consids. 6° y 13), emanadas, respectivamente, del Comité de Derechos Humanos y del Comité de los Derechos del Niño.

<sup>60</sup> Se sigue Marienhoff, Miguel S. (1990). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, T. I, 4° ed. act., 85/86, 94/95 y 107/109; Cassagne, Juan Carlos (2011). *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires. La Ley. T. I, 10° ed. act. y ampl., 188. En similar sentido, Bielsa, Rafael (1987). *Los conceptos jurídicos y su terminología*. Buenos Aires. Depalma. 3° ed. aum., 98, 157 y 104, para quien decidir es obligar jurídicamente con los actos; la actividad meramente consultiva es de acción indirecta; y oponer reparos, objeciones u observaciones es controlar.

<sup>61</sup> Cf. cons. 6°.

de más pura ortodoxia. Tercero, la convalidación de una suerte de "constitución parcialmente suicida"<sup>62</sup>, en tanto se ancla, en textos con aparente valor constitucional, y en sus prohibiciones y facultamientos, la posibilidad, incluso, de eliminar en forma impune a un sector de la población por nacer, no obstante la natural limitación implícita en una constitución que pretendiera disponer esa clase de pacto o acuerdo.

### i) Límites positivistas en general

En el marco de la jerarquía de normas que estudia, Kelsen menciona una discrecionalidad del legislador<sup>63</sup>. Respecto del órgano y el procedimiento, ya vimos, en II.g), que cualquier cláusula constitucional emanada del órgano competente, mediante el procedimiento prefijado, sería tal, sin importar su contenido, y similar tesitura sería predicable respecto de la normativa infraconstitucional: en otras palabras, en tanto se respeten el órgano competente y el procedimiento, cualquier contenido con "forma" de cláusula constitucional o de ley sería posible y correcta normativamente<sup>64</sup>. Respecto del contenido, según el autor citado, si bien no habría límites para la discrecionalidad del constituyente<sup>65</sup>, sí habría límites en la discrecionalidad del legislador al dictar la norma inferior, sujeta al contenido de la norma superior<sup>66</sup>.

Empero, esta última posibilidad no quita lo perjudicial de esta línea de razonamiento pues dada la "semilla del mal" en el nivel constituyente –norma fundamental– el contenido que lo "respetara" no perdería su tacha genética, se trate del Primer Constituyente o de quienes ejercen el poder constituyente derivado. Ninguna norma pretendidamente posible o correcta del nivel infraconstitucional podría fundarse en una norma "superior" que fuera, por ej., contraria a la moral, o irracional.

No obstante lo dicho, debe apuntarse que los límites positivos o normativistas, a la discrecionalidad del constituyente, han sido aplicados por la Corte Suprema al revisar el ejercicio del poder constituyente derivado. Así, cuando se declaró la inconstitucionalidad de la norma constitucional que requería un segundo acuerdo para jueces de la Corte Suprema después de cierta edad<sup>67</sup>, la Corte Suprema sopesó los límites –a los cauces que tenía el ejercicio del poder constituyente derivado– emergentes de la ley declarativa de la reforma<sup>68</sup>, con sustento en la competencia del

<sup>62</sup> El concepto de finalidad "suicida" en una constitución, y su función limitante en el marco de prohibiciones y facultades implícitas, lo tomo de Finnis, John (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford. Clarendon Press, 275.

<sup>63</sup> Kelsen, *Teoría...* Ob. cit., 300 y 340.

<sup>64</sup> *Ibidem*, 205 y 349.

<sup>65</sup> *Ibidem*, 283.

<sup>66</sup> *Ibidem*, 284 y 205.

<sup>67</sup> "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento", Fallos: 322:1616 (1999).

<sup>68</sup> "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento", Fallos: 322:1616 (1999), consids. 8°, 9° y 10°.

órgano, el contenido, el procedimiento prefijados, hallando la tacha en el contenido de la norma habilitante, que determinaba el respectivo exceso en la competencia ejercida, concluyendo en la respectiva invalidez.

En ese caso, se sustentó en los límites del poder constituyente en esa tríada de recaudos. Empero, cuando la Corte Suprema declaró –con ánimo de legislador o a modo de instructivo dirigido al Congreso– el derecho a un aborto impune, rápido, gratuito y eficaz en el precitado “F. A. L.”, se apoyó –entre otros argumentos– en la clasificación, de fuente constitucional, entre protección del derecho a la vida “en general” (desde la concepción), y “en particular” del art. 4.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Ley N° 23.054)<sup>69</sup>. Ello, sin advertir y sin considerar<sup>70</sup> –siquiera positivamente– que tal clasificación tenía un solo contenido, previamente fijado: el emergente del art. 2° de la Ley N° 23.849, aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño<sup>71</sup>. Así, al valorarse la validez de la norma, el elemento “contenido” fue soslayado, ahondándose la discrecionalidad legislativa resultante.

Estos razonamientos demuestran: (i) que el normativismo centrado en el órgano o el procedimiento permite contenidos cualesquiera, con lo que no permite limitar la discrecionalidad del legislador; (ii) que los pretendidos límites positivistas, centrados en el contenido, son endeblidos o tergiversables, especialmente en el renglón convencional-constitucional.

Es menester, entonces, considerar otros límites ante la discrecionalidad del legislador.

### III. Reconocimiento de límites a la discrecionalidad del legislador

Concluyendo, provisionalmente, en las evidentes insuficiencias de las diversas tesis hasta aquí expuestas a fin de hallar límites a la discrecionalidad o margen de maniobra del legislador, se debe indagar en presupuestos de trabajo más firmes e invariables –de base más cercana de lo inmutable– para sofrenar aquella. Pluralidad de tesis avalan el reconocimiento de límites a la discrecionalidad del legislador a fin de que no sea absoluta. Y aquí se destacan:

<sup>69</sup> Art. 4°. “Derecho a la vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

<sup>70</sup> “F. A. L.”, cons. 10: “Que de las previsiones establecidas en el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del artículo 86, inciso 2°, del Código Penal. Ello por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos (ver al respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 23/81, ‘Baby Boy’, y la discusión en torno a la redacción de los mencionados artículos)”.

<sup>71</sup> Art. 2°. “Al ratificar la Convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: [...] Con relación al artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

### a) Doctrina del control de constitucionalidad

La doctrina del control de constitucionalidad –originada en el caso “Bonham”, de la mano del juez Coke, jurista impregnado de cultura aristotélica<sup>72</sup>– permite limitar la discrecionalidad del legislador (y, en su caso, del propio poder constituyente derivado). En efecto, si controlar constitucionalmente es verificar el arreglo de la norma impugnada –en su aplicación concreta– con la Norma Fundamental –en Argentina, la Constitución, los tratados de rango constitucional y los principios reconocidos por el art. 28 de la misma–, se seguiría que ello serviría como advertencia, a los otros poderes, para que cuiden de hacer un buen uso de su margen de discrecionalidad al elegir el camino de tal o cual medida de alcance general.

Ello fue advertido, oportunamente, por la Corte Suprema, al señalar que “el control de constitucionalidad de las leyes [...] es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo, que hace la Constitución, y de la naturaleza esencialmente subordinada y limitada de este último”<sup>73</sup>, es decir, la naturaleza esencialmente subordinada y limitada del poder legisferante.

Tal limitación sustenta la consideración de una discrecionalidad limitada en el legislador formal, incluso constituyente. Pero se halla acotada, en virtud de las tradicionales reglas aplicables<sup>74</sup>, a lo que se resuelva, en Justicia, en el caso. Ello, sin perjuicio de la salvedad formulada en I.b) –y que ameritaría un estudio por separado– respecto de los fallos que, al resolver en cuestiones abstractas, terminan –en los hechos– irradiando efectos hacia otros casos y poderes del Estado. Y sin perjuicio, en general, de la dependencia –del sistema de control de constitucionalidad de que se trate– de los principios generales que se reconozcan e incorporen a la Constitución<sup>75</sup>.

### b) Interpretación restrictiva de la norma atributiva de competencia

Se ha visto a la Administración como una cadena de delegación, del superior al inferior (delegación administrativa)<sup>76</sup>. A su vez, el Poder Ejecutivo recibiría competencias de la Constitución, al igual que la rama Judicial y el Congreso (delegación

<sup>72</sup> Así lo calificaba Bastit, Michel (2005). *El nacimiento de la ley moderna* (Pereyro, Nora, trad.). Buenos Aires, Educa, 32.

En similar sentido, acerca del citado jurista, Corwin, Edward S., “The ‘Higher Law’ Background of American Constitutional Law”. En *Harvard Law Review*, vol. 42, # 3 (Jan., 1929), 365-409.

Acerca del caso “Bonham”, y acerca de este acápite en general, ampliar en Bianchi, Alberto B. (2002). *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires. Ábaco, T. I, 2° ed. recstr. act. y ampl., 63-70.

<sup>73</sup> “Municipalidad de la Capital Isabel A. de Elortondo”, *Fallos*: 33:162 (1888).

<sup>74</sup> Me refiero a las denominadas “reglas de Brandeis”. Ampliar en Bianchi, *Control...* Ob. cit., 99/101.

<sup>75</sup> La incorporación de esos principios –incorporación que amerita un estudio por separado– puede hallar sustento en los postulados del Preámbulo, y opera junto con el principio de coordinación; ver voto del Dr. Maqueda en “Cavalla, Domingo Felipe s/ recurso de casación”, *Fallos*: 327:4376 (2004) (“El principio de la división de poderes, al margen de la separación externa de sus tres componentes, no excluye su vinculación por una natural interrelación funcional que asegura una necesaria coordinación [...] en orden a la consecución del bienestar general que impone el Preámbulo de la Constitución Nacional”).

<sup>76</sup> Bianchi, Alberto B. “La Administración pública vista como consecuencia de un proceso de delegación de facultades legislativas”. En *ED*, t. 129, 932-940.

constitucional). En esta línea de pensamiento, los tres poderes recibirían delegación del Constituyente, el cual, a su vez, sería delegatario del pueblo. Pues bien, la interpretación de la competencia asignada al delegatario –rama ejecutiva, judicial o legislativa, o constituyente mismo– sería, por esencia, de interpretación restrictiva<sup>77</sup>, como así lo serían también las subdelegaciones resultantes.

La Corte Suprema ha reconocido este carácter restrictivo en relación a la rama administrativa para la delegación administrativa<sup>78</sup>; en relación al Congreso para las facultades que, en general, ejerce<sup>79</sup>; en relación a las propias competencias de la Corte Suprema para fijar la feria<sup>80</sup>; en relación a los tres poderes del Estado para las facultades que les han sido otorgadas<sup>81</sup>.

La mentada interpretación restrictiva aparece como hábil para limitar la discrecionalidad del legislador pues, elípticamente, propicia relegar las facultades implícitas o la tesis de los postulados de la permisividad implícita, que un puñado de fallos de la Corte Suprema han convalidado<sup>82</sup>. Empero, debe admitirse que, en ocasiones, la jurisprudencia se ha sustentado en esos postulados al interpretar el alcance de la competencia, en el caso<sup>83</sup>, o bien los ha interpretado a la luz del principio de unidad de acción de los poderes del Estado, permitiendo mayor margen de discrecionalidad<sup>84</sup> o no<sup>85</sup>.

#### c) Derecho natural como límite

Gierke<sup>86</sup> enseña que “la teoría medieval era unánime en que el poder del Estado hallábase por debajo de las reglas del derecho natural y por encima de las reglas

<sup>77</sup> “[E]l instituto de la delegación es de interpretación restrictiva, tanto cuando ocurre entre órganos de la Administración (artículo 3° de la Ley N° 19.549), como cuando se trata de delegación de facultades de un Poder del Estado a otros, en particular, cuando se delegan facultades legislativas en órganos del Poder Ejecutivo, en tanto se está haciendo excepción a los principios constitucionales de legalidad y división de poderes”, cf. “YPF S.E. c/ Esso S.A.P.A s/ proceso de conocimiento”, Fallos: 335:1227 (2012).

<sup>78</sup> “YPF S.E. c/ Esso S.A.P.A s/ proceso de conocimiento”, Fallos: 335:1227 (2012), en lo relativo al Poder Ejecutivo.

<sup>79</sup> “El derecho es un límite al poder, lo que impide toda interpretación extensiva de las facultades de las Cámaras, las que para actuar legítimamente requieren de una norma de habilitación”, cf. Basso, Antonio Domingo c/ Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados”, Fallos: 330:3160 (2007).

<sup>80</sup> “Aliende, Eduardo Francisco”, Fallos: 300:391 (1978).

<sup>81</sup> “Apoderados y electores de la Alianza Frente de la Esperanza s/ acción constitutiva de tipo cautelar”, Fallos: 316:972 (1993).

<sup>82</sup> “Mc Culloch v. Maryland”, 17 US 316 (1819) (poderes implícitos del Congreso); “Rodríguez, Jorge - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/ plantea cuestión de competencia”, Fallos: 320:2851 (1997) (poderes implícitos del Poder Ejecutivo, esp. en dictamen de la Procuración General de la Nación); “Pérez de Smith, Ana María y otros”, Fallos: 300:282 (1978) (poderes implícitos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

<sup>83</sup> Ídem n. 79.

<sup>84</sup> Así, en “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA) s/ amparo”, Fallos: 313:1513 (1990).

<sup>85</sup> Ver n. 73.

<sup>86</sup> Gierke, Otto von (1963). *Teorías políticas de la edad media* (Irazusta, Julio, trad.). Buenos Aires. Huemul, 174.

del derecho positivo [...] Un derecho concebido como dentro del derecho positivo se consideraba [...] el resultado de una concesión hecha por el Estado y sujeta a las disposiciones del soberano [...]”. De ello se infiere que haya un derecho natural conformado por reglas, que opera como límite a los poderes estatales.

Según Gierke, el derecho positivo puede dar apoyo a la protección de los derechos adquiridos<sup>87</sup>, en la medida en que el derecho adquirido tenga algún punto de apoyo en el derecho natural<sup>88</sup>. Por ello afirma que “la doctrina medieval ya estaba llena de la idea acerca de los innatos e indestructibles derechos del individuo”<sup>89</sup>, y acepta que todo acto de soberanía que pasase los límites establecidos por el derecho natural es formalmente nulo y sin valor. Agrega que “igualmente nulo y sin valor debe considerar, cada juez y cada magistrado de otra especie encargado de aplicar la ley, no solo a cada acto ejecutivo y legal, sino cada estatuto ilegal, aun cuando hubiese sido promulgado por papa o emperador”<sup>90</sup>. En lo principal, esta concepción medieval ata al Estado a los límites de la ley moral en general y a los límites de la ley de naturaleza<sup>91</sup>, enfatizó la “coordinación”<sup>92</sup> entre poderes, y solo halló su fin con el arribo de las ideas de Maquiavelo<sup>93</sup>.

El valor trascendental de la interpretación de Gierke es poner de relieve los límites, de la ley positiva, en la ley natural, operando esta como limitante de la discrecionalidad del emisor de la ley positiva de cualquier clase.

#### d) Doctrina tomista

##### (i) El carácter limitado de la discrecionalidad en Santo Tomás

En la *Summa Teológica*, Santo Tomás se refiere a la discrecionalidad al menos en dos ocasiones: en el art. 4° de la Cuestión 61 del segundo volumen, y en el art. 3° de la Cuestión 89 del tercer volumen<sup>94</sup>.

En punto a si las cuatro virtudes cardinales difieren entre sí, señala que “estas cuatro virtudes son entendidas de diversa manera según los diversos autores [...] la prudencia es meramente una cierta rectitud de la discrecionalidad [discretion] en acciones o materias cualesquiera [...]. Es solo en punto a tener discrecionalidad, que adscribimos a la prudencia, que parece haber un distinguo respecto de las otras tres, en la medida en que la discrecionalidad pertenece esencialmente a la razón”<sup>95</sup>.

<sup>87</sup> *Ibidem*, 176.

<sup>88</sup> *Ibidem*, 176.

<sup>89</sup> *Ibidem*, 177.

<sup>90</sup> *Ibidem*, 180.

<sup>91</sup> *Ibidem*, 183.

<sup>92</sup> *Ibidem*, 184.

<sup>93</sup> *Ibidem*, 183.

<sup>94</sup> Se cita St. Thomas Aquinas. *Summa Theologica* (Fathers of the English Dominican Province, trans.). Christian Classics. Notre Dame, Indiana, vol. 2, I° II°QQ. 1-114, 848-849 y vol. 3, II° II°QQ. 1-148, 987-988.

<sup>95</sup> I-II: Q61, A4, en St. Thomas Aquinas. *Summa Theologica*... Ob. cit., vol. 2, p. 848.

En punto a los juramentos y la adecuación de las condiciones a las que se someten los mismos, es decir, justicia, juicio y verdad, afirma que jurar "requiere juicio o discrecionalidad por parte de quien juró", y replicando a la objeción relativa a que la verdad es parte de la justicia, y relativa a que el juicio es un acto de justicia y, en general, relativa a que no se pueden enumerar cosas como si fueran distintas si unas son parte integrante de las otras, afirma: "Juicio no significa aquí ejecutar justicia, sino juzgar la discrecionalidad, como se dijo"<sup>96</sup>.

Se advierte, de acuerdo a estas transcripciones, y en una primera lectura, el carácter limitado de la discrecionalidad considerada en general: el Aquinate considera que la discrecionalidad en tanto obediente de la rectitud es prudencia, y, en tanto predicada de la acción, acción discrecional será acción prudente. Además, será pasible de juicio. Esta conclusión es trascendental pues la discrecionalidad queda atada a la virtud de la prudencia, que es, como enseña San Agustín, "saber qué perseguir y qué evitar"<sup>97</sup>. He aquí el límite primero, a su vez, enjuiciable.

Aplicar, a la ley, estos asertos, implicaría exigir —en la ley como "regla y medida de los actos" y en tanto etimológicamente vinculada a *ligare* o vinculación a la acción y en tanto perteneciente a la razón<sup>98</sup>— la prudencia. Se asegura, así, que la ley quedará bien lejos del capricho pues ningún accionar regular, racional, podrá ser caprichoso<sup>99</sup>. También quedará vinculada a lo acostumbrado, por previa ligazón, proveyéndose una cuota de previsibilidad o desplazándose la sorpresa o sentido de lo inesperado.

En Argentina, la jurisprudencia, empero, no parece haber analizado la discrecionalidad del legislador desde la óptica inicial y generalista de la prudencia sino solamente desde la de la justicia en el caso en concreto<sup>100</sup>.

A modo de ejemplo, la prudencia del legislador, en la elaboración de clases que afectan la garantía de igualdad, la latitud admitida es considerable, a veces sujeta

<sup>96</sup> II-II: Q89, A3, en St. Thomas Aquinas, *Summa Theologica*... Ob. cit., vol. 3, p. 1574.

<sup>97</sup> II-II: Q47, A1, en St. Thomas Aquinas, *Summa Theologica*... Ob. cit., vol. 3, p. 1383.

<sup>98</sup> I-II: Q90, A1, en St. Thomas Aquinas, *Summa Theologica*... Ob. cit., vol. 2, p. 993.

<sup>99</sup> Según Bastit, Michel, *El nacimiento de la ley moderna*... Ob. cit., 66, "en regla introduce una regularidad, una estabilidad que hace escapar la ley al capricho. Se escapa aún más cuando observamos que, para Santo Tomás, se trata de una regla que impulsa una acción, la regla liga en función del acto a realizar, está orientada a la realización de ese acto".

<sup>100</sup> Puede verse el caso "Quispe", es decir: "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", *Fallos*: 333-452 (2012): "Los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, y sin perjuicio de las *decisiones políticas discrecionales*, los poderes deben atender a las garantías ímportantes indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad" (el destacado no es del original). Agradezco a Patricia Guglielmitti este dato.

Cf. voto de Dr. Rossi en "Sabella, Alberto", *Fallos*: 300-1204 (1978): "La ley no solo persigue orientar, educar y compeler la conducta social de los ciudadanos, sino también solucionar conflictos de intereses ya producidos en aras del bien común y la paz social; en esta función cabe reconocer autonomía a la prudencia del legislador a cuyo cargo está el cuidado de una determinada comunidad, sin que competa a los magistrados juzgar de ello en tanto no resulten gravemente lesionados, en causa judicial concreta, principios fundamentales del orden jurídico o garantías constitucionales. Cualquiera sea la solución que, en la materia de que aquí se trata, se pueda propugnar de *lege ferenda*, la situación especial de autos —conflicto entre la concubina del causante soltero y la hermana de este, respecto de su pensión— no autoriza la descalificación de la ordenanza que otorga derechos a la primera".

a un tenue control de razonabilidad<sup>101</sup>. En cuanto a la ligazón, de la ley en sentido amplio, a lo acostumbrado —en definitiva, a la moral—, en la próxima sección veremos cómo esta última, llevada de la retrospección a la prospección, bien puede operar como límite al margen de decisión del legislador.

Veamos, ahora, qué estudios más actuales explican la aplicabilidad de estos cánones al quehacer legislativo.

#### (ii) Desarrollo de la tesis del carácter limitado. Un ejemplo

Explica Finnis que el legislador, adecuadamente, tiene responsabilidad y competencia limitadas: el Estado no es un organismo, sino un orden de acción coordinada para algún fin<sup>102</sup>. Agrega que "el gobierno y las leyes de un Estado son lo central en el gobierno y en ley, y las formas más articuladas de coordinación humana"<sup>103</sup>. Es a partir de este principio de coordinación que abrevia en Santo Tomás para recordar la definición de ley.

La definición de ley brinda cruciales elementos que el legislador tiene que tener en cuenta: razón, bien de la comunidad, emanación de quien tiene la responsabilidad de velar por esa comunidad. En suma, si la ley es considerada un "plan para promover el bien común de la comunidad"<sup>104</sup>, el espectro de opciones disponibles para el legislador será, necesariamente, reducido, y servirá de orientación a la prudencia con que se desempeñe. Ello es crucial pues, como bien explica Finnis, en pos de la coordinación, puede tener que hacerse uso de la discrecionalidad para dirimir cuestiones<sup>105</sup>.

El proceso —que podemos llamar "legislativo"— comprende, en la tesis tomista, diversos pasos, según explica el autor citado, a saber:

- (i) deducción de la ley humana a partir de la ley natural;
- (ii) *determinatio*, que comprende pluralidad de decisiones y que representa ley natural aunque parte de ella no sea más que ley positiva, mucho menos perfecta;
- (iii) fijación del contenido de la ley<sup>106</sup>.

Y en ese proceso legislativo, la aparente infinita libertad del legislador se halla constreñida de cara al pasado —tal vez en lo relativo a la competencia— y, al mismo tiempo, de cara al futuro —con sustancial componente moral. Ello pues las leyes

<sup>101</sup> Pueden verse "Pacciuato, Omar Alberto y otros c/ EN - M° de Justicia s/ empleo público", *Fallos*: 320-304 (2006); "Asociación Mutual Carlos Mujica c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional - COMFER) s/ amparo", *Fallos*: 326-3142 (2003).

<sup>102</sup> Finnis, John, *Aquinas, Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 198, 242, y en este caso, así como en las notas al pie subsiguientes, todas sus citas de la *Summa Theologica*.

<sup>103</sup> Finnis, *Aquinas*... Ob. cit., p. 265, y, con mayor detalle, en p. 263.

<sup>104</sup> Finnis, *Aquinas*... Ob. cit., p. 257.

<sup>105</sup> Finnis, *Natural Law*... Ob. cit., p. 269.

<sup>106</sup> Finnis, *Aquinas*... Ob. cit., 268.

—según enseña Stein— “son referibles retrospectivamente a un sujeto que las ha sancionado, y son referibles prospectivamente a un deber ser”<sup>107</sup>. De allí su origen en la *ligazón* a la que me refería en el acápite precedente.

Interesa destacar, en esta apretada síntesis, la escasa incidencia del elemento competencia como límite al margen de maniobra del legislador. En efecto, alguien puede privarme de la propiedad sin competencia, mediante el mero poder o fuerza. Alguien puede invocar la necesidad o la emergencia para justificar un despojo. Hablar de competencia, dice Finnis, es hablar de obligación, obligación moral, y de leyes que obliguen moralmente<sup>108</sup>. De allí que hallar límite en la competencia, para sofrenar la discrecionalidad del legislador, en este liminar estadio, resultaría fútil, en comparación con el *test* de *coordinación*, que implicará mirar hacia las decisiones pasadas —en pos de la *ligazón* ya recordada—, ponderar las otras leyes, identificar el bien perseguido, asegurarse de que el mismo sea un bien común, y ante pluralidad de vías razonables, adoptar un curso de acción que no requiera cooperación sino tan solo coordinación, en vistas de ese bien común.

En este escenario, los límites a la discrecionalidad del legislador aparecen, entonces, nítidamente<sup>109</sup>: (i) evitar el egoísmo o la vanidad; (ii) evitar actuar fuera de la competencia o poder asignado; (iii) al tiempo que se actúa en vista del bien común, evitar asignar las cargas en forma despareja.

Un claro ejemplo jurisprudencial, ilustrativo de la apretada síntesis de limitaciones efectuada, puede hallarse en la temática de los denominados “cargos de infraestructura” y en los “cargos de importación”. En cierta forma, puede decirse que la imposición de esos cargos, a ciertos usuarios, ha significado redefinir clases de usuarios para sobrecargar a algunas de ellas, en forma inconsulta, en contra del principio básico de coordinación, a nivel de la red de usuarios, y a nivel de la nación toda. Veamos.

Por medio de la Ley N° 26.095 se crearon cargos para el desarrollo de obras de infraestructura eléctrica y para el transporte y la distribución de los servicios de gas natural, y ese se extendió a la importación de gas natural por Decreto N° 2.067/2008 (luego recalificado, Ley N° 26.784, art. 54). Mientras los primeros están asignados a la construcción de determinadas obras públicas que hacen a la organización del respectivo servicio público, los segundos, en cambio, fueron directamente destinados con carácter general a financiar la importación de gas para “para satisfacer las necesidades nacionales de dicho hidrocarburo, con el fin de garantizar el abastecimiento interno y la continuidad del crecimiento del país y sus industrias”, según reza la norma. La jurisprudencia convalidó<sup>110</sup> todo el primer régimen —en tanto los cargos eran tarifarios, no obstante no requerir audiencia pública previa—, seguramente teniendo en cuenta que las inversiones, a sufragar por algunos usuarios, iban

a ayudar al bien común, es decir, al bien de la red y de todos los usuarios conectados a ella. Este bien pudo haber sido el horizonte de la discrecionalidad del legislador. Pero en el caso de los segundos, cargos destinados a sufragar importaciones de gas, como se hallan enderezados a satisfacer necesidades “nacionales”, de abastecimiento “interno” y de continuidad del crecimiento “del país y sus industrias”, la consideración del bien común en la especie sería la de un bien del orden no ya de la red y sus usuarios, sino nacional. En el primer supuesto, se coordinan esfuerzos entre usuarios de la red. En el segundo, se intenta coordinar la oferta del fluido aplicando, en forma despareja, la carga, sobre ciertos usuarios, con bien resultante esparcido no ya hacia la toda la red sino hacia todo el país, fronteras adentro. De este modo, no se respeta el basamento mismo de la coordinación, que requiere respeto de la igualdad ante las cargas.

La actualidad y permanencia de la doctrina tomista permite ponderar este supuesto y advertir, en el impacto de las consideraciones de prudencia que, necesariamente, deben prologar decisiones legislativas como las traídas a colación, confrontadas con las opciones legislativas excluidas; un desdén hacia la finalidad de bien común de la comunidad toda; y, en definitiva, un preterir de la Justicia en los respectivos regímenes, que abundan las diferencias entre clases alcanzadas, en contra del principio de *coordinación*. Si bien se percibe limitada la discrecionalidad del legislador administrativo, que se ve obligado a incluir el Decreto N° 2.067 en la Ley de Presupuesto 2013, la carencia de limitación al ejercicio de la competencia legislativa surge prístinamente en la forma de asignación de la carga.

#### IV. Conclusiones

La discrecionalidad del legislador —concebido en sentido lato— parece, a primera vista, pasible de variadas limitaciones, por vía de doctrinas de diversa fuente, para su recto ejercicio o control. Pero muchas de ellas carecen de aptitud para limitarla en vista de los postulados del Derecho natural.

Las tesis de la inexistencia de límites a esa discrecionalidad son variadas, inestables en su interpretación, y aún en su versión más específica, redundan en admitir la no-limitación de aquella, con las gravosas consecuencias para las personas comprendidas (punto II).

Las doctrinas que permiten limitar esa discrecionalidad pueden ofrecer ambages del renglón de los principios reconocibles o de su desemboque en declaraciones legislativas emanadas del juzgador (sección punto III.a.); o bien de la provincia de la amplia latitud admitida en la ponderación de la competencia ejercida (punto III.b.).

Es así como, en plena Edad Media, cuando prácticamente la función legislativa pasó a un segundo plano, la elaboración de una doctrina del derecho natural como límite a la ley (punto III.c.) nos adentra en la doctrina tomista y nos permite la identificación de límites a la discrecionalidad del legislador a partir de ella, con vocación de permanencia y plena aplicabilidad actual (punto III.d.).

<sup>107</sup> Stein, Edith (2006). *An Investigation Concerning the State* (Sawicki, Marianne, trad.). Washington DC. Institute of Carmelite Studies, 41.

<sup>108</sup> Finnis. *Aquinas...* Ob. cit., 269.

<sup>109</sup> Finnis. *Aquinas...* Ob. cit., 273.

<sup>110</sup> “Establecimiento Liniers c/ EN - Ley N° 26.095 - Ministerio de Planificación - Resol. 2008/06 y otros s/ amparo Ley N° 16.986”, Causa E. 280.XLIV, del 11-6-2013 y “Soldano, Domingo c/ EN Ley N° 26.095-M° de Planificación - Resol. 2008/06 y otro s/ amparo Ley N° 16.986”, causa S.537.XLV, del 15-7-2014.