

Diario Administrativo Nro 77 - 11.08.2015

Poder de Policía. Crisis de un instituto siempre vigente y controvertible

Primera parte: Evolución histórica

Por Matías Gastón Lafuente¹

“...No hay más que un sistema de reglamentar la libertad; y es el de que la libertad de los unos no perjudique la libertad de los otros; salir de ahí no es reglamentar la libertad de trabajo es oprimirla...” (Alberdi).

Desde hace ya muchos años, grandes maestros de nuestro derecho constitucional y administrativo² se han preocupado por caracterizar el polémico instituto del poder de policía y con ello ceñir sus alcances, límites y efectos. Sin embargo, esa delimitación no ha sido -y tal vez nunca lo sea- pacífica en ninguno de sus aspectos centrales.

En ese contexto, nos proponemos reflexionar sobre si -tal como sostiene Agustín Gordillo-³ nos encontramos ante una crisis en la noción de “Poder de Policía” y, en su caso, si ella es producto de cambios estructurales en la actual organización estatal, o -si muy por el contrario- el instituto ha nacido con vicios que indefectiblemente lo conducirían a una colisión con el esquema de Estado que se concibe en estas latitudes. Para ello, en una primera entrega analizaremos los contornos históricos del instituto y abordaremos luego, en una segunda oportunidad, los principales embates que recibe.

I. Orígenes de la figura

La idea del “poder de policía” llega a nuestro derecho público como fruto de dos vertientes, una continental, relacionada con el derecho administrativo, y otra norteamericana, enlazada al derecho constitucional.⁴ La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos⁵ fue la primera en introducir el vocablo al mundo jurídico.⁶ Al hacerlo, adoptó un concepto amplio y flexible de poder de policía, enderezado a satisfacer intereses sociales generales,⁷ concepto este, contrapuesto diametralmente al restringido que se propone en el continente europeo y en el que, adelantamos, se enrola la mayoría de nuestra doctrina.

En nuestro derecho, el instituto ha sido concebido como el “poder del Estado cuando se ejerce nada más que en orden a la protección de la salubridad, moralidad y seguridad públicas, con el consiguiente efecto de limitar los derechos para hacer efectivos esos objetivos concretos”.⁸ Por su parte, la Corte Suprema de Justicia nacional caracterizó al instituto en 1866,⁹ al sostener que *el poder de policía es aquel que ostentan las provincias, y por delegación las municipalidades, para reglamentar y aún limitar por causas de interés general, las libertades individuales.*¹⁰

De la amplitud o estrictez que se conceda a la noción de “poder de policía” dependerá el alcance de la capacidad de Estado para limitar los derechos individuales en aras de tutelar diferentes bienes jurídicos generales. Cuando esos bienes objeto de protección sean la seguridad, salubridad y moralidad de la población, nos atenderemos al concepto restringido de poder de policía, pero cuando el resguardo incluya también la protección de la sociedad sobre todas aquellas acciones que puedan vulnerar el bienestar social, nos toparemos ante el concepto más amplio del instituto. La jurisprudencia argentina evidencia, aun erráticamente, una tendencia a la ampliación de los bienes tutelados bajo la noción, y consecuentemente, una creciente ampliación de las limitaciones a los derechos. Su punto máximo es la figura del “poder de policía de la emergencia”, que ha encuadrado los mayores niveles de intervención en la esfera subjetiva en aras de salvaguardar la subsistencia del Estado.

¹ Docente de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue.

² Véase, Villegas Basabilvaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, T. V, Tipografía Editora Argentina, Bs. As. 1954; Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, 1998 Vol. II, Pág. 345 y Sgtes. Este autor ya había desarrollado el tema en su libro *Derecho Constitucional de 1966*; Bielsa, Rafael, *Compendio de Derecho Público. Constitucional, Administrativo y Fiscal*, Tipografía Llord S.R.L, Bs. As., 1952, entre otros.

³ Gordillo Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Capítulo V, Fundación de Derecho Administrativo.

⁴ Legarre Santiago, “Poder de policía (historia, jurisprudencia, la doctrina)”, *La Ley* 2000-A.999.

⁵ Corte Suprema de Estados Unidos: *Brown v. Maryland*, 419:1827.

⁶ Sin embargo, la noción en estudio se remonta a mucho tiempo antes. Para un detallado análisis de la evolución del concepto, véase Legarre Santiago, en la publicación antes citada.

⁷ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, 2º Edición, La Ley, Pág. 69.

⁸ Así lo define Legarre Santiago siguiendo a German Bidart Campos en el libro citado en el pie de página N° I.

⁹ CSJN, Fallo 3:468, *Varios puesteros próximos al Mercado del Centro c. el Empresario del mismo Mercado*.

¹⁰ En el caso, se encontraban en pugna la libertad de trabajar y ejercer toda industria lícita y lo concerniente a la seguridad, salubridad, ornato, limpieza y fomento de la ciudad.

II. La tendencia jurisprudencial en Argentina

Resulta al menos discutible el carácter que el Alto Tribunal ha dado al “poder de policía” en las no pocas oportunidades en que ha debido expedirse sobre el tema. Es más, siguiendo la evolución de los pronunciamientos de la Corte,¹¹ nos encontramos con un panorama no muy claro al respecto. En algunos precedentes pareciera adoptar el concepto restringido –limitación de los derechos individuales exclusivamente con la finalidad de salvaguardar la seguridad, salubridad y moralidad públicas-, pero luego retoma la senda amplia del instituto, protegiendo como bien jurídico el bienestar general de la sociedad y permitiendo diferentes formas de emergencia.¹²

El problema referido, como bien señala María Angélica Gelli,¹³ ha sido constante en nuestra historia jurídica. No olvidemos -a modo de ejemplo- el sentido de los pronunciamientos de la Corte Suprema de la Nación en la década del 1990 respecto de las políticas de desregulación y reforma del Estado y, años más tarde, los precedentes jurisprudenciales en relación a los depósitos de los ciudadanos atrapados en los bancos.

Otro punto de quiebre que no puede dejar de ser tenido en cuenta a fines de delimitar el alcance del tema en estudio, lo constituye la reforma constitucional del año 1994. Con esa modificación constitucional se amplió el diseño del poder de policía- conforme surge del juego de los incs. 18 y 19 del art. 75 de nuestra carta Magna-, concibiéndose a su amparo un amplio poder regulatorio del Estado.

De manera que podemos observar dos tendencias en la utilización de la noción como instrumento de concentración de poder estatal.

En primer lugar, se advierte desde principios del siglo XX un ensanchamiento de la capacidad de intervención pública en la sociedad civil que fue viabilizada a través de la expansión de los cometidos tradicionales del poder de policía –salubridad, seguridad y moralidad- y la inclusión de la emergencia social como justificativo de regulaciones más intensas a las admitidas hasta ese momento. La nueva lectura constitucional habilitó un plexo de decisiones regulatorias que acrecentaron exponencialmente el rol del Estado en la vida social, pues la emergencia sirvió para traspasar los umbrales de la reglamentación de los derechos individuales que habían encorsetado la acción estatal en el Estado Abstencionista.¹⁴

En segundo lugar, a finales del mismo siglo XX, el poder de policía de la emergencia pasó a cumplir una nueva función.¹⁵ En esta nueva etapa no sólo se trató de ampliar la capacidad regulatoria del Estado, sino también legitimare el desconocimiento de los límites tradicionales de la división de poderes. Los reglamentos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes –conjugados con los preexistentes autónomos y de ejecución- permitieron al Poder Ejecutivo captar un cúmulo de potestades impensables en la interpretación clásica de la dinámica republicana y con ello ganar la iniciativa en el diseño de las políticas estatales, relegando al legislativo a funciones de delegación y control *ex post* de las medidas fundamentales para la vida del país.

Como veremos, son justamente estas consecuencias las que han guiado a un importante sector de la doctrina a poner en crisis la noción, por entender que fomenta la concentración del poder estatal en desmedro de los derechos. En la próxima entrega nos ocuparemos de esas críticas.

¹¹ La Corte, se pronuncia, en relación al tema, entre otros fallos, en *Saladeristas de Barracas*, 1887, Fallos 31:273; *Urquiza Montero y Otros*, 1903, Fallos 98:233; Fallos 115:82 –en el que estaba en juego la distribución de medicamentos-; *Ercolano*, 1922, Fallos 136:164; Fallo 128:85 –que trataba el tema de la regulación del expendio de leche-; En el año 1929 se pronuncia sobre las facultades policiales de las provincias y del distrito federal. En la misma línea Fallos 7:150; 168:83; 207:231; 200:451 y 270:377.

¹² Sostiene Gordillo (op. cit. págs. V-9 a V-12), que en el Estado actual se ha producido un cambio en los caracteres generales del Poder de Policía. “Por lo pronto, es evidente que los bienes jurídicos que el Estado protege a través de los limitaciones y restricciones a los derechos individuales, lejos de restringirse a esos tres, se multiplican”.

¹³ Gelli, María Angélica, op. cit. pág. 69.

¹⁴ CSJN, *Ercolano*, cit. (ley 11.157); *Horta*, 1922, Fallos, 136:170 (id.); *Mango*, 1925, Fallos, 144:220 (ley 11.318); *Compañía Azucarera Tucumana*, 1927, Fallos, 150:150 (ley provincial); *Compañía Swift de La Plata S.A.*, 1934, Fallos, 171:349 (ley 11.226); *Avico*, 1934, Fallos, 172:21 (ley 11.741); *Inchauspe Hnos.*, 1944, Fallos, 199:483, (ley 11.747); *Nadur*, 1959, Fallos, 243:449 (ley 14.438); *Russo*, 1959, Fallos, 243:467 (ley 14.442); *Cine Callao*, 1960, Fallos, 247:121 (ley 14.226); *Fernández Orquín*, 1966, Fallos, 264:416 (ley 14.451); *RolonZappa*, 1986, Fallos, 308:1848 (ley 21.864).

¹⁵ CSJN, *Soengas*, 1990, Fallos, 313:664; *Peralta*, 1990, Fallos, 313:1513; *Cocchia*, 1993, Fallos, 316:2624 (ampliando la doctrina de *Delfino*, 1927, Fallos, 148:430 y *Praticco*, 1960, Fallos, 246:345); *Rodríguez*, 1997, Fallos, 320:2851; *Guida*, 2000, Fallos, 323:1566; *Müller*, 2003, Fallos, 326:1138; *San Luis*, 2003, Fallos, 326:417, entre otros.