

CAPÍTULO V

EL “PODER DE POLICÍA”

SUMARIO

1. Poder o función. Autoridad o libertad	V-1 / 203
2. Atribución o servicio público.....	V-5 / 207
3. Origen y evolución. El poder de policía en el Estado de Policía y en el Estado liberal	V-6 / 208
4. Caracteres clásicos generales	V-8 / 210
5. Su cambio en el Estado actual.....	V-9 / 211
6. La promoción del bienestar social y el “poder de policía”	V-13 / 215
7. La crisis de la “noción” de “poder de policía”.....	V-14 / 216
8. Otros caracteres antiguos de la “policía”	V-15 / 217
9. Pérdida de identidad propia.....	V-16 / 218
10. Caracteres en la doctrina actual. Crítica.....	V-17 / 219
11. La distinción entre “policía” y “poder de policía.” Crítica	V-18 / 220
12. El régimen jurídico de la “policía.” Crítica	V-20 / 222
13. Fundamento político autoritario.....	V-22 / 224
14. La inversión del principio. Los derechos individuales como principio, su limitación como excepción	V-23 / 225
15. Conclusiones. La purificación de la técnica científica.....	V-24 / 226
15.1. Facultades de la administración.....	V-24 / 226
15.2. Facultades del Congreso	V-27 / 229

Capítulo V

EL “PODER DE POLICÍA”

1. Poder o función. Autoridad o libertad

La doble noción de “policía” o “poder de policía” fue una de las más empleadas y la que más se prestaba a abusos por los equívocos a que dio lugar, confundiendo una frase ambigua con el sustento normativo para limitar derechos individuales. En la actualidad, las obras generales ya no traen un cap. sobre el tema,¹ como lo puntualiza BANDEIRA DE MELLO;² o se sustituye el término en obras puntuales³ o generales.⁴ A veces lo mantienen, coincidiendo en la crítica, aclarando que no se trata de una construcción jurídica.⁵ Otros autores mencionan la posibilidad de eliminarla, pero dudan si llegó el momento.⁶ La jurisprudencia de los tribunales

¹ Ver, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 16ª ed., t. II, 13ª ed., Thomson Reuters/Civitas, Navarra, 2013 y 12ª ed., Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, 2006, 1ª edición argentina con notas de AGUSTÍN GORDILLO; MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Trivium, 1999, 20ª ed.; COMADIRA, JULIO PABLO e IVANEGA, MIRIAM M. (Coord.), *Derecho Administrativo. Libro en Homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.

² BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo*, San Pablo, Malheiros, 2004, 17ª ed., cap. XIII, sección I, § 6, p. 717, quien expresa: “La crítica [...] fue [...] bien hecha por Agustín Gordillo [...] a quien hoy damos razón y según quien sería mejor que fuese eliminada del vocabulario jurídico. Actualmente, en la mayoría de los países europeos [...] el tema es tratado [...] no más bajo el rótulo de «poder de policía».”

³ SUNDFELD, CARLOS ARI, *Direito administrativo ordenador*, San Pablo, Malheiros, 2003; “Administração ordenadora,” en BANDEIRA DE MELLO (coord.), *Direito administrativo na Constituição de 1998*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 59 y ss.

⁴ VALLE FIGUEIREDO, LUCÍA, *Curso de derecho administrativo*, San Pablo, Malheiros, 2000, 4ª ed., cap. XI, § 4, pp. 283-6.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, op. loc. cit. El cambio de opinión que expresa es respecto a su prólogo al excelente trabajo crítico a este cap., por BEZOS, CLOVIS, *Poder de polícia*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1979, que nos distinguió con su pormenorizada y conceptuosa crítica.

⁶ MARTÍNEZ, PATRICIA R., “Policía y poder de policía,” en FARRANDO (H.), ISMAEL y MARTÍNEZ, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, pp. 505-6; GUAJARDO, CARLOS A., *Código Alimentario Argentino. Su valoración jurídica*, Mendoza, EJC, 1998, p. 137. No obstante, otras obras generales nacionales, no del derecho comparado, continúan dedicando un capítulo al tema, como el n° 19 en CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Summa de derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires,

administrativos internacionales, de creciente importancia en el mundo contemporáneo del derecho administrativo, tampoco la utiliza. Hasta la legislación local comienza a abandonarla, siguiendo esta perspectiva. La tónica general, en Europa al menos, es la que en su momento hemos adoptado.⁷ En este capítulo el derecho administrativo repite la tónica de abuso semántico del lenguaje en favor del poder de turno, que ya denunciábamos.⁸ Pero el tema reaparece siempre bajo nuevos vocablos, nuevos capítulos, nuevas cabezas de Hidra: Necesidad y urgencia, delegación legislativa, etc. Es la eterna lucha contra el poder incondicionado que deben librar los que pretenden vivir en un estado democrático de derecho.

El aditamento de “Poder” es inexacto: El poder estatal es uno sólo. La llamada división de “poderes” consiste en una división de “funciones” (legislativa, administrativa, jurisdiccional) y de órganos (legislativo, administrativo y jurisdiccional.) La policía o el “poder de policía” no son órganos del Estado, sino una parte de alguna de las funciones mencionadas.⁹ Esta cuestión semántica tiene implicancias políticas e ideológicas. Desde un punto de vista político, hablar de policía o poder de policía es tomar como punto de partida el poder del Estado sobre los individuos. Tal como veremos en el caso *Cine Callao*,¹⁰ ese punto de partida ideológico llevó a error a la CSJN, que en esencia sostuvo que porque el Estado detentaba el poder, tenía además derecho,¹¹ en el caso. Sin embargo, el Estado tenía el poder pero no tenía el derecho.

También se ha utilizado la fraseología para confundir el ámbito expreso de la legislación del de la reglamentación, pretendiendo que la administración puede ejercer facultades legislativas,¹² p. ej. a propósito del art. 42 de la Constitución.

Abeledo Perrot, 2013, y en HUTCHINSON, TOMÁS (dir.), *Derecho Administrativo: Poder de Policía y Fomento*, Buenos Aires, La Ley, 2010. Aquí HUTCHINSON señala el “margen de discusión” existente pero no considera útil abandonar un término que “significa un valor convencional ... que sintetiza el fenómenos de los actos de limitación jurídica.” HUTCHINSON, *op. cit.*, t. II, pp. 1-2. Justamente ese valor “convencional” de limitar los derechos individuales es lo que determina nuestra posición contraria a él. Preferimos que la convención sea el derecho, no su limitación.

⁷ Uno de los primeros en advertirlo, en nuestra lengua, fue GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El administrado*, Madrid, Abella, 1966, p. 12, citando afectuosamente nuestro primigenio trabajo “La crisis de la noción de poder de policía,” 1960; ver también nuestro art. “Policía y poder de policía,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41.

⁸ En el t. 1, cap. I, § 4.3, “Un «derecho» legitimador del poder absoluto,” § 5.1, “El lenguaje del poder incondicionado,” § 4.2, “La búsqueda del poder incondicionado.”

⁹ Confr. VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1949/50, t. V, p. 99 y ss.

¹⁰ O, si el lector estudió Derechos Humanos, lo vio al analizar la guía de lectura de dicho caso. Nos remitimos a GORDILLO-FLAX y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007, 6ª ed., cap. XI, <http://gordillo.com/DH6/capXI.pdf>.

¹¹ Transpolamos la frase de CARRIÓ, GENARO, citada *supra*, t. 1, *Parte general*, cap. I.

¹² STRAUSS, PETER L., “From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking,” en *Las formas de la actividad administrativa*, Caracas, Funeda, 1996, p. 335 y ss. y su anterior “The Rulemaking Continuum,” 41 *Duke Law Journal*, 1992, p. 1463 y ss., esp. pp. 1468-9. Por lo demás y como recuerda GUAJARDO, *op. loc. cit.*, la idea norteamericana no era tampoco la que

En todo caso, el derecho norteamericano¹³ que mucho ha sido utilizado para invocar el “*police power*” prefiere hoy en día referirse simplemente a la regulación (“*regulation*”) o también “*rulemaking*” para designar la emisión administrativa de normas, diferenciándola de la específica legislación (“*legislation*”) producida por una legislatura representativa.

Luego de haber el país ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, ella lo compromete interna e internacionalmente a respetar una serie de garantías individuales. Al haber incluido las convenciones de derechos humanos en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, no pueden sus juristas partir del poder del Estado como noción fundante de un sistema.¹⁴

Deben partir de las libertades públicas y derechos individuales, es el derecho positivo vigente. Lo mismo se aplica a las inversiones extranjeras, que tienen un sistema de revisión arbitral internacional para la tutela de esos derechos de carácter económico.¹⁵

Deben pues, si explican el sistema jurídico de nuestro país, partir de los derechos de los individuos, que son la base del sistema democrático de gobierno.¹⁶ Podrá haber limitaciones a tales derechos y las habrá, sin duda, pero el que explica y analiza el sistema jurídico administrativo no puede partir de la limitación, para entrar después inevitablemente a las limitaciones de las limitaciones.¹⁷

Cabe partir del derecho que se ejerce y en su caso señalar hasta dónde se lo puede ejercer, no existe otra metodología posible en un estado democrático de derecho. Ya hasta los programas de enseñanza de la Facultad tienen una materia dedicada a la enseñanza de los derechos humanos, donde tanto se explican los derechos como sus limitaciones, pero siempre partiendo de los derechos y libertades.

tomaron nuestros fallos y autores, pues se refería a la división de facultades del Congreso federal y las legislaturas locales.

¹³ A pesar de las claras Opiniones Consultivas en contrario de la CorteIDH, obligatorias internamente: *Gioldi, Bramajo, Arce*, etc. que explicamos en el t. 1, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo.”

¹⁴ Desde 1994 aprobamos y ratificamos tratados de derechos humanos; mal podemos dedicar “teorías” a la *limitación* de esos derechos. Así, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (ley 24.632), prevé en su art. 11 pedir opiniones consultivas a la CorteIDH, obligatorias en el derecho interno (*Gioldi, LL*, 1995-D, 462; *Bramajo, DJ*, 1996-196 y *Arce, LL*, 1997-F, 697); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ley 24.820, que le da jerarquía constitucional); la Convención Interamericana contra la Corrupción; la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (ley 25.319); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (ley 25.632), etc.

¹⁵ Como explicamos, *infra*, cap. XVII, “El arbitraje administrativo nacional.”

¹⁶ SÁENZ, JORGE A., “Gordillo, la función administrativa y la democracia,” en BOTASSI, CARLOS A. (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP Librería Editora Platense, 2003, pp. 69-78, esp. 77; BOTASSI, “Presentación,” en BOTASSI (dir.), *Temas...*, *op. cit.*, pp. 9-14, esp. 11.

¹⁷ Ver HUTCHINSON, TOMÁS, “La actividad administrativa de policía y las garantías de los derechos constitucionales,” en *Las formas de la actividad administrativa*, Caracas, Funeda, 1996, p. 95 y ss.

¿Cómo hacer lo contrario en derecho administrativo? El derecho constitucional también enseña, en su parte dogmática, los derechos individuales y sus limitaciones. ¿Qué tiene que hacer el derecho administrativo, a contramano de los demás derechos, teorizando a partir de las limitaciones?

Solamente puede hacerlo si se define al derecho administrativo como el derecho de la administración y no el de los administrados, si se piensa que la administración necesita más poder y los individuos menos, si se cree que el fundamento del sistema constitucional argentino es éste, si se olvida que estamos sometidos a un orden jurídico internacional de los derechos humanos.

Es un contrasentido explicarles en primer año a los alumnos cuáles son sus derechos y limitaciones, reiterarlo luego en derecho constitucional y dar una *volteface* o contramarcha en el derecho administrativo, elaborando toda una “teoría” dedicada exclusivamente a las limitaciones a tales derechos.¹⁸ Se invierte de ese modo, irrazonablemente, el principio constitucional. Lo fundamental deviene secundario, lo excepcional la norma. Los derechos de los individuos, en lugar de sujetos de la ecuación individuo-Estado, pasan a ser mero objeto de la acción controladora¹⁹ y restrictiva del poder estatal. Se parte del poder, se lo enuncia a nivel de principio, inconscientemente en algún caso se llega al punto máximo y se lo idolatra.²⁰ Es un punto de partida demasiado grave en un país con tradición autoritaria como el nuestro, que ha vivido bajo gobiernos de facto y poderes de facto, teorías de facto, construcciones sobre el derecho de la necesidad del Estado, legislación delegada, superpoderes delegados, reglamentos estatales de necesidad y urgencia, decretos leyes de gobiernos de facto que todos llaman y tratan como si fueran leyes, como si la diferencia ya se hubiera perdido en la memoria colectiva.

Un país en el que la corrupción es endémica y se entremezcla con las prácticas paralelas que nacen del ejercicio del poder.²¹ Sostuvimos la eliminación de la *noción* de poder de policía desde 1960,²² para enfatizar en cambio el estudio de

¹⁸ El derecho administrativo no debería mostrar una autocontradicción más propia de su objeto mediato de estudio, la administración, que de la disciplina que la estudia.

¹⁹ Ampliar en GONZÁLEZ PÉREZ, *Administración Pública y Libertad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 1971.

²⁰ Ya vimos en el t. 1, cap. I, el peligro de las idolatrías en derecho y en la ciencia; SAENZ, *op. cit.*, pp. 70-1.

²¹ Ver nuestros libros *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, 2ª ed., Buenos Aires, FDA, 2012, como Libro II del t. 6 de este *Tratado; Introducción al Derecho*, edición como e-book en www.gordillo.com, cap. VII, “La «certeza» que da el poder” y su versión inglesa, ampliada, *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003, cap. VII; SAENZ, *op. ult. cit.*; BOTASSI, *op. ult. cit.*; MAIRAL, HÉCTOR A., *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, RPA, 1ª ed., Buenos Aires, RAP, 2007; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “El derecho administrativo ¿es fuente de corrupción?” en AA.VV., *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho*, Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2009, pp. 385-389.

²² En nuestro art. “La crisis de la noción de poder de policía,” *Revista Argentina de Ciencia Política*, 2: 227, Buenos Aires, 1960.

su polo opuesto, las libertades y garantías individuales. Lo reiteramos en este tratado a partir de su 1ª ed. en 1974 y en el libro *Derechos Humanos*, 6ª ed., 2007.

Si bien parte de la doctrina argentina ha preferido continuar anclada a un pasado prehistórico a los derechos humanos, la tendencia universal justifica no abandonar el intento de corregir ese defecto de razonamiento teórico, político y práctico.

Hay que evitar intoxicarse con las teorías del poder²³ y lo que desde allí se puede hacer en detrimento de las libertades; se debe ser fiel a la premisa inicial de qué es y para qué debe servir el derecho administrativo²⁴ y no consagrar en cambio un “derecho administrativo” al servicio de la autoridad y del poder, como el “poder de policía.”

2. Atribución o servicio público

No debe confundirse el poder de policía con un órgano del Estado, como no debe confundírsele con los servicios públicos que presta. Afirmar que es “el conjunto de los servicios públicos,” es incongruente con decir luego que una especie de la policía (o sea, una especie de los servicios públicos) sea “policía del servicio público,” pues habría allí un servicio público del servicio público.²⁵

Servicio público es en todo caso una actividad monopólica de un concesionario o licenciatario particular o privado que ejerce un privilegio otorgado por el Estado; poder de policía, una facultad o atribución del Estado, que entre otras cosas se supone que limita y controla ese poder monopólico que ha concedido.

También es criticable considerarlo como una atribución implícita en el orden jurídico, una atribución metajurídica que el Estado tiene a su disposición por su naturaleza o esencia.²⁶

Ello se vincula con toda una concepción del derecho administrativo que parte de la premisa de que tales “potestades” pueden existir. Es así frecuente en el derecho administrativo encontrar autores que tratan de determinadas “potestades” que suponen apriorísticamente pertenecientes al Estado, antes o por encima de un orden jurídico positivo.

Esto constituye un error de interpretación del sistema, nacido al amparo de prejuicios que otorgaban al Estado determinadas prerrogativas, propias del soberano o monarca absoluto, no sometido a ley alguna; su soberanía absoluta e ilimitada, como es obvio, es totalmente contrapuesta con cualquier noción de régimen de estado de derecho democrático contemporáneo, en el cual los únicos

²³ Según feliz expresión de BREWER CARÍAS: “Es un sarampión por el que todos pasamos.”

²⁴ Ver *supra*, t. 1, cap. V, § 3 y cita de BODENHEIMER, nota 15.

²⁵ Comp. BIELSA, *Derecho administrativo*, t. IV, Buenos Aires, La Ley, 1965, 6ª ed., p. 1 y ss.

²⁶ Es el mismo error que reaparece en algunos autores al tratar el servicio público, como se verá en el cap. siguiente; error que ya hemos destacado en el cap. I del t. 1.

poderes que el Estado tiene son los que el orden jurídico le otorga en forma expresa o razonablemente implícita.

El problema de las seudopotestades públicas se ha hipertrofiado, dando origen a “instituciones” con supuesta existencia propia como la presente. Resulta simplemente falso razonar sobre la base de estas “instituciones” o “poderes,”²⁷ sin referir concretamente el punto *sub examine* al derecho positivo.

En el caso de la noción o atribución de policía, sería necesario remontarnos a sus orígenes históricos, primero, para luego ver evolutivamente cómo sus supuestos caracteres han ido desapareciendo uno a uno a través del tiempo, hasta llegar a la nada en el presente.²⁸

Y no nos parece adecuada metodología, desde un punto de vista axiológico, exponer la evolución histórica y quedarse en el pasado en lugar de dar un paso decisivo en la historia por la lucha de las libertades públicas²⁹ y los derechos humanos en general.³⁰ Es lo mismo que el continuado uso del vocablo “ley” para referirse a los decretos-leyes de los gobiernos de facto: Su tiempo ya pasó, pero el mal uso, inexplicablemente, continúa.³¹

3. *Origen y evolución. El poder de policía en el Estado de Policía y en el Estado liberal*

Dentro de la configuración existen numerosas concepciones divergentes, habiéndose planteado su crisis y existencia como figura autónoma. Para comprender el porqué de estas diferencias muchas veces sustanciales, es de interés recordar el origen y la evolución de dicho concepto. Algunos autores, contraponiendo su propio énfasis al nuestro, llegan a afirmar que “La jurisprudencia también, desde tiempos inmemoriales, afirmó la existencia del poder de policía.”³² En realidad no es para tanto. Desde la edad antigua hasta el siglo XV, “policía” designaba el total de las actividades estatales; en la organización griega de la *polis* (ciudad-Estado), el término significaba actividad pública o estatal y se mantuvo en esa

²⁷ O “funciones,” como algunos autores postulan.

²⁸ Para ubicar la evolución histórica del poder de policía dentro del marco general de la evolución del derecho administrativo, ver *supra*, t. 1, *Parte general*, cap. II.

²⁹ Señala GONZÁLEZ PÉREZ, *Administración pública y libertad*, op. cit., pp. 19-20, que “De una época que se concebía la limitación de la libertad por razones de seguridad y salubridad pública, hemos llegado a una en que no existe esfera o realidad social que no escape a la limitación de los motivos más diversos. Cualquier finalidad pública puede justificar un atentado a la libertad del hombre, a través de las diversas funciones administrativas. Resultado: los atentados diarios a la libertad individual.”

³⁰ Más de un autor argentino actual asoma al tópico pero no ejerce la opción clara y definida de abandonar una teoría que por definición es restrictiva y negatoria de las libertades públicas y los derechos humanos: MARTÍNEZ, op. loc. cit.; HUTCHINSON, op. loc. cit.

³¹ Ver nuestra crítica en el t. 1, cap. I, § 5, *Introducción al Derecho*, op. cit., cap. VII, *An Introduction to Law*, op. cit., cap. VII. Ver también, en igual sentido, SÁENZ, op. loc. cit.

³² LEGARRE, SANTIAGO, *Poder de policía y moralidad pública*, Buenos Aires, Ábaco y Universidad Austral, 2004, p. 244.

significación a pesar de la desaparición de la *polis*. En el siglo XVI se separa del concepto de policía todo lo referente a las relaciones internacionales; sucesivas restricciones hacen que en el siglo XVIII estén excluidas del concepto también la justicia y las finanzas.³³ En ese momento “policía” designa el total de la actividad administrativa interna —con exclusión de las finanzas—y consiste en la facultad estatal de reglar todo lo que se encuentra en los límites del Estado, sin excepción alguna; es el poder jurídicamente ilimitado de coaccionar y dictar órdenes para realizar lo que se crea conveniente. En este momento medieval la policía no estaba, por lo tanto, limitada ni en punto a su objeto o finalidad ni en cuanto a los medios que podía emplear;³⁴ pero se advierte ya que es una función del Estado y concretamente una parte de la función ejecutiva. En el siglo XVII JUAN ESTEBAN PÜTTER sostiene que la policía es la “suprema potestad que se ejerce para evitar los males futuros en el estado de la cosa pública interna” y que “la promoción del bien común no pertenece a la esfera de la policía.”³⁵ Esta formulación fue rápidamente aceptada en doctrina, legislación (particularmente en el Código Civil prusiano) y jurisprudencia; el Estado no debería ya intervenir doquiera con su poder de policía, sino solamente allí donde el buen orden de la comunidad estuviera en peligro. “El poder de policía que entró en vigor dentro de estos límites más estrechos siguió siendo ante todo, ciertamente, el antiguo; se mantuvo como poder de coaccionar y ordenar sin regulación ni límites. *Pero se redujo el campo en que podía actuar.*”³⁶ De esta forma nació el concepto de que el objeto central del ejercicio de la potestad estatal llamada de policía era la lucha contra los peligros realizada mediante el poder coaccionador. En esta etapa de la noción, el objeto de la policía está limitado y precisado; ilimitados son, sin embargo, todavía los medios que puede usar.³⁷

Ese objeto, la lucha contra los peligros que amenazan el buen orden de la comunidad (o, según algunos autores, la seguridad, salubridad y moralidad públicas), elimina la promoción del bien común, las acciones positivas tendientes a mejorar lo existente, no simplemente a mantenerlo estático. Estas nuevas ideas contrarias al *Polizeistaat* significaron la restricción de los fines del Estado, y por ende, del alcance del poder estatal, que se estrechaba ahora en esta nueva noción de policía. Esas ideas expresaban que el Estado sólo estaba llamado a asegurar la protección de la libertad y la seguridad y que sólo para el cumplimiento de tales finalidades podría usar su poder coaccionador y ordenador. Las preocupaciones acerca de conseguir la felicidad y el bienestar de los ciudadanos debía dejárselas a ellos

³³ ADAMOVICH, LUDWIG, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, t. I, Viena, Springer, 1954, 5ª ed., p. 102.

³⁴ ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Manzsche, 1954, p. 288 y ss.

³⁵ Comp. GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Derecho administrativo*, t. II, Madrid, 1957, 6ª ed., p. 400 y VON TUREGG, KURT EGON, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlín, 1950, 3ª ed., p. 281.

³⁶ ANTONIOLLI, *op. loc. cit.* La bastardilla es nuestra.

³⁷ ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 230.

mismos; y si se le ocurriera ocuparse de ellas, que lo hiciera al menos sin el uso de la coacción.³⁸ Se llega, pues, al concepto del Estado liberal. Es hartamente conocido que ese concepto, también, entró en crisis a fines del siglo XIX con la irrupción del Estado de Bienestar,³⁹ pero éste a su vez también entró en crisis a fines del siglo XX⁴⁰ y entra en falencia a partir del siglo XXI, con índices de endeudamiento en una meseta que supera lo que en el siglo XIX fue la peor crisis del país,⁴¹ lo cual acarrea, de paso, un gravísimo problema de exclusión social y la aparición de una actividad asistencial del Estado que gerencian grupos piqueteros.⁴² Para no quedar atrás, ahora algunos sectores en Latinoamérica critican acerbamente lo que sería la nueva versión del “neoliberalismo”⁴³ y la globalización a que demonizan. El conflicto pues, pareciera continuar en un frenético avance hacia el pasado que sólo la literatura alcanza a intentar pintar en trazos de ficción.⁴⁴

4. Caracteres clásicos generales

En esa vieja noción liberal se caracterizaba al poder de policía que competía al Estado, como la facultad de imponer limitaciones y restricciones a los derechos individuales, con la finalidad de salvaguardar solamente la seguridad, salubridad y moralidad públicas contra los ataques y peligros que pudieran acecharla. Es típico de esta concepción: Que sólo se justifica la limitación de los derechos de los individuos en esos tres casos; que incluso en tales casos legitiman la intervención estatal sólo en la medida que ésta tenga por finalidad evitar ataques o daños a la comunidad; o sea, que la acción estatal debe ser tan sólo negativa: Establecer prohibiciones y restricciones, pero no obligaciones positivas a cargo de los ciudadanos o del Estado mismo.⁴⁵ Esta concepción era congruente con la idea liberal de cuál era la posición del individuo en sus relaciones con el Estado: También negativa, levantando vallas y frenos a su actividad para que no se ex-

³⁸ ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 229.

³⁹ Ver *supra*, t. 1, cap. III, “Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo,” sección III.

⁴⁰ *Supra*, t. 1, cap. IV.

⁴¹ Ver FERRERES, ORLANDO J., Director, *Dos siglos de economía argentina (1810-2001). Historia argentina en cifras*, El Ateneo/ Fundación Norte y Sur, Buenos Aires, 2005, pp. 13-14, gráfico 14 y tabla 3. En la actualidad, estamos renegociando y reconociendo cada vez mayor deuda externa, emitiendo bonos en pago de deudas y confiscaciones y obligando al Banco Central a “prestar” a la administración para sus gastos corrientes.

⁴² Ver MERKLEN, DENIS, *Pobres Ciudadanos. Las clases populares en la era democrática, [Argentina, 1983-2001]*, Buenos Aires, Gorla, 2005, pp. 66-67.

⁴³ Ver *infra*, cap. VII, “La regulación económica y social,” § 5, “Auto y heteroregulación.”

⁴⁴ Nos referimos a MAIRAL, PEDRO, *El año del Desierto*, Buenos Aires, Interzona, 2005.

⁴⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 20, señala que “La defensa de la libertad se ha movido en planos distintos: 1) Por lo pronto, la lucha por reducir la intervención a sus justos límites. 2) En segundo lugar, la lucha por la intervención que se ajuste a unos principios de justicia y equidad, que la hagan llevadera. 3) Y, por último, la lucha por la instauración de un sistema de garantías que haga efectiva la sumisión a aquellos principios.”

tralimitara. (Recuérdese la diferenciación entre esta actitud negativa y positiva, que expusimos al hablar de Estado de Derecho y Estado de Bienestar.)⁴⁶

5. *Su cambio en el Estado actual*

Aquella noción y conceptualización sobre qué era y qué alcances tenía el poder de policía del Estado no se ha mantenido. Incluso, cuando a fines del siglo XX se produce un retorno a la privatización y desregulación, no se desanda todo el camino del intervencionismo, solamente parte de él. Por de pronto, es evidente que los bienes jurídicos que el Estado protege a través de limitaciones y restricciones a los derechos individuales, lejos de restringirse a esos tres, se multiplican y es así que aparecen:

a) La tranquilidad pública,⁴⁷ manifestada en la prohibición de hacer ruidos molestos (teléfonos portátiles, altavoces, bocinas, escapes de automotores, radios portátiles en los medios de transporte, alborotos callejeros,⁴⁸ etc., art. 82 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires), molestar a los radioescuchas o telespectadores con avisos agresivos (gritos, etc.); expender artículos en los medios de transporte; entrar a los espectáculos públicos después que han comenzado; provocar aglomeraciones (arts. 83, 84, 99, 100), perturbar un espectáculo artístico o deportivo (Capítulo II, Título IV de la Parte Especial del citado código), etc.

b) La confianza pública:⁴⁹ Control de pesas y medidas, prohibición de hacer *envases engañosos* (frascos con protuberancias internas no visibles desde el exterior, que hacen parecer que tienen un contenido mayor a pesar de que consignan su contenido exacto en volumen o gramos; cajas con dobleces internos, doble fondo, etc.), *títulos engañosos*. Y en general propaganda engañosa, prohibida en Europa por la directiva 84/450/CEE, de 1984.⁵⁰ Queda comprendido aquí todo otro tipo de fraude al público, tal como la propaganda subliminal.

⁴⁶ Ver *supra*, t. 1, cap. III, “Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo,” § 21, “Una nueva solución: el Estado de Bienestar,” § 22, “Estado de Derecho y Estado de Bienestar,” § 23, “Garantías individuales y garantías sociales,” § 24, “La libertad en el Estado de Bienestar,” § 25, “Crisis y cambio.”

⁴⁷ Ver LUCANGIOLI, OSCAR A., *Nuevo Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, García Alonso, 2005; BURLAS, LUISA B., DESSANTI, RAÚL A., GUINNEY, M. ROBERTO y VENTUREIRA, CARLOS A., *Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Parte General*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2006; BURLAS, DESSANTI, GUINNEY, VENTUREIRA, *Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comentado y anotado, Parte Especial*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2008; RÚA, GONZALO S. y MOROSI, GUILLERMO E. H., *Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

⁴⁸ Se trata de las manifestaciones y protestas de distinta índole, los cortes de calle (que son siempre ilegales), las manifestaciones de apoyo o repudio a cualquier causa, legítima o no, pero que altera ilegítimamente la circulación de los demás habitantes.

⁴⁹ Ejemplos puntuales en los arts. 75, 76 y 77 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires; también pueden mencionarse aquí los arts. 71 y 72 y el 115 inc. 2).

⁵⁰ Ver KAKOURIS, C. N., “Sur la concurrence déloyale,” en su libro *Perspectives. Droit communautaire Européen. Théorie Générale du droit. Domaine méta-juridique*, Atenas, Sakkoulas, 1998, p. 413.

Quizás el peor ejemplo de propaganda subliminal y fraude a la confianza pública es el de las empresas tabacaleras⁵¹ asociando su letal producto a eventos deportivos, jóvenes deportistas, elegantes y bellas mujeres, juguetes para niños (el caso del dibujo infantil de *Camel*, prohibido en Estados Unidos). Aquí, luego de ciertas contramarchas,⁵² existe una legislación restrictiva de estas propagandas, tanto a nivel nacional como local en la Ciudad de Buenos Aires.

c) La economía pública, en la defensa del usuario y consumidor, que utiliza la regulación de monopolios, lealtad comercial, defensa de la competencia, etc.⁵³ Este es el campo de mayor crecimiento actual en la regulación comparada y posiblemente llegue a serlo de la nuestra, como veremos en el cap. VII.

d) La estética pública en casos tales como la obligación de edificar todos los edificios a una misma altura, o en un mismo estilo, o de un mismo color; o inversamente, prohibir la uniformidad arquitectónica o cromática; la prohibición de edificar a mayor o menor altura de una determinada; la creación de barrios residenciales, etcétera.

e) El decoro público en cuanto a protección de las buenas costumbres sin que se haya afectado todavía la moralidad pública; la prohibición de los malos tratos a los animales, de las corridas de toros, riñas de gallos, etc.; de establecer lugares de diversión cerca de cementerios o escuelas, de exponer con fin de lucro cadáveres de individuos prominentes o de delincuentes famosos; de exponer con fin de lucro y para curiosidad malsana a personas con alguna malformación congénita,⁵⁴ etc.

En la actualidad ese problema se exterioriza en la tan debatida materia del nuevo Código de Convivencia Urbana de la Ciudad de Buenos Aires (que sustituyó los antiguos edictos de la Policía Federal), al cual nos remitimos para otros ejemplos. Si bien este Código redujo en mucho los supuestos de tutela del decoro público privilegiando un mayor ámbito de libertad individual, la figura de todos modos subsiste y en algunos casos se halla expresamente amparada.⁵⁵

⁵¹ MARTÍN MATEO, RAMÓN, *El marco público de la economía de mercado*, Madrid, Trivium, 1999, p. 225.

⁵² Como remarcamos en anteriores ediciones, el Poder Ejecutivo vetó una ley restrictiva de este tipo de publicidad y tampoco la Ciudad de Buenos Aires tenía siquiera protección a los menores. Hoy, la ley nacional 26.687 y la ley local 1.799 la prohíben.

⁵³ El tema se presenta bajo la regulación económica y los servicios públicos y en el derecho empresarial; parece mucho repetirlo otra vez con esta seudo noción. Su insalubre duplicación demuestra que se puede y debe prescindir de ella. Ver SIMÃO FILHO, ADALBERTO y DE LUCCA, NEWTON, *Direito empresarial Contemporâneo*, San Pablo, Juarez de Oliveira, 2000, pp. 124-34. (Competencia desleal.)

⁵⁴ El caso de *El hombre elefante*, que recuerdan argumentativamente MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO y otros, *Los animales y el derecho*, Madrid, Civitas, 1999, p. 104. El decoro público es un interés o bien moral que puede tutelar el Estado y por el cual pueden también accionar los individuos, como explicamos en el cap. IV, *in fine*. Claro está que algunos de estos problemas parecen empalidecer frente a la enorme magnitud de los que mentamos, al pasar, al final del § 3.

⁵⁵ El maltrato a los animales, que hiere en su sensibilidad a la colectividad y los individuos, es recordado por MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, p. 107. Un caso de tutela judicial del interés moral en

f) La seguridad social a través de la obligación de asociarse a las cajas de jubilaciones,⁵⁶ contratar seguros de vida o de riesgo de trabajo (ART), someterse a revisiones médicas periódicas, agremiarse obligatoriamente en determinados casos, adoptar seguros contra el desempleo, etc.

g) La protección de la minoridad contra la explotación (código porteño, art. 59), suministro de material pornográfico, peligroso o indebidamente productos industriales o farmacéuticos (arts. 62, 63, 64), consumo de bebidas alcohólicas: art. 60 y ley 24.788, arts. 1, 5, 6 a), 15, prohibición de venta, distribución, promoción y entrega por cualquier título, de productos elaborados con tabaco. (Arts. 18 y 20 ley 26.687 y arts. 15, 16, 17 y 26 ley 1799.) Luego de haberlo remarcado en anteriores ediciones, actualmente se prohíbe la propaganda pública del vicio de fumar (arts. 13 y 14 ley local 1.799 y cap. II de la ley 26.687), cuyos efectos de inducción al consumo inevitablemente llegan al menor de edad, principal *target*, por lo demás, de todas las campañas de publicidad de cigarrillos. Ello es de público y notorio conocimiento.

h) La diversión y el entretenimiento públicos se tutelan como novedosos bienes colectivos autónomos, en espectáculos deportivos o artísticos masivos.⁵⁷

i) Se respeta en cambio el ámbito de libertad en diversas conductas no punidas: El derecho a ser diferente, a estar enfermo y vivir su enfermedad, a ser un vagabundo⁵⁸ incluso maloliente.⁵⁹

nuestro derecho es el excelente fallo *Castro*, Sala I, que mentamos en el cap. IV *in fine*; *Ekmejdjian*, CSJN, *Fallos*, 315: 1492, año 1992, *ED*, 148: 354. Otros ejemplos del código local en arts. 67, 68, 80, 81, 101, etc.

⁵⁶ Hasta la sanción de la ley 26.425, que procedió a confiscar, con los votos de gran parte de la oposición, los fondos de las AFJP, la obligación de asociarse también incluía la opción por las AFJP. Esta ley dio lugar a acciones judiciales por parte de ex afiliados solicitando su declaración de inconstitucionalidad y la consecuente restitución de los fondos por parte de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS). Algunos juzgados Federales de la Seguridad Social hicieron lugar a estos pedidos declarando la inconstitucionalidad de los artículos de la ley donde se dispone el traspaso de los fondos a la Administración Nacional de la Seguridad Social, sosteniendo que los aportes al régimen de capitalización son propiedad del trabajador. Esto forma parte de la larga historia de inexistencia real y oportuna de responsabilidad del Estado, como explicamos en el t. 7, cap. XXXII y de las marchas y contramarchas que explican el subdesarrollo económico y social del país, como comentamos en el t. 11.

⁵⁷ La ley 24.192 de espectáculos deportivos, derogada orgánicamente por el Código capitalino, tenía más prohibiciones.

⁵⁸ Estos ejemplos en KAKOURIS, C. N., “L’ universalité des droits de l’ homme. Le droit d’ être différent. Quelques observations,” en su libro *Perspectives. Droit Communautaire Européen. Théorie générale du droit. Domaine méta juridique*, op. cit., p. 399 y ss., p. 410. No están previstos como contravenciones en el código de la Capital, por ende son conductas lícitas. A la inversa se prohíbe la discriminación (art. 65), p. ej. por la orientación sexual (igual norma), o la incitación al odio o la persecución, de propaganda de superioridad racial, etc. (Ley 23.592.)

⁵⁹ A menos que el olor pueda provocar un daño, art. 54. El código es también permisivo en conductas colectivas, como el hostigamiento no amenazante, o el maltrato no físico (art. 52, *a contrario sensu*.) Personalmente se trataría allí de tutelar, a la inversa, el derecho de reunión y de expresión.

j) La libertad de tránsito y movimiento se protege instituyendo como contravención el impedir la circulación por la vía pública (art. 78), u obstaculizar el ingreso o egreso tanto de lugares públicos como privados (art. 57.)

De todo lo expuesto resulta un claro abandono de la concepción liberal rígida, en que la intervención del Estado sólo se justificaba en casos limitados y el pase a una considerable amplitud de los fines del Estado que pueden legitimar su acción.⁶⁰ Tan evidente es la ampliación de esos fines del Estado y consecuentemente de su “poder de policía,” que los autores que todavía la utilizan evitan ya referirse a aquella trilogía (seguridad, salubridad, moralidad) y utilizan nociones más genéricas. Dicen así que lo que el poder de policía protege es el “orden público,”⁶¹ el “bien común,” el “buen orden de la comunidad,”⁶² etc., comprendiendo allí todas las especies vistas: La “economía pública,” la “seguridad social,” la confianza pública, “el bienestar social,” etc.

En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, su Constitución adoptó ya al respecto un criterio amplio, conforme los alcances previstos expresamente en el artículo 104 inc. 11 e inc. 21, y en concordancia con las distintas políticas especiales reguladas en esta Constitución local.

De cualquier manera, aunque se pretendiera forzar los conceptos de seguridad, salubridad y moralidad, incluyendo en ellos por extensión —impropia, por cierto— la estética, la economía, etc., queda en pie el hecho de que se ha separado y aislado mentalmente un cierto fin estatal, pero sin haber caracterizado el modo de actuación ni los órganos que actúan y sin haberse demostrado, según veremos más

La práctica neoyorkina de permitirlo dentro de vallados en la vía pública pareciera equilibrar mejor estos derechos con el orden público y la tranquilidad pública.

⁶⁰ En esta orientación se encuentra la jurisprudencia de la CSJN, a partir del caso *Ercolano*, 136: 161, año 1922, en que declaró constitucional la ley de alquileres de 1921; se reiteró el principio con relación a la ley de moratoria hipotecaria, 172: 21. Un resumen en *Fallos*, 199: 483, *Inchauspe*, 1944. Como dice BACACORZO, GUSTAVO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1997, 2ª ed., p. 366, “No hay actividad en la que no pueda intervenir el poder de policía.” A partir del año 2002 se advierte un crecimiento realmente alarmante de poderes excepcionales otorgados por el legislador al ejecutivo, o asumidos directamente por éste, invocando ahora la “emergencia.” Si el caballo del “poder de policía” parece un poco cansado o demasiado abusado, se cambia por caballos frescos y se montan los ágiles corceles de la “emergencia” y de la “delegación.” No hay límite para la iniquidad en el mundo jurídico subdesarrollado. Nos hemos referido a ello en nuestro artículo “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?,” *LL*, 2005-A, pp. 905-921, reproducido en el cap. XI del t. 7.

⁶¹ LARES MARTÍNEZ, ELOY, *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2001, 12ª ed., p. 231, señala que “Policía administrativa es la actividad del Estado, mediante la cual, con el objeto de asegurar el mantenimiento del orden público, se imponen restricciones a la libertad personal y a la propiedad de los administrados.”

⁶² BIELSA, *Régimen jurídico de policía*, Buenos Aires, La Ley, 1957; *Compendio de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1960, 3ª ed., p. 383 y ss. y GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1952, usan la primera expresión. FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Poder de policía*, Buenos Aires, Alfa, 1957, p. 100, la segunda. GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Derecho administrativo*, Madrid, 1957, 6ª ed., p. 398, la tercera.

adelante, que a esos fines corresponda un régimen jurídico determinado, distinto del que se aplica al resto de la actividad estatal. El art. 14 de la Constitución permite a la ley establecer restricciones a los derechos individuales aunque no se trate de los fines de seguridad, salubridad y moralidad; a su vez, la administración *a)* no puede proteger por sí esos tres bienes mediante restricciones a los derechos individuales si la ley no la faculta para ello y *b)* puede proteger otros bienes que los señalados, si la ley la autoriza. Con ello resulta que querer separar y aislar como objeto de la “policía” a la seguridad, salubridad y moralidad, es objetable no sólo por su demostrada insuficiencia, sino porque además carece por sí de relevancia jurídica y, al no destacar ni determinar ningún régimen jurídico especial, es además inútil.

6. *La promoción del bienestar social y el “poder de policía”*

Pero no sólo se abandona aquella limitación en los fines que el Estado y su “poder de policía” pueden perseguir: Llega el momento de abandonar también la supuesta distinción entre la actividad estatal de “prevenir peligros y daños contra el bien común”—que sería la función policial—y “promover el bien común,” que no sería parte de la acción del “poder de policía” y que incluso, en la concepción liberal clásica, no sería tampoco función del Estado.

Cuando se advierte hoy en día que promover el bien común mediante acciones positivas es también una función estatal, llega entonces el momento de señalar que ambas actividades —prevención de daños y promoción del bienestar—son tan inseparables como para constituir dos caras de una misma moneda, a tal punto que parece imposible hacer una cosa sin hacer al mismo tiempo la otra. Señala MERKL, en este sentido, que el concepto de “policía” precisamente “abarca lo opuesto a policía, es decir, los fines de política cultural de la administración, la llamada asistencia y casi se identifica con toda la administración imperativa. De este modo escapa el concepto a todo sentido racional.”⁶³ En el mismo sentido, la jurisprudencia estadounidense rechaza específicamente la distinción y considera que “está bien asentada la regla en que si las leyes de emergencia promueven el bienestar común constituyen un ejercicio válido del poder de policía,”⁶⁴ o sea, que el “poder de policía” se entiende destinado a promover el bienestar común.

El buen orden de la comunidad, el bienestar social, el orden público, interés público, bienestar común, bien común, etc., no son un objeto físico, algo inerte y estático, pues no se concibe una dimensión o equilibrio social que sea estático. No se pueden sacar o agregar trozos ni se puede entonces clasificar útilmente la actividad de traer trozos y evitar que sustraigan los que hay; es una fuerza

⁶³ MERKL, ADOLFO, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935, p. 327.

⁶⁴ Ver la colección “American Jurisprudence,” t. II, p. 980, donde se citan los casos *Home Building and Law Association v. Blaisdell*, 290 U.S., 398 y *Edgard A. Levy Leasing Co. v. Siegel*, 258, U.S., 242.

social, una tensión de conductas humanas. Esta fuerza social lucha también por sí sola contra los ataques que la afectan; sumarse a la lucha con un criterio intervencionista no puede sólo ser designado como “defensa” de esa fuerza, es también colaborar con ella, ayudarla, promoverla.

Si se afirma, en otro sentido, que el orden surge “automáticamente” en la sociedad cuando no hay perturbaciones o peligros y que si existen perturbaciones no hay orden, entonces también el eliminar los peligros y perturbaciones es necesariamente crear el orden. En realidad, si el orden no fuera sino ausencia de perturbaciones (así tranquilidad es ausencia de ruidos molestos, de luces molestas, de individuos molestos; salubridad es ausencia de enfermedades, dolores, contagios; seguridad es inexistencia de la posibilidad de que se produzcan daños, etc.), es ilógico considerar que prevenir o reprimir peligros no sea crear o promover el orden. Promoción del bien común y prevención de peligros o perturbaciones que afecten al bien común no son, pues, términos disímiles ni mucho menos antitéticos: ambos significan exactamente lo mismo; el carácter que se imputa al “poder de policía” no tiene, pues, sentido. Ejemplos: Obligar a un miembro de la colectividad a aceptar la instalación de aguas corrientes y servicios cloacales es tanto prevenir un daño a la salubridad colectiva como promover la salubridad común; al obligarse a plantar árboles se promueve el asentamiento de los suelos y la oxigenación del aire, pero al mismo tiempo se previene la erosión excesiva del suelo y la falta de oxigenación adecuada; cuando se prohíbe abusar de una posición dominante en el mercado, tener ganancias excesivas en virtud de un monopolio conferido por el Estado, etcétera, se promueve el buen orden de la economía nacional, pero al mismo tiempo se reprimen las tarifas y ganancias excesivas, etc., que dañan a esa economía. Y así sucesivamente.

7. *La crisis de la “noción” de “poder de policía”*⁶⁵

De lo antedicho se desprende una doble conclusión: Por un lado, que los fines que el Estado puede perseguir con su poder son amplios; no puede hoy día sostenerse que el Estado sólo puede establecer limitaciones a los derechos individuales para proteger nada más que la seguridad, salubridad y moralidad de la población, sino que todo objetivo de bienestar social está comprendido dentro de sus funciones y de sus fines. Pero por otro lado, se advierte también que al ampliarse de ese modo, el “poder de policía” ha perdido las supuestas características con que en el pasado se lo quería conceptualizar.

No existe hoy en día una “noción” autónoma y suficiente de “poder de policía;” no existe porque esa función se ha distribuido ampliamente dentro de toda una

⁶⁵ Hicimos el planteo en 1960, siguiendo a ANTONIOLLI; la doctrina latinoamericana posterior ha sido remisa en seguir esa orientación. Recordamos en este capítulo a varios autores latinoamericanos que se han ido aproximando, con todo, a este punto de vista metodológico.

actividad estatal. La coacción estatal actual o virtual aplicada por alguno de sus órganos sobre los particulares para la consecución de determinados objetivos de bien común u orden público, sigue siendo una realidad en el mundo jurídico, pero no lo es que haya una parte de esa coacción, una parte de esos órganos y una parte de esos objetos, que se encadenen entre sí diferenciándose del resto de la acción estatal e institucionalizándose en el mentado “poder de policía.”

Adviértase muy especialmente que no afirmamos que el Estado o la administración carezcan en absoluto de facultades para limitar los derechos individuales en pro del bien común, sino que decimos que esas facultades no pueden subsumirse en un concepto común que luego tenga vigencia jurídica autónoma y pueda a su vez fundamentar nuevas facultades y nuevas limitaciones.⁶⁶

Por lo tanto, nuestro planteo tiende a demostrar que es errado fundar una limitación a un derecho individual tan sólo en ese concepto, pues él a su vez es inexacto: La limitación deberá, pues, fundarse concretamente en las disposiciones legales o constitucionales y demás principios jurídicos aplicables, pero no en esa “noción” de “poder de policía.”

La importancia que le atribuimos al planteo no es semántica, sino que surge del hecho que una gran cantidad de limitaciones a los derechos individuales son justificadas por quienes las imponen, sustentándose en dicho concepto, cuando en realidad muchas de ellas son antijurídicas y lo que ocurre es que se ha empleado la impropia noción de “policía” como aparente fundamentación de ellas.

Para demostrar más acabadamente este principio que enunciamos, en el sentido de que no existe actualmente una noción racional de “poder de policía,” puesto que éste se ha confundido con el total del poder estatal, analizaremos ahora algunas otras notas conceptuales con que a veces se ha querido, en la doctrina tradicional y a través de distintos autores, caracterizar la supuesta institución.

8. Otros caracteres antiguos de la “policía”

Antiguamente el “poder de policía” se caracterizaba del siguiente modo: *a)* Su objeto (seguridad, salubridad, moralidad; o buen orden, u orden público, etc.) era asegurado como bien jurídico de derecho natural, el que debía ser defendido y protegido contra las perturbaciones de los individuos incluso a falta de legislación que lo estableciera positivamente como bien jurídico protegible: Incluso a falta de leyes se justificaba el uso de la coacción, pero sólo allí se justificaba éste.⁶⁷ *b)* Era de carácter esencialmente prohibitivo, en el sentido de que se manifestaba a través de prohibiciones y restricciones negativas a la actividad individual,⁶⁸ es decir, a través de obligaciones de no hacer, en lugar de hacer. Era una función

⁶⁶ Una excelente sinopsis de nuestro planteo en LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso...*, *op. loc. cit.*

⁶⁷ Ver ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 230.

⁶⁸ PETERS, HANS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, Springer, 1949, p. 374.

ejecutiva, es decir, una parte de la función administrativa. Según algunos autores, se caracterizaba porque el objeto consistía en la seguridad, salubridad y moralidad públicas; según otros autores, porque el objeto mencionado era el buen orden público o bien común. c) Era preventivo-represiva, distinguiéndose con ello de la promoción del bien común o de aquello que fuera su objeto.

Así, si el orden no es una presión que desde afuera se ejerce sobre la sociedad, sino un equilibrio que se suscite en su interior (ORTEGA Y GASSET), la “policía” no buscaba obtener ese equilibrio o suscitarlo, sino mantener por la coacción el orden que ya existiera, defendiéndolo contra los ataques de que fuera objeto. La “policía” se limitaba a tutelar lo existente, sin tender a aumentarlo o promoverlo; actuaba sobre los efectos, no sobre las causas, de las perturbaciones al buen orden de la comunidad. Nada de todo eso es cierto hoy en día.

9. *Pérdida de identidad propia*

Ya hemos visto cómo los dos caracteres son inexactos y que el “poder de policía” protege todo el bienestar común, sin que quepa hacer distinciones de ninguna clase dentro de éste; que no es cierto que la “policía” sea una función únicamente preventiva y represiva, sin poder promover el bien común, pues ambas cosas son inseparables. Los demás caracteres antiguos han desaparecido igualmente:

La seguridad, salubridad, moralidad, etc., están aseguradas por el orden jurídico positivo al igual que otros muchos derechos; el derecho natural no tiene en este aspecto necesidad de ser aplicado salvo para limitar el poder, no a la inversa como se pretendía en el pasado. Los autores que utilizan la noción reconocen que el “orden público” y su protección mediante limitaciones a la libertad está comprendido en la Constitución; ello contradice que sea necesario hablar de esta noción preconstitucional.⁶⁹

El que la actividad policial sea solamente prohibitiva es una concepción sin curso: Las obligaciones de hacer instalaciones de seguridad contra accidentes, contra incendios, de primeros auxilios, etc.; la obligación de vacunarse, de poner silenciadores en los escapes de los vehículos, de construir cercos, de exponer al público listas de precios, de colocar en los comercios chapas con identificación del ramo y el propietario, de usar delantales, etc., son todas obligaciones policiales positivas y no meras prohibiciones. Luego, también ha desaparecido esta característica de la “policía.”⁷⁰ El que la “policía” sea una actividad reservada a la administración no es tampoco una realidad contemporánea. El legislador que integra comisiones parlamentarias de investigación, también actúa en función policial; lo mismo puede decirse de algunas actividades judiciales.

⁶⁹ Comp. BIELSA, *op. cit.*, t. IV, La Ley, 1965, 6ª ed., p. 4.

⁷⁰ Comp. ELGUERA, ALBERTO, *Policía municipal*, Buenos Aires, Depalma, 1963, p. 2, quien trae ejemplos similares aunque acepta “en general” la caracterización que criticamos.

Por otra parte, no sólo la “policía” en cuanto función ejecutiva es ejercida por cualquiera de los tres poderes del Estado, sino que tampoco es solamente ejecutiva: La facultad de dictar normas que rijan aquella actividad también se llama ahora “policía” y así tenemos que toda la actividad legislativa sobre materias llamadas de policía, son “leyes de policía;” que los reglamentos en iguales circunstancias, también son actividad policial.⁷¹

10. Caracteres en la doctrina actual. Crítica

En realidad, el cambio que se ha producido en este último aspecto es más profundo: En el *Estado de policía* es el mismo monarca, en su función ejecutiva, quien dicta las normas generales; en el *Estado de Derecho*, el dictado de las normas generales pasa a ser función del Poder Legislativo, produciéndose entonces un traspaso de parte del “poder de policía” del ejecutivo al legislativo.

En consecuencia, al no ser ya el “poder de policía” una actividad reservada a la administración, sino distribuida en parte entre los tres poderes del Estado, se produce una nueva crisis en la concepción. Ya no se caracterizará a este poder como perteneciendo a un órgano determinado del Estado, sino que se dirá que pertenece en general a todo el Estado.

Este es el estado actual de la mayoría de las doctrinas modernas: Así, p. ej., lo define GARRIDO FALLA⁷² como “el conjunto de medidas coactivas arbitradas por el Derecho para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública;” WALINE⁷³ lo hace del siguiente modo: “En el lenguaje del derecho administrativo, el término «policía» no tiene el mismo sentido que en el lenguaje corriente: es la limitación por una autoridad pública y en el interés público, de una actividad de los ciudadanos, sin dejar de subsistir ésta como una actividad privada; ella es solamente reglamentada. Ella sigue siendo libre en la medida en que no está restringida expresamente por las prescripciones de policía.”

Por su parte SERRA ROJAS expresa: “La policía está constituida por un conjunto de facultades que tiene el poder público para vigilar y limitar la acción de los particulares, los cuales, dentro del concepto moderno de Estado, deben regular su actividad con los deberes y obligaciones que les impone la ley y se funda en una finalidad de utilidad pública.”⁷⁴

FIORINI lo caracteriza como la “actividad estatal que tiende a regular el equilibrio necesario entre la existencia individual y el bien común cuando es

⁷¹ ELGUERA, *op. cit.*, p. 10: “la policía no es solamente reglamentación de derechos, sino también vigilancia de su cumplimiento, ejecución coactiva de decisiones y aplicación de sanciones.”

⁷² GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Las transformaciones del régimen administrativo: Estudios de administración*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954, p. 111, aunque la propone como definición provisional.

⁷³ WALINE, MARCEL, *Droit administratif*, París, Sirey, 1963, p. 637.

⁷⁴ SERRA ROJAS, ANDRÉS, *Derecho administrativo*, México, 1959, p. 690.

perturbado,⁷⁵ etc. Estas definiciones demuestran a nuestro juicio lo contrario de lo que proponen, porque no destacan nota alguna que sea específica de este supuesto “poder de policía.”

Con los ejemplos precedentes es suficiente para advertir la imprecisión y extrema latitud de cualquiera de estas definiciones. Se quedan todas en la afirmación de que se trata de la aplicación de la coacción estatal, actual o potencial, sobre los derechos individuales en pro del bien común; lo que no la diferencia del resto de la actividad estatal y no justifica en modo alguno la creación de una definición especial.⁷⁶ En efecto, ¿qué de original y novedoso tiene el afirmar que el Estado limita los derechos individuales en pro del bienestar común? ¿Es acaso tal facultad no comprensible por sí sola, para que sea necesario intentar aislarla y darle un nombre que nada tiene que ver con su significación actual? Y por lo demás, ¿nos sirve para explicar algún fenómeno que no se explique ya por sí mismo? A juicio nuestro, se trata de una “noción” que no sólo carece de significado propio, sino que además de toda utilidad teórica o práctica.

Para saber si una limitación que el Estado pretende imponer a un derecho es o no válida, no podremos invocar el “poder de policía” como en los tiempos del Estado absoluto: Debemos buscar el concreto fundamento normativo de la restricción y a él solo podremos encontrarlo en el juego de las normas constitucionales y legales de nuestro sistema.

La “noción” de “poder de policía,” pues, es innecesaria y además perjudicial porque da lugar a una serie de dificultades para su comprensión y aplicación, precisamente por su misma ambigüedad o indefinición.⁷⁷ Aquí se aplica la idea de institución “evanescente,” como dijo VANOSI respecto de la misma Constitución.

11. *La distinción entre “policía” y “poder de policía.” Crítica*

VILLEGAS BASAVILBASO,⁷⁸ partiendo de una diferenciación hecha por BIELSA, intentó separar lo que él denominaba meramente “policía” de lo que constituiría estrictamente

⁷⁵ FIORINI, *op. cit.*, p. 100. HERRAIZ, HÉCTOR EDUARDO, *Poder de policía*, Buenos Aires, La Facultad, 1968, pp. 7, 11 y 15, habla del “poder regulador de los derechos, ejercido por el Estado.”

⁷⁶ Hay doctrina local que persiste en su uso comentando legislación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que precisamente se abstiene puntualmente de utilizarlo, conforme lo indica la Constitución de la Ciudad. Ver en tal sentido metajurídico, o antijurídico, CASSAGNE, JUAN CARLOS y GALLI BASUALDO, MARTÍN, “El Sistema de Evaluación Permanente de Conductores Educación y Seguridad Vial,” en ALTERINI, JORGE HORACIO (dir.), *Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, año 2, n° 2, abril de 2009, p. 122. Nos remitimos a lo expuesto en el t. 7, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2013, cap. VIII, p. 97, nota 16.

⁷⁷ En el mismo sentido, GELLI expresa que “la expresión «poder de policía» resulta equívoca y confusa. El sistema jurídico argentino no la requiere para referirse a la competencia del Estado de limitar el disfrute de los derechos, reglamentándolos a través de leyes del Congreso Federal o de las legislaturas provinciales, según corresponda.” (GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, t. I, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 90.)

⁷⁸ VILLEGAS BASAVILBASO, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1949/52, t. V, p. 11 y ss., esp. pp. 56-7, 76-8, 88 y 108.

tamente “poder de policía.” Sostiene dicho autor que “policía” es “una función administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad y salubridad públicas y de la economía pública en cuanto afecta directamente a la primera;” y en cuanto al “poder de policía,” dice que es la “potestad legislativa que tiene por objeto la promoción del bienestar general, regulando a este fin los derechos individuales, expresa o implícitamente reconocidos por la Ley Fundamental.” CASSAGNE se ha expresado en el mismo sentido.⁷⁹

Las diferencias entre ambas nociones serían las siguientes: a) La “policía” es una atribución de la administración, el “poder de policía” una facultad del Congreso. b) El objeto de la “policía” está limitado a la tetralogía “seguridad, moralidad, salubridad, economía,” mientras que el objeto del “poder de policía” es más amplio, comprendiendo todo el bienestar colectivo en general. Sin embargo, bien se advierte que ello no resuelve nada, porque no es exacto que la llamada actividad administrativa de “policía,” se limite a la seguridad, salubridad moralidad y economía públicas, sin referirse en general al bienestar colectivo. Toda la legislación que el Congreso dicta sobre el bienestar general puede también estar en su ejecución y reglamentación a cargo de la administración; no puede en verdad afirmarse que la promoción de la seguridad social, p. ej., no esté también a cargo de la administración (cajas de jubilaciones, seguro de vida obligatorio, obras sociales, etc.) o que la tarea de embellecimiento de la ciudad (plazas, parques, jardines, arreglos, etc.), no esté a cargo de la administración y sí en cambio exclusivamente del Congreso. Todos los ejemplos señalados anteriormente para referirnos a la insuficiencia de la trilogía “seguridad, salubridad, moralidad” son aplicables aquí en toda su plenitud. Por lo demás, la distinción tampoco agrega principio alguno al sistema constitucional y administrativo que no pudiéramos conocer sin necesidad de él. Que la restricción de los derechos individuales está a cargo del Congreso y no de la administración ya lo deducimos del art. 14 de la Constitución en cuanto dice que los derechos están sometidos “a las leyes” que reglamentan su ejercicio. ¿Qué nos habrá de explicar entonces la noción de “poder de policía”? Nada en absoluto; sólo contribuye a arrojar dudas y confusiones a través de la necesidad, fruto de antiguas convenciones de la doctrina, de conceptualarla y distinguirla de una figura cuya denominación similar no puede sino dar lugar a equívocos. Por lo demás, lo superfluo de la distinción entre “policía” y “poder de policía” se advierte hasta en que su propio autor los desarrolla conjuntamente en el tratamiento concreto de sus problemas.

⁷⁹ CASSAGNE sigue propiciando la misma distinción entre “Poder de Policía” y “Policía administrativa,” señalando que esta última hace referencia a una parte de la habitual actividad o función de la Administración Pública implicando una función o actividad administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad o salubridad públicas, requiriendo el ejercicio de esta potestad estatal de una ley. CASSAGNE, JUAN CARLOS y GALLI BASUALDO, MARTÍN, “El Sistema de Evaluación Permanente de Conductores...,” *op. cit.*, p. 122.

12. *El régimen jurídico de la “policía.” Crítica*

Veremos ahora cómo la “policía” no tiene un régimen propio. Tradicionalmente se afirma que el “poder de policía” se caracterizaba por el siguiente régimen jurídico: *a)* Implica libertad en la elección de medios para cumplir su fin; *b)* usa de la coacción para proteger el bien común; *c)* es eminentemente local; *d)* implica restricciones a las libertades individuales.

La primera afirmación es hoy inexacta; la segunda ni se aplica a todo el régimen “policial,” ni es exclusiva de él; la tercera y cuarta funcionan autónomamente, sin necesidad de referirlas a noción especial alguna. La primera característica ha desaparecido hace tiempo; el orden jurídico ha terminado con la libertad de elección de los medios de coacción, al determinar en qué casos los órganos estatales pueden intervenir para la prevención de peligros y qué medios pueden usar.⁸⁰

Las nuevas concepciones sobre “reserva de la ley” han hecho que en el Estado de derecho la policía necesite una regulación o autorización legal para disminuir o interferir en la esfera de los individuos.⁸¹ Ha dicho así la Corte Suprema de Justicia: “La configuración de un delito por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del poder legislativo y escapa de la órbita de las facultades ejecutivas. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19 de la Constitución). De ahí la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Y es necesario que haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención para que esa persona deba ser condenada por tal hecho (art. 18).”⁸² Y no se habla aquí de ley en sentido “lato” (ley, reglamento, ordenanza) sino de ley del Congreso de la Nación.

La segunda característica —el uso de la coacción— está negada por la aseveración de que la policía sea preventiva-represiva, pues al actuar en función preventiva, de vigilancia, la coacción no funciona, sino que amenaza.⁸³ Esa coacción potencial no es por otra parte privativa de lo que se denomina “policía,” sino común a toda la actividad estatal; en cuanto a la coacción actual, tampoco es ella exclusiva a la actividad policial, pues se presenta también en la justicia penal, en los remates judiciales, etc.; es así que “esta pretendida nota diferencial, la coacción, no permite ninguna demarcación segura entre la policía y otras

⁸⁰ ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 230.

⁸¹ PETERS, *op. cit.*, p. 374. La solución es clara en el derecho contemporáneo de cualquier país de sistema jurídico desarrollado. Nos remitimos por ejemplo a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. I, 12ª ed., Buenos Aires, Thomson/Civitas La Ley, 2006, con notas de AGUSTÍN GORDILLO y 16ª ed., t. II, 13ª ed., Navarra, Thomson Reuters/Civitas, 2013, especialmente caps. I a V, pero es el sesgo claramente imperante en toda la obra en cualquiera de sus ediciones.

⁸² CSJN, *Fallos*, 237: 636, caso *Mouviel*, año 1957; 191: 245, caso *Cimadamore*, año 1941.

⁸³ MERKL, *op. cit.*, p. 317.

actividades del Estado, lo que no debe extrañar si se tiene presente la esencia del Estado como orden coactivo.”⁸⁴ En conclusión, que si bien la coacción puede presentarse en la “policía,” no sólo allí se presenta, ni se presenta tampoco en toda manifestación estatal o pretendidamente llamada “policial:” No es, pues, un elemento que pueda mostrarse como integrando un pretendido pero inexistente régimen jurídico “policial.”⁸⁵ En cuanto a que es local, sabido es que la noción ha sido utilizada en los países de sistema federal en ocasión de determinar qué poderes pertenecían al gobierno federal y cuáles a los gobiernos locales. Se afirma así que el “poder de policía” es por principio local y que sólo lo puede ejercer el gobierno federal cuando le ha sido expresamente conferido o es una consecuencia forzosa de otras facultades constitucionales (así la regulación del comercio, tránsito, etc., interprovinciales). Sin embargo, ello no es peculiar a la noción de “policía:” Simplemente, todos los poderes no delegados son locales; si entre los poderes delegados no figura la aplicación de la coacción administrativa o lo que fuere para prevenir y reprimir perturbaciones al buen orden de la moralidad, seguridad y salubridad públicas, entonces la misma es naturalmente local.⁸⁶

¿Necesitaría esa noción alguna especial para llegar al raciocinio del jurista? ¿Es tan difícil concebir el contenido del art. 121 de la Constitución como para requerir la muletilla de una noción amorfa para explicarlo? Creemos que no; la “policía” no puede encontrar justificación en la problemática interpretativa del art. 121 de la Constitución.⁸⁷ Respecto a que implique restricciones a la libertad, es obvio que tales limitaciones sólo las establecen las leyes (arts. 14 y 28 de la Constitución). El fundamento de tales limitaciones, al mismo tiempo, está en ese art. 14 de la Constitución, cuyo texto meridiano no admite duda alguna en cuanto a la posibilidad de reglamentar los derechos individuales; y ya la Corte Suprema ha dicho que reglamentar un derecho es limitarlo, hacerlo compatible con los derechos de los demás.⁸⁸ No hay así necesidad ni conveniencia alguna en

⁸⁴ MERKL, *op. cit.*, p 319.

⁸⁵ En todo caso, la doctrina ha encontrado un modo de conceptualizar estos fenómenos, alrededor de la noción alemana de administración ordenadora. Así p.ej. SUNDFELD, *Direito administrativo ordenador, op. cit.*, p. 16; comp. GRAU, EROS ROBERTO, *Elementos de direito econômico*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 67 y nota 20.

⁸⁶ En *Empresa Plaza de Toros* la CSJN dijo “que es un hecho y también un principio de derecho constitucional, que la policía de las provincias esté a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conducente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos” (*Fallos*, 7: 150, 152), pero ya en *Resoagli* se nota que la imputación de la “policía” a las provincias es una consecuencia, no el fundamento, de la división de poderes federales y locales... “conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, [...] de este principio fundamental se deduce, que a ellas corresponde exclusivamente darse leyes y ordenanzas de impuestos locales, de policía, higiene y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitación que las enumeradas en el artículo ciento ocho de la misma Constitución.” (CSJN, *Fallos*, 7: 373, 386, año 1869.)

⁸⁷ La solución es la misma en otros derechos y con otras normas, como lo explica LUCÍA VALLE FIGUEIREDO, *op. loc. cit.*

⁸⁸ *Fallos*, 136: 161, 171, *Ercolano*, año 1922.

recurrir a la noción de “policía” para explicar este concepto constitucional: Si esa noción no hace falta aquí ni encuentra justificación en otra parte, no queda sino una actitud a tomar: Eliminarla.

13. *Fundamento político autoritario*

Además de las razones jurídicas esgrimidas para demostrar la necesidad de eliminar la noción de “poder de policía,” el caso merece algunas consideraciones políticas. Todas las “nociones” modernas de “policía,” quiten o agreguen parte de los elementos analizados, carecen del valor político de las nociones antiguas, que servían de valla al poder omnímodo del Estado.

Históricamente, el poder de policía fue *una esfera de libertad* hallada por exclusión; en la segunda mitad del siglo XX se pretendió un “poder de policía” como *restricción a esa misma libertad enseñada por principio*.

En el pasado lejano, era el individuo quien podía esgrimir la noción de poder de policía para sostener que el Estado no podía invadir sus derechos ni restringir sus actividades.

En la segunda mitad del siglo XX, en cambio, en estas teorías de la autoridad, es el Estado quien puede esgrimir la “noción” de “poder de policía” para afirmar que tiene el poder de restringir los derechos de los habitantes.

Así, resulta que en lugar de que la noción sirva para proteger a los individuos, hay que proteger a los individuos contra la “noción,” analizando y remarcando las “limitaciones al poder de policía,” las “garantías individuales,” etc.

¿No es un esfuerzo estéril el que cada autor se empeñe en aceptar una noción que no existe, para luego tratar de restringirla, cercarla, contenerla? Lleva a opinable redacción, en tanto se lo define como “limitaciones” que a su vez tienen “limitaciones;” o sea, es una limitación a la libertad, pero tal limitación tiene límites o limitaciones. No parece una terminología feliz.

Los autores de las obras tradicionales del siglo XX se encuentran con que han creado o adoptado una institución que escapa de su control, ávida de expansión; se dedican entonces tenazmente a encontrar “limitaciones al poder de policía” y enseñar cómo no puede violar las garantías constitucionales, cómo la Constitución es una protección nuestra que no existe en otros países, cómo la policía no puede desconocer la persona humana, cómo debe respetar la ley...

La práctica demuestra que los intentos de los autores no son suficientes para contener el poderío que evoca el *mantra* del poder de policía; éste holla la libertad y la dignidad humanas sin que los autores puedan hacer otra cosa que indignarse contra el gobierno.

Cuando de una noción ha podido decirse: “No hay poder, o ejercicio de poder que sea más propenso a lesionar derechos o garantías constitucionales y legales

a veces, por normas inferiores: reglamentos, ordenanzas, etc., que el de policía” (BIELSA), el juicio de disvalor que la misma debe merecer en los espíritus republicanos es unívoco y terminante.

Es una noción demasiado vieja a fines del siglo XX, uncida al carro de las tradiciones autoritarias de ese mismo siglo, de que tanto nos cuesta desprendernos. No tiene cabida en el siglo XXI. Y está finalmente cediendo su lugar a una proposición que al menos se presenta a sí misma como eje de debate, antes que como postulación de poder. Es la tensión entre regulación y desregulación que tratamos en el cap. VII.⁸⁹

14. *La inversión del principio. Los derechos individuales como principio, su limitación como excepción*

Si la noción no tiene un fundamento jurídico positivo; si se presenta desprovista de caracteres jurídicos, desprovista de régimen jurídico específico, e innecesaria para explicar problema o cuestión alguna de derecho constitucional o derecho administrativo; si además carece de valor político propio y es todavía políticamente repudiable, ¿para qué mantenerla o reestructurarla?

En lugar de establecer un principio general de coacción y poder estatal (“policía,” “poder de policía”) al que luego se le buscarían restricciones en los derechos individuales de los habitantes, lo correcto es, en los sistemas constitucionales democráticos que estructuran positivamente a su Estado como “Estado de Derecho” y que se encuentran sometidos a un régimen supranacional e internacional de derechos humanos, sentar la premisa opuesta.

Es así como corresponde afirmar que el principio general establecido son los derechos individuales, a los que luego, en los casos concretos y por expresa determinación de la ley, se les encontrarán restricciones y limitaciones en la eventual coacción estatal.

En conclusión, la “noción” de policía es ambigua, confusa y además peligrosa por el uso que se ha hecho de ella. Si algún argumento hubiera en derecho para sostenerla podría correrse el riesgo. Sin embargo, no lo hay y sólo por algún extraño fenómeno de resistencia al cambio, temor a lo nuevo, comodidad, apego a lo antiguo, empatía con el poder o la razón que fuere, se mantenga en vigor lo que ya ha sido y puede volver a ser, sepultura de la libertad.

Sostener esta noción es negar la finalidad misma del derecho administrativo; es en definitiva preferir el poder y no la libertad; la autoridad y no los derechos. Pero esto, como bien lo sabemos, es el problema de todo el derecho administrativo tradicional.

⁸⁹O también se puede postular, como hace SUNDFELD, un derecho o administración ordenadora. Ver también MALARET I GARCÍA, ELISENDA, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Madrid, Civitas y Generalitat de Catalunya, 1991, p. 121 y ss.

15. Conclusiones. *La purificación de la técnica científica*

15.1. *Facultades de la administración*

Acabamos de indicar que debe eliminarse del derecho administrativo la noción de “policía;” es necesario explicar ahora las consecuencias de ello y la solución que cabe dar a los problemas de técnica jurídica que se relacionan con esta cuestión.

La consecuencia central de suprimir tal noción es que ningún caso de derecho administrativo, ninguna pregunta acerca de si en una situación determinada pudo la administración o el Congreso disponer algo, podrá ser solucionado en base a que allí se ejerció el “poder de policía.” Nuestro planteo es pues meramente de técnica jurídica; y su resultado es una simplificación del derecho administrativo, al quitarle elementos que perturban el análisis objetivo de la razonabilidad de los actos estatales.

El primer caso a considerar en este aspecto de técnica jurídica es el de las facultades de la administración. Aceptando como se hace hasta ahora la noción de “policía” se tienen en la práctica del derecho administrativo tres principios: a) la administración puede actuar cuando una ley la autoriza, en forma reglada; b) la administración puede actuar cuando una ley la autoriza, aunque le otorgue facultades discrecionales; c) “la administración podría actuar, aunque una ley no la autorizara en forma expresa o razonablemente implícita, si ejerce el poder de policía que «en general» le corresponde por el orden jurídico.” Hemos demostrado que la tercera hipótesis es falsa: Que el orden jurídico no confiere a la administración ningún “poder de policía” genérico e indeterminado que la autorice a actuar en ausencia de ley; suprimimos por lo tanto esa tercera posibilidad y decimos categóricamente que la administración sólo puede actuar avanzando sobre la esfera jurídica individual cuando una ley (en forma expresa o razonablemente implícita) la autoriza, en forma reglada o discrecional, a hacerlo. El lector advertirá que esto es precisamente el principio de la legalidad de la administración, generalizado en todas las obras modernas sobre la materia, que expone como técnica jurídica del derecho administrativo el criterio de que la administración no puede actuar sin una fundamentación legal.⁹⁰ Claro está, existe un autor tradicional argentino, dotado de una calificada gama de discípulos, que da un paso más lejos y afirma que ni siquiera la ley es la que puede avanzar en ciertas materias y éstas se las deja libradas a la regulación por la administración, bajo la llamada “reserva de la administración.” Estamos con ello tan lejos del principio constitucional del Estado de derecho, de la división de poderes, de la garantía de la libertad, que sólo en este contexto de vida política argentina tan frecuentemente anticonstitucional puede entenderse que haya florecido una teoría a tal extremo impropia en un Estado de derecho contemporáneo. La Constitución

⁹⁰ Hasta la teoría general del derecho ha recogido ya estos principios. Ver p. ej. ESSER, JOSEF, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates*, Viena, Springer, 1949, p. 110.

de 1994 tiene el sesgo contrario a tales supuestas facultades reservadas de la administración, que en ninguna parte menciona y al contrario le limita sus poderes normativos, como explicamos en el cap. VII del t. 1 y reiteramos en el cap. VII del presente t. 2. La supresión de la fraseología de “poder de policía” y por lo tanto de la posibilidad de que bajo su invocación verbal la administración actúe sin fundamento legal, es una posición que encaja y se adecua a los principios del Estado de Derecho: Viene así a suprimirse una mancha más en el principio de la legalidad de la administración. En este aspecto concreto (legalidad de la administración y su violación por parte del empleo de la noción de policía), los libros y fallos sobre derecho administrativo no exponen en realidad enunciados categóricamente contrarios a los que aquí damos. El lector atento advertirá que en las obras modernas de la materia, sin perjuicio de tratarse el uso de la coacción y la aplicación de sanciones administrativas, ya ningún cap. es dedicado a nada que se llame policía o poder de policía.⁹¹

No se suele decir en ningún lado, claramente, que la policía implique posibilidad de actuar *sine legem*;⁹² pero aunque no siempre se lo diga, la realidad es que así se lo admite. Cuando en un caso particular o singular la fundamentación normativa es deficiente, o no la hay, casi siempre es dable ver cómo se recurre accesoriamente a la noción de “poder de policía,” pretendiendo fundar allí lo que no se pudo apoyar en norma expresa alguna. Y las más de las veces el procedimiento se invierte: Se señala primero que allí se ejerce “poder de policía”—y que por lo tanto la actuación estatal es legítima— y se agrega luego, como complemento accidental, el que también hay una norma que con mayor o menor claridad dispone la posibilidad de restringir el derecho individual. Esto es un defecto de método y técnica científica que debe evitarse, so pena de incurrir en frecuentes errores.⁹³

Eliminando la noción se quita al administrador la posibilidad de recurrir a principios metajurídicos para socorrer soluciones no apoyadas en el derecho positivo: si no puede fundar lo que sostiene en las normas de derecho positivo, ninguna ayuda le podrá prestar ya la oficiosa “noción de policía;”⁹⁴ se obliga al

⁹¹ Ver, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *op. loc. cit.*; MARTÍN MATEO, *op. loc. cit.*; SUNDFELD, *op. loc. cit.*

⁹² Entre los que sí opinan que la policía implica la posibilidad de restringir los derechos individuales aunque la ley o la Constitución no la autoricen, ver GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 148. Con todo, es importante aclarar que no hace falta que la ley tenga “detalladas previsiones” para que la restricción sea admisible; basta que ella esté razonablemente implícita dentro de las facultades que la ley confiere a la administración. Al respecto ver LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, cap. X, p. 113 y ss. y *supra*, t. 1, cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo.”

⁹³ Conf. CARRILLO, SANTIAGO R., “Un adecuado encuadre en materia de reglamentación de derechos individuales,” *LL*, 2001-D, 36; BARBIERI, GALA, “El valladar del artículo 18 vs. la potestad sancionadora de la administración,” *LL*, 2005-E, 303.

⁹⁴ Si remedáramos el empleo que a veces se ha hecho del término, diríamos que esto es un acto de policía científica: eliminamos del derecho administrativo un elemento perturbador, que atenta

juez a tener por infundada y antijurídica toda disposición administrativa que pretendiendo ejercer el “poder de policía” haya actuado sin la debida fundamentación legal. Allí reside tal vez el principal valor de la eliminación que efectuamos: En evitar el empleo oculto de criterios políticos o sociológicos autoritarios para convalidar actuaciones administrativas al margen de la ley y en infracción a los derechos individuales.

No debe tampoco creerse que la supresión de la noción de “poder de policía” puede llevarnos a identificar lo que antes así se designaba, con “actividad discrecional de la administración,” como la doctrina propone para el acto de gobierno.⁹⁵ En el caso del acto de gobierno hay ya normas que autorizan a la administración a actuar: Si se estima allí que no puede hacerse una construcción especial en base a las situaciones consideradas, quedarán siempre esas normas que autorizan a actuar y podrá entonces subsumirse el caso dentro de las facultades discrecionales de la administración. En el caso de lo que se pretende encubrir como “poder de policía,” en cambio, no existe por hipótesis una norma que autorice a la administración a actuar. Suprimiendo esa ilógica construcción sólo podremos asimilar al grupo de las facultades discrecionales aquellas partes de la “policía” que tengan una concreta fundamentación legal, una norma jurídica determinada que les confiera en forma expresa o razonablemente implícita esa discrecionalidad que se pretende fundamentar sólo con palabras vacías.

Haciendo un inventario hipotético de cuáles pueden ser las soluciones de fondo que habrá que modificar a raíz de la supresión de la noción de “policía,” habrá que señalar, pues, que *a)* algunas soluciones habrán sido fundadas erradamente en el “poder de policía,” pero tendrán también una fundamentación legal, por lo que se mantendrán en vigor; *b)* otras soluciones fundadas erradamente en el “poder de policía” carecerán de fundamentación legal, pero podrán tal vez sostenerse en virtud del estado de necesidad, o de alguna aplicación analógica;⁹⁶ *c)* y finalmente, algunas soluciones erradamente fundadas en el “poder de policía” quedarán huérfanas de todo basamento jurídico al quitárseles ese de la “policía;” tales soluciones habrán de caer. En consecuencia, la supresión de la noción de “policía” no implica una transformación profunda de todos los pilares y planteos del derecho administrativo: Ella llevará tan sólo a destruir un cierto número de soluciones o principios espurios y evitar en alguna medida que aparezcan otros de cuño similar. Obligará a funcionarios y jueces a encontrar el fundamento *legal*

contra el buen orden y progreso de la materia; como se ve, para todo se puede emplear el vocablo.

⁹⁵ Para una crítica sistemática de la teoría ver *infra*, t. 8, cap. XII: “Los «actos de gobierno».”

⁹⁶ BALBÍN puntualiza que su criterio es necesario redefinir conceptualmente el instituto del poder de policía, desde los derechos y no desde el poder estatal, explicando que es necesario vaciar el contenido —no sólo el cambio de título— de este concepto claramente autoritario y reemplazarlo por otro propio del Estado Democrático de Derecho. (BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 371-376.) Coincidimos con su visión alternativa del problema.

de una restricción a la libertad impuesta por la administración, antes de concluir en que se puede imponerla... ¡porque se tiene la policía o el poder de policía!

De las mismas razones que acabamos de exponer, se desprende también que el que se suprima el vocablo “policía” no implica que no exista, aquí y ahora, coacción estatal actual o virtual sobre los individuos para proteger ciertos postulados de bien común; no significa que la ley no pueda restringir los derechos individuales; no significa que la administración no pueda estar facultada para actuar en detrimento de los individuos; pero sí significa que en cada caso habrá de encontrarse una fundamentación en el orden jurídico positivo para que esa coacción y esa actuación sean jurídicas, pues no las sustenta el que se hable de “poder de policía.” Y destaquémoslo una vez más: Lo que se suprime es la noción, no el poder estatal para restringir los derechos individuales: Ese poder existe, pero no puede científicamente llamárselo “poder de policía,” ni puede ser conceptualmente connotado en forma particular alguna, en lo que respecta a la restricción a los derechos individuales. Ello lleva luego a la conclusión de que ciertos casos —pero no todos— en que se emplea el poder estatal bajo la capa de “poder de policía” son en verdad intervenciones antijurídicas del Estado, lo que se advierte al desembozarlo suprimiendo nada más que la noción de poder de policía. Suprimiendo la noción (que por otra parte no existe con carácter racional), se advierte a renglón seguido que algunas de aquellas restricciones hechas por el poder estatal son ilegítimas, pues carecen de todo fundamento legal y sólo las cubría esa aparente noción. El que hablemos de la eliminación del vocablo “policía” no significa, pues, que pretendamos ver en nuestra sociedad actual una repentina extinción del poder estatal o una anonadación de los órganos administrativos: Tan sólo calificamos jurídicamente la forma en que se lo aplicará a aquél y los medios por los cuales actuarán éstos. De allí se sigue, asimismo, que la supresión de la palabra o conceptualización de policía es un problema de técnica jurídica y no un planteo que implique una conmoción del régimen jurídico estatal.

15.2. *Facultades del Congreso*

De la premisa general de que “ninguna pregunta acerca de si en una situación determinada pudo la administración o el Congreso disponer algo, podrá ser solucionada en base a que allí se ejerció el «poder de policía,» surge ahora una importante consecuencia con respecto a las facultades del Congreso. El Congreso está facultado por la Constitución nacional para reglamentar los derechos individuales (art. 14), siempre que no los altere (art. 28), lo que no quita que los restrinja en alguna medida para hacerlos compatibles con los derechos de los demás. (*Fallos*, 136: 161, *Ercolano*, 1992.) Trátase ahora de saber cuándo la restricción impuesta por el Congreso a los derechos individuales es tan sustancial como para alterar el derecho de que se trate y ser por lo tanto inconstitucional.

En el conocido caso *cine Callao* (1960), la Corte Suprema de hecho ha argumentado: a) el “poder de policía” que le corresponde al Congreso puede entenderse en sentido amplio o restringido, b) la Corte Suprema ha decidido entenderlo en sentido amplio, c) el Congreso entonces tiene amplias facultades para restringir los derechos individuales, sin que por ello deba considerarse que los altera en el sentido del art. 28, d) además y como correlato a esa tesis amplia del “poder de policía,” la Corte Suprema entendió también que debía autolimitar el contralor judicial en favor de la presunción de constitucionalidad de las leyes; e) *ergo*, la ley es constitucional.⁹⁷

Razonabilidad,⁹⁸ sentido común, equilibrio constitucional: Esos son los argumentos que deberán considerarse. No será jurídico, sino arbitrario e infundado, querer demostrar la inconstitucionalidad de la ley en base a una pretendida noción de “poder de policía.”

Es difícil, desde luego, decidir cuándo una ley altera un derecho subjetivo de los habitantes. Pero la dificultad de la decisión no puede dar lugar a una renuncia a tomarla, ni menos a sostener la idea no fundada de que sea facultad amplia del Congreso restringir los derechos de los habitantes. Será necesario estudiar los hechos del caso y evaluar la proporcionalidad de la propuesta legislativa, para determinar si ella se conforma o no a la Constitución. Volvemos con ello al cap. I del t. 1 y al cap. I del presente t. 2. Si el tribunal no encuentra argumentos en base a los cuales decir que la ley es inconstitucional, puede simplemente adoptar la regla de que en la duda deberá estarse a favor de la constitucionalidad de la ley; pero nunca, en igual situación, decir que el Congreso tiene amplios poderes para limitar los derechos de los individuos. Esto último no tiene sustento lógico sin referirlo a hechos concretos, a un caso concreto de derecho.

Prescindiendo ya de la inexistente noción de “policía,” es de advertir cómo el sentido de nuestra Constitución no es —en el aspecto que plantea el fallo— el indicado, sino el opuesto. La Constitución establece una serie de derechos individuales de los habitantes, que entiende garantizar contra el Estado⁹⁹ y cuya existencia no subordina al dictado de leyes reglamentarias.¹⁰⁰ Los derechos

⁹⁷ CARRÍO, GENARO, “Nota sobre el caso de los números vivos,” en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 6: 49 y ss., 68 y ss. (1961); RÉBORA, JUAN CARLOS, “Comentario,” en *Revista Argentina de Ciencia Política*, 2: 295 (1960); BOTET, LUIS, “El comunismo de Estado y la jurisprudencia,” *JA*, 1960-V, 402; NERVA, nota en *LL*, 100: 46; SÚAREZ, ENRIQUE LUIS, “Nueva Nota al Fallo «Cine Callao»”, *LL*, 2004-B, 1198. El caso puede verse en *Fallos*, 247: 121-135, *Cine Callao* (1960). Una guía del caso en *Derechos Humanos*, *op. cit.*, cap. VIII, pp. 39-42.

⁹⁸ Al respecto, LINARES, *op. cit.*, p. 135 y ss.; *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. VI.

⁹⁹ ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos póstumos*, Buenos Aires, Francisco Cruz, 1899, t. X, p. 125; MAUNZ, THEODOR, *Deutsches Staatsrecht: ein Studienbuch*, Munich y Berlín, C.H. Beck, 1959, 9ª ed., p. 91. Nuestra CSJN ha receptado el principio enunciado por la CorteIDH: ver nuestro comentario “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” nota al fallo *Arce*, CSJN, *LL*, 1997-F, 696.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p. 28 y ss.; *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. III, “Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo.”

subjetivos de los habitantes existen y tienen vigencia tanto *a)* si se dicta una ley que los respeta, como *b)* si se dicta una ley que no los respeta —caso en el cual no se aplica la ley—, como *c)* si no se dicta ley alguna, caso en el cual rige directamente la norma constitucional¹⁰¹ y en su caso supranacional. En otros términos, las normas y principios constitucionales e internacionales o supranacionales que contemplan los derechos individuales frente al Estado, no remiten la existencia de tales derechos a la decisión del Estado, sino que la predeterminan.¹⁰² Ahora bien, ¿a quién corresponde establecer el significado último de la Constitución y los tratados, comprendidos esos derechos subjetivos de los habitantes? La importancia de la cuestión es obvia, pues en ella reside prácticamente el núcleo de toda la actitud del tribunal. Si correspondiera sólo al Congreso determinar el significado último de la Constitución y los derechos allí conferidos a los habitantes, entonces el tribunal no podría siquiera pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes y sería superfluo que hiciera mención alguna además a una “noción de poder de policía.” Debería decir que no le concierne opinar sobre derechos individuales cuando una ley del Congreso de la Nación avanza sobre ellos. Y no se crea que más de un juez no esté tentado de decirlo de una buena vez...

Si, por el contrario, tal interpretación corresponde al órgano judicial nacional o supranacional, no cabe entonces postular premisas genéricas de poderes amplios o restringidos del Congreso: Sus poderes estarán siempre bajo la Constitución según la interprete en el caso el Poder Judicial argentino primero y la justicia supranacional después. Pues bien, creemos que no puede haber duda acerca de cuál es nuestro sistema constitucional, ni del sistema interamericano e internacional en el cual estamos insertos. El art. 116 de la Constitución, cuando dice que corresponde al Poder Judicial el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, le atribuye claramente la facultad y el deber de decidir en cada caso el sentido y alcance de toda cláusula constitucional.

Lo que es más, al determinar en el art. 28 que los principios, derechos y garantías precedentes no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, establece la supremacía del órgano judicial sobre el legislativo, ya que en el caso previsto por dicho art., la facultad de determinar cuándo una ley altera o no los derechos constitucionales, está en manos del órgano judicial en el orden interno (art. 116.) A su vez y como lo ha resuelto la Corte en el caso *Giroldi*, los órganos internos deben interpretar y aplicar las normas supra o internacionales conforme a los criterios de los órganos supranacionales o internacionales de aplicación. Algunos autores se cuestionan si puede o no el tribunal sacar consecuencias jurídicas (así: “moral,” “justicia,” “equidad,” “democracia”),¹⁰³ cuando la

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 29.

¹⁰² *Op. cit.*, p. 28; CSJN, *Arce, LL*, 1997-F, 696.

¹⁰³ Ver SPANNER, HANS, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, Viena, Springer, 1951, p. 67.

Constitución o las normas supranacionales fijan un principio jurídico amplio o indeterminado, o se trata de un principio general del derecho. Pero ello no quita que cuando se trata de los concretos derechos individuales (libertad de comercio, de tránsito, de trabajo, etc.) deba el juez hacer su propia interpretación de lo que disponen la Constitución y los tratados en el caso y determinar a continuación si la interpretación que ha hecho el Parlamento se ajusta o no a la Constitución. La interpretación final, desde luego, reside en el ámbito de la justicia supranacional.¹⁰⁴

De otra forma se entra en una peligrosa pendiente en la que ocasionales mayorías parlamentarias puedan trastocar la esencia del sistema constitucional, llevando en su momento la plena vigencia de los derechos a su total desconocimiento. Precisamente los tribunales tienen la difícil tarea institucional de ser el contrapeso, el equilibrio estatal, el poder que los contiene y los frena en sus impulsos no siempre bien meditados o madurados.

En cuanto al problema de técnica constitucional, repetimos, no pueden admitirse medias tintas: o el Poder Judicial tiene facultades para controlar la constitucionalidad de las leyes, o no las tiene. Es erróneo que el tribunal se haga planteos acerca de si el Congreso tiene un amplio o restringido poder; pues el Congreso tiene tan sólo el poder que le da la Constitución con el presupuesto de los derechos reconocidos en los pactos supraconstitucionales y ese plexo normativo habrá de ser interpretado en los casos ocurrentes por el Poder Judicial nacional o supranacional.

Ello nos lleva incidentalmente a otra crítica: Nuestro tribunal viene diciendo desde su creación que no le compete hacer declaraciones generales acerca de la constitucionalidad de las leyes, que sus fallos se limitan siempre al caso concreto. ¿A qué viene entonces ahora el que diga que el Congreso tiene en general amplios poderes para restringir los derechos de los individuos? Entendemos que si la Corte considera que no puede declarar genéricamente la inconstitucionalidad de la ley, tampoco puede declarar genéricamente su constitucionalidad y menos en abstracto las facultades que tenga el Congreso para dictar leyes; el peligro de tales declaraciones, por otra parte, es evidente. El deber de los tribunales es ir analizando, caso por caso,¹⁰⁵ si la ley de que se trata ha interpretado correctamente o no los principios constitucionales. En cada caso concreto, el tribunal deberá hacer su propia interpretación de la Constitución para decidir si la que ha hecho el Congreso es la válida. Si el tribunal cree que hay argumentos concretos para decir que la ley es inválida —incluso, que no hay argumentos concretos para

¹⁰⁴ Y bueno es recordar, en las palabras del Tribunal español, que es obligatorio atenerse a la interpretación de las normas en el sentido más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales, lo que equivale a una formal prohibición de las interpretaciones *contra cives*, tal como lo recuerdan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. II, *op. cit.*, cap. XXII, IV, 3 *in fine*, “El principio *in dubio pro actione*.”

¹⁰⁵ CARRIÓN, *op. cit.*, p. 73 y ss.; *supra*, cap. I del t. 1; nuestros libros *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª reimpresión 2001; *Introducción al Derecho*, *op. cit.*; *An Introduction to Law*, *op. cit.*

decir que es válida—,¹⁰⁶ entonces deberá declarar su inconstitucionalidad. Si, a la inversa, no encuentra tales argumentos de invalidez y cree, en cambio, que la ley encuentra apoyo en las disposiciones constitucionales, así deberá declararlo. No será jurídico ni aceptable que el tribunal diga nunca que a su criterio los demás poderes tienen amplias facultades, en su detrimento, para interpretar la Constitución.

De eso se trata, nada más, cuando autores y fallos mentan un inexistente “poder de policía.”¹⁰⁷ Es hora de abandonar los clichés, como ha dicho en otro asunto la Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Así SPANNER, *op. cit.*, p. 65.

¹⁰⁷ Para una guía de análisis de éste y otros casos sin recurrir a este tipo de nociones y analizando simplemente los hechos, ver *Derechos Humanos, op. cit.*, 6ª ed., 2007.

¹⁰⁸ *Comunidad Indígena Eben Ezer, LL*, 2009-A, 384, con nota de D'ARGENIO, INÉS A., ““Sin clichés” dijo la Corte.” Sin embargo, la Corte continúa mentándolo, *Colgate Palmolive Argentina S.A. y otros*, 1-X-13.

