

CAPÍTULO X

EL PODER DE POLICÍA

SUMARIO

1. Poder o función	373
2. Atribución o servicio público	373
3. Origen y evolución. El poder de policía en el Estado de Policía y en el Estado liberal.....	374
4. Caracteres clásicos generales.....	376
5. Su crisis en el Estado actual	376
5.1. La tranquilidad pública.....	376
5.2. La confianza pública.....	377
5.3. La economía pública	377
5.4. La estética pública.....	377
5.5. El decoro público.....	377
5.6. La seguridad social.....	377
6. La promoción del bienestar social y el poder de policía.....	378
7. La crisis de la “noción” de poder de policía.....	380
8. Otros caracteres antiguos de la policía.....	381
9. Crisis	381
10. Caracteres en la doctrina actual. Crítica	382
11. La distinción entre policía y poder de policía. Crítica	384
12. El régimen jurídico de la policía. Crítica.....	385
13. Crisis del fundamento político en la noción de poder de policía	387
14. La inversión del principio. Los derechos individuales como principio, la limitación a los mismos como excepción	388
15. Conclusiones. La purificación de la técnica científica.....	388
15.1. Facultades de la administración.....	388
15.2. Facultades del Congreso	392

Capítulo X

EL PODER DE POLICÍA

1. Poder o función

La noción de “policía” o “poder de policía” es una de las más empleadas en el derecho público, y al mismo tiempo una de las que más se presta a equívocos, por la disparidad de ideas que al respecto se sostienen y por el endeble fundamento que las sustentan.

Por de pronto, es de recordar que el aditamento de “Poder” es equivocado, por cuanto el poder estatal es uno solo, y ya se vio que la llamada división de tres “poderes” consiste, por un lado, en una división de “funciones.” (Funciones legislativas, administrativa, jurisdiccional), y por el otro, en una separación de *órganos*. (Órganos legislativo, administrativo y jurisdiccional.)

En tal sentido, el “poder de policía” no sería en absoluto un órgano del Estado, sino, en cambio, una especie de *facultad* o más bien una parte de alguna de las funciones mencionadas.¹

2. Atribución o servicio público

Así como no puede confundirse el poder de policía con un órgano del Estado, tampoco debe confundírsele con los servicios públicos que éste presta. No puede, en efecto, afirmarse que es “el conjunto de los servicios públicos,” porque ello contradice abiertamente al afirmar 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... lo que carece de sentido.² Servicio público es en todo caso una *actividad*; poder de policía, una *facultad o atribución*, por lo que confundir una cosa con la otra supone tanto como confundir ley con potestad legislativa, acto administrativo con facultad administrativa, etc. El

¹ Contr. VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1949-56, p. 99 y ss.

² Esto en contra de lo sostenido por BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. IV, p. 1 y ss.

servicio público podrá ser una de las manifestaciones del poder de policía, pero nunca será este mismo. En realidad y como veremos, ni una ni otra noción tiene sustento lógico-jurídico.

Pero también es criticable considerarlo como una atribución metajurídica, o implícita en el orden jurídico, que el Estado tiene a su disposición. 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. A nuestro juicio, esto constituye un error de interpretación del sistema, nacido al amparo de prejuicios que otorgaban al Estado determinadas prerrogativas, propias del soberano o monarca, pero inconscientes con un régimen de Estado de Derecho, en el cual los únicos poderes que el Estado tiene son los que el orden jurídico le otorga en forma expresa o razonablemente implícita.

La presente sección tiene por finalidad analizar tres grandes temas del derecho administrativo, en los cuales el problema de las seudopotestades públicas se ha hipertrofiado, dando origen a “instituciones” con supuesta existencia propia. Trataremos, en cada caso, de demostrar que ello no es así, y que resulta falso razonar sobre la base de estas “instituciones” o “poderes,” sin referir concretamente el punto *sub examine* al derecho positivo.

En el caso de la noción o atribución de policía, será 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.³

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

Dentro de esta configuración existen numerosas concepciones divergentes, habiéndose planteado su crisis y su inexistencia como figura autónoma. Para comprender el porqué de estas diferencias, muchas veces sustanciales, y ubicar en su significado actual el problema, es de interés recordar el origen y la evolución de dicho concepto.

3.1. *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 significación a pesar de la desaparición de la *polis*.

³Para ubicar la evolución histórica del poder de policía dentro del marco general de la evolución del derecho administrativo, ver nuestro *Tratado, op. cit.*, t. 1, cap. II, n° 1 y 2.

3.2. *En el siglo XI* 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.⁴ 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. 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;⁵ pero se advierte ya que es una función del Estado y concretamente una parte de la función ejecutiva.

3.3. 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.”⁶

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.”⁷ De esta forma nació el concepto de que la esencia de la 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.⁸

Ese objeto, repetimos, es la lucha contra los peligros que amenazan el buen orden de la comunidad (o, según algunos autores, la seguridad, salubridad y moralidad públicas), eliminándose expresamente 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

⁴ ADAMOVICH, LUDWIG, *Oandbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, t. I, Viena, 1954, 5ª ed.; p. 102.

⁵ ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 288 y ss.

⁶ Difieren las versiones de esta cita: Comparar GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Derecho administrativo*, t. II, Madrid, 1957, 6ª ed., p. 400, y VON TUREGG, KURT EGON, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlín, 1956, 3ª ed., p. 281.

⁷ ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 229.

⁸ ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 230.

coaccionador y ordenador. Las preocupaciones acerca de conseguir la felicidad y el bienestar de los ciudadanos debía dejárselas a ellos mismos; y si se le ocurriera ocuparse de ellas, que lo hiciera al menos sin el uso de la coacción.⁹ Se trata, pues, en el concepto del Estado liberal, pero siempre, como se advierte, en una noción claramente preconstitucional.¹⁰

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 la seguridad, salubridad y moralidad públicas* contra los ataques y peligros que pudieran atacarla. Es típico de esta concepción:

4.1. Que sólo se justifica la limitación de los derechos de los individuos en estos tres casos (seguridad, salubridad, moralidad;)¹¹

4.2. Que incluso estos tres casos legitiman la intervención estatal sólo en la medida en 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.

Esta concepción era a su vez 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 extralimitara. (Recuérdese la diferenciación entre esta actitud negativa y positiva, que expusieramos al hablar de Estado de Derecho y Estado de bienestar.)¹²

5. Su crisis en el Estado actual

Sin embargo, esa noción y concepción sobre qué era y qué alcances tenía el poder de policía del Estado, no se ha mantenido. 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:

5.1. *La tranquilidad pública*, manifestada en la prohibición de hacer ruidos molestos (altavoces, bocinas, escapes de automotores, radios portátiles en los

⁹ ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 229.

¹⁰ Como la ha caracterizado CARRO, JOSÉ LUIS, "Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional," *REDA*, n° 29, 1981, pp. 287-305, donde se encontrarán más referencias históricas al respecto.

¹¹ En esta orientación la vieja jurisprudencia de la Corte Suprema, *Bonorino*, 1869, *Fallos*, 7: 150, en la que se declaró inconstitucional una ley provincial que prohibía las corridas de toros, porque ello no entraba dentro de la mencionada trilogía.

¹² Ver nuestro *Tratado*, t. 1, cap. III, n° 15 a 18.

medios de transporte, etc.), en la de molestar a los radioescuchas o telespectadores con avisos agresivos (gritos, etc.); de expender artículos en los medios de transporte; de entrar a los espectáculos públicos después que han comenzado, etc.

5.2. *La confianza pública* en el control de pesas y medidas, la prohibición de hacer envases engañosos (por ejemplo, frascos con protuberancias internas no visibles desde el exterior, que hacen parecer que tienen un contenido mayor a pesar de que consignan en su exterior su contenido exacto en *gramos*; cajas con dobleces internos, doble fondo, etc.), títulos engañosos (por ejemplo, una bebida que se titula “coñac” sin serlo, etc., casos en los cuales se obliga a suprimir el título o aclarar que es un simple “licor seco,” etcétera) y todo tipo de fraude público. (Tales como la propaganda subliminal.)

5.3. *La economía pública* en la regulación de salarios, precios, monopolios, *holdings*, de sociedades anónimas en general; acaparamiento, agiotaje, etc.

5.4. *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,” etc.

5.5. *El decoro público* en cuanto a protección de las buenas costumbres sin que se haya afectado todavía la moralidad pública; la prohibición del boxeo femenino, de los malos tratos a los animales, de las corridas de toros, riñas de gallos, etc.; de establecer lugares de diversión o prostíbulos cerca de cementerios, 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 sujetos con alguna monstruosidad congénita.

5.6. *La seguridad social* a través de la obligación de asociarse a las cajas de jubilaciones, de contratar seguro de vida o de enfermedad, de someterse a revisiones médicas periódicas, de agremiarse obligatoriamente en determinados casos, de adoptar seguros contra el desempleo, etc.

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.¹³ Tan evidente es la ampliación de esos fines del Estado y, consecuentemente, de su poder de policía, que los autores modernos por lo general evitan ya referirse a aquella trilogía característica (seguridad, salubridad, moralidad) y prefieren en cambio utilizar nociones más amplias y genéricas. Dicen así que lo que el

¹³ En esta orientación se encuentra la actual jurisprudencia de la Corte Suprema, a partir del caso *Ercolano*, 136: 161, año 1922, en que se declaró constitucional la ley de alquileres de 1921; posteriormente se reiteró el principio con relación a la ley de moratoria hipotecaria, 172: 21, y muchos casos más. Un resumen de esa jurisprudencia se hizo en *Inchauspe*, 1944, *Fallos*, 199: 483.

poder de policía protege es el “orden público,” el “bien común,” el buen orden de la comunidad,¹⁴ etc., comprendiendo entonces dentro de dichos términos todas las especies vistas: La “economía pública,” la “seguridad social,” la “confianza pública,” el “bienestar social,” etc.

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 adelante, que a esos fines corresponda un régimen jurídico determinado, distinto del que corresponde 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 totalmente infundado e 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 modernamente 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 realmente imposible hacer una cosa sin hacer al mismo tiempo la otra.

Señala MERKL, en este sentido, que el concepto de policía “...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

¹⁴ BIELSA, RAFAEL, *Régimen jurídico de policía*, Buenos Aires, 1957; y la más minuciosa exposición de su *Compendio de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1960, 3ª ed., p. 383 y ss.; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1952, usan la primera expresión; FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Poder de policía*, Buenos Aires, 1957, p. 100, la segunda, y GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Derecho administrativo*, Madrid, 1957, 6ª ed., p. 398, la tercera.

modo escapa el concepto a todo sentido racional.”¹⁵ 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,”¹⁶ 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, etc., no son una cosa, algo inerte y estático, pues no se concibe una dimensión o equilibrio social que sea estático; no se pueden sacar o agregar trozos pudiendo dividirse entonces la tarea estatal de trozos, y evitar que sustraigan los que hay...; es una fuerza 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. Cuando se obliga a un patrón a pagar determinado salario o indemnización se *promueve* el buen orden de la colectividad obrera, pero también se *previene* la perturbación que surgiría si esa colectividad tuviera salarios o indemnizaciones bajos. Al obligar a radiodifundir determinado porcentaje de música nacional, o exhibir determinado porcentaje de películas nacionales, o emplear determinado número de obreros nacionales, se promueve la música y cinematografía local, y el pleno empleo de los obreros nacionales; pero al mismo tiempo se previenen las perturbaciones al espíritu e idiosincrasia nacional derivadas de una excesiva influencia extranjera, y la desocupación de los obreros nacionales. Al obligarse a plantar árboles se promueve

¹⁵ MERKL, ADOLFO, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, 1935, p. 327.

¹⁶ 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.

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 monopolizar, especular, agiotar, etc., se promueve el buen orden de la economía nacional al crear un ambiente favorable al desarrollo industrial y comercial; pero al mismo tiempo se reprimen los precios excesivos, etc., que pueden dañar a esa economía. Y así sucesivamente.

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

De lo antedicho se desprende una doble conclusión: Por un lado, que los fines que el Estado puede perseguir con su poder de policía 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 la 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 carezca 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. 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 del planteo surge fundamentalmente del hecho de que permanentemente 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:

8.1. Porque 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 aun a falta de legislación que lo estableciera positivamente como bien jurídico protegible; porque en ese objeto, pues, aun a falta de leyes se justificaba el uso de la coacción; pero también porque sólo allí se justificaba éste.¹⁷

8.2. Porque era de carácter esencialmente prohibitivo, en el sentido de que se manifestaba a través de prohibiciones y restricciones negativas a la actividad individual,¹⁸ es decir, a través de obligaciones de *no hacer*, en lugar de *hacer*.

8.3. Porque era una función ejecutiva, es decir, una parte de la función administrativa.

8.4. Según algunos autores, porque el objeto mencionado consistía en la seguridad, salubridad y moralidad públicas; según otros autores, porque el objeto mencionado era el buen orden público o bien común.

8.5. Porque era una actividad de tipo preventivo-represivo, 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 fuera 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.

9. *Crisis*

Pues bien, 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. Veamos ahora cómo los demás caracteres antiguos han desaparecido igualmente:

¹⁷ Ver ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 230.

¹⁸ PETERS, HANS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949, p. 374.

9.1. 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, pues ha sido sustituido por el derecho positivo. Incluso los autores que todavía utilizan la noción, reconocen que el “orden público” y su protección mediante limitaciones a la libertad está comprendido en la Constitución; ello comienza ya a contradecir que sea necesario hablar de esta noción preconstitucional.¹⁹

9.2. El que la actividad policial sea solamente prohibitiva es una concepción sin curso actualmente: 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.²⁰

9.3. 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, por ejemplo, y que allana locales, impone clausuras, decomisa artículos, etc., también actúa en función policial; lo mismo puede decirse de algunas actividades judiciales.

9.4. Por otra parte, no sólo la policía en cuanto función ejecutiva es ejercida por cualquiera de los tres poderes del Estado, sino que ella ya no es solamente ejecutiva: La facultad de dictar normas que rijan aquella actividad ejecutiva, 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.²¹

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 primordialmente 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

¹⁹ Lo decimos con referencia a BIELSA, *op. cit.*, t. IV, p. 4.

²⁰ Comp. ELGUERA, ALBERTO, *Policía municipal*, Buenos Aires, 1963, p. 2, quien trae ejemplos similares aunque acepta “en general” la caracterización que criticamos.

²¹ Así 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.”

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, por ejemplo, lo define GARRIDO FALLA²² como “el conjunto de medidas coactivas arbitradas por el Derecho para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública;” WALINE²³ 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;” SERRA ROJAS: “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;”²⁴ FIORINI, como la “actividad estatal que tiende a regular el equilibrio necesario entre la existencia individual y el bien común cuando es perturbado,”²⁵ etc.

Pero estas definiciones demuestran justamente lo contrario de lo que pretenden, porque no destacan nota alguna que sea específica y característica de este supuesto poder de policía. Con los ejemplos precedentes creemos que es suficiente para advertir la total imprecisión de cualquiera de estas definiciones, que se quedan todas, inevitablemente, 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 por supuesto no la diferencia en nada del resto de la actividad estatal*, y no justifica en modo alguno la creación de una definición especial. 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 concretamente para explicar algún fenómeno que no se explique ya por sí mismo? A juicio nuestro, se trata de una “noción” que actualmente no sólo carece de significado propio, sino que, lo que es peor, carece de toda utilidad teórica o práctica. Adviértase que para saber si una determinada limitación que el Estado pretende imponer a un derecho es o no válida, no podremos invocar simplemente el “poder de policía” como si estuviéramos en los

²² GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1952, p. 111, aunque señala que es una definición provisional.

²³ WALINE, MARCEL, *Droit administratif*, París, 1963, p. 637.

²⁴ SERRA ROJAS, ANDRÉS, *Derecho administrativo*, México, 1959, p. 690.

²⁵ FIORINI, BARTOLOMÉ, *op. cit.*, p. 100. Por su parte, HERRAIZ, HÉCTOR EDUARDO, *op. cit.*, pp. 7, 11 y 15, habla del “poder regulador de los derechos, ejercidos por el Estado.”

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 e indefinición. Pero sobre esto volveremos más adelante, luego de referirnos a otro de los intentos de establecer la noción.

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

VILLEGAS BASAVILBASO,²⁶ partiendo de una diferenciación hecha por BIELSA, ha intentado separar lo que el denominaba meramente “policía” de lo que constituiría estrictamente “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.”

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 exclusivamente 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*, por ejemplo, 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

²⁶ VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. V, p. 11 y ss., especialmente pp. 56-57, 76-78, 88 y 108.

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 de conceptuarla 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.

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

12.1. 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 totalmente inexacta; la segunda ni se aplica a todo el régimen “policial,” ni es exclusiva de él; la tercera y la cuarta funcionan autónomamente, sin necesidad de referirlas a noción especial alguna. Veamos:

12.2. La primera característica del régimen jurídico 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 como policía para la prevención de peligros, y los medios de que pueden servirse en tales ocasiones.²⁷ 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.²⁸ 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.

²⁷ ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 230.

²⁸ PETERS, *op. cit.*, p. 374.

18.)”²⁹ Y no se habla aquí de ley “en sentido lato” (ley, reglamento, ordenanza), sino de la ley del Congreso.

12.3. La segunda característica —el uso de la coacción—está negada inicialmente 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.³⁰

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 el servicio militar obligatorio, en los remates judiciales, etc.; es así que “esta pretendida nota diferencial, la coacción no permite ninguna demarcación segura entre la policía y otras actividades del Estado, lo que no debe extrañar si se tiene presente la esencia del Estado como orden coactivo.”³¹

En conclusión, que si bien la coacción puede presentarse en la policía, no sólo allí se presenta, ni se presenta tampoco en toda manifestación policial: No es, pues, elemento del régimen jurídico policial que sirva para caracterizarlo.

12.4. 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, diciéndose entonces que el poder de policía por regla general pertenece a los gobiernos locales, y que excepcionalmente lo puede ejercer el gobierno federal en territorios locales 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.

¿Necesitaría esa noción alguna especial para llegar al raciocinio del jurista? ¿Es tan difícil y problemático concebir el contenido del art. 104 de la Constitución como para necesitar la muletilla de una noción amorfa para poder explicarlo? Creemos sinceramente que no; la policía no puede encontrar justificación en la problemática interpretativa del art. 104 de la Constitución nacional.³²

²⁹ CSJN, *Fallos*, 237: 654, 656, *Mouviel*, 1957; 191: 245.

³⁰ MERKL, *op. cit.*, p. 317.

³¹ MERKL, *op. cit.*, p. 319. Para mayor desarrollo del punto, ver también MERKL, *op. loc. cit.*

³² Si bien en el caso *Bonorino* la Corte Suprema 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...” (7: 150, 152), ya en el fallo *Resoagli* deja traslucir que la imputación de la “policía” (en cuanto a seguridad, salubridad, moralidad) a los gobiernos locales es *una consecuencia, no fundamento*, de la distinción y separación de los poderes federales y locales... “...conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, como lo reconoce el art. 104; ... de este principio fundamental se deduce, que a ellas corresponde exclusi-

12.5. En cuanto 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.³³

No hay así necesidad ni conveniencia alguna en 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. *Crisis del fundamento político en la noción de poder de policía*

Además de las razones puramente jurídicas esgrimidas para demostrar la crisis de 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 fundamentalmente del gran valor político de las nociones antiguas, que por sí mismas servían de valla al poder omnímodo del Estado.

Antes, poder de policía era una esfera de libertad hallada por exclusión; hoy, poder de policía es una restricción a esa misma libertad enseñada por principio. Antes, 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; ahora, es el Estado quien puede esgrimir la “noción” de poder de policía para afirmar que tiene derecho a restringir los derechos de los habitantes.

Así, resulta hoy en día 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?

Fácil es advertir en cualquier obra sobre la materia, cómo el autor se encuentra con que ha creado o adoptado una institución que escapa de su control, ávida de expansión. El autor se dedica 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

vamente 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 art. 108 de la misma Constitución.” (7: 373, 386.) Luego, la noción de policía es innecesaria para explicar el problema constitucional indicado.

³³ *Fallos*, 136: 161, 171.

para contener el 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.

14. *La inversión del principio. Los derechos individuales como principio, la limitación a los mismos 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 que estructuran positivamente a su Estado como “Estado de Derecho,”³⁴ sentar la premisa opuesta, de 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.³⁵

En conclusión, la “noción” de policía es peligrosa: Si algún argumento hubiera en derecho para sostenerla podría correrse el riesgo de hacerlo; pero si realmente no lo hay, debe evitarse que por comodidad, apego a lo ortodoxo, o desconfianza, se mantenga en vigor lo que ya ha sido, y puede volver a ser, sepultura de la libertad.

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

15.1. *Facultades de la administración*

15.1.1. Acabamos de indicar que debe eliminarse del derecho administrativo la *noción de policía*; es necesario explicar ahora las consecuencias que ello ocasionará, 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, esencialmente

³⁴ Ampliar *supra*, cap. I.

³⁵ Un diferente enfoque metodológico dentro del mismo espíritu jurídico-político, en GARCÍA DE ENTERRÍA, “Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario,” *REDA*, n° 5, p. 203 y ss.

uno de técnica jurídica; y su elemental resultado es una purificación del derecho administrativo, al quitarle elementos antijurídicos que perturban el análisis científico dentro del mismo.

15.1.2. 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 dé 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.”

15.1.3. 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 la autoriza*, en forma reglada o discrecional, a hacerlo.

El lector advertirá al punto 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*.³⁶

La supresión de la *noción de poder de policía*, y por lo tanto de la posibilidad de que la administración actúe sin fundamentación legal, es, por consiguiente, una posición que encaja y se adecua perfectamente a los principios del Estado de derecho: Viene así a suprimirse una mancha más en el principio de la legalidad de la administración.

15.1.4. 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: No se suele decir en ningún lado, claramente, que la policía implique posibilidad de actuar *sine legem*;³⁷ pero aunque no siempre se lo

³⁶ Hasta la teoría general del derecho ha recogido ya estos principios. Ver, por ejemplo, ESSER, JOSEF, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates*, Viena, 1949, p. 110.

³⁷ 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. Por supuesto, ese criterio no es válido en el derecho argentino. (Arts. 14 y 28 de la Constitución.) 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

diga, la realidad es que así se lo admite. Cuando en un caso concreto 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 cuidadosamente, so pena de incurrir en frecuentes errores.

Eliminando la *noción* se quita al administrador la posibilidad de recurrir a principios metajurídicos para socorrer soluciones deficientemente apoyadas en el derecho positivo: Si no puede fundar lo que sostiene en las normas del orden jurídico, ninguna ayuda le podrá prestar ya la oficiosa “*noción de policía*;³⁸ se obliga al 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 valor fundamental 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.

15.1.5. 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.

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.³⁹

En el caso del *poder de policía*, en cambio, no hay por hipótesis una norma que autorice a la administración a actuar: Si suprimimos la construcción especial, en consecuencia, podremos asimilar al grupo de las facultades discrecionales, *sólo 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 sugiere.

la ley confiere a la administración. Al respecto ver LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, cap. X, p. 113 y ss., y nuestro *Tratado*, t. I, cap. IX, n° 6, 7, 7.1-7.5.

³⁸ 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 contra el buen orden y progreso de la materia...; como se ve, para todo se puede emplear el vocablo.

³⁹ Para una crítica sistemática de la teoría ver *infra*, cap. XII: “Los actos de gobierno.”

15.1.6. 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; *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 inevitablemente habrán de caer.

En consecuencia, la supresión de la *noción de policía* no implica necesariamente una transformación 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.

15.1.7. De las mismas razones que acabamos de exponer, se desprende también que el que se suprima la *noción de 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*.⁴⁰

El que hablemos de la eliminación de la *noción de 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 *noción de policía* es esencialmente un problema de técnica jurídica: No un planteo que implique una conmoción del régimen jurídico estatal.

⁴⁰Y 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.

15.2. *Facultades del Congreso*

15.2.1. 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, *cit.*)

Trátase ahora de saber cuándo la restricción impuesta por el Congreso en una ley 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 ha hecho, prácticamente, la siguiente argumentación: *a)* El *poder de policía* que le corresponde al Congreso puede entenderse en sentido amplio o restringido, *b)* la Corte Suprema se ha decidido por entenderlo en sentido amplio, *c)* por lo tanto, el Congreso 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 entiende también que debe autolimitar el contralor judicial en favor de la presunción de constitucionalidad de las leyes.⁴¹

15.2.2. Demostrado ya que no existe una *noción de policía* —ni amplia ni restringida—, y que la Corte Suprema no ha podido en consecuencia decidirse por uno ni por otro concepto, cabe indicar que para interpretar si una ley es constitucional o no al reglamentar en un determinado caso un derecho individual, deberá analizarse si la misma interpreta razonablemente o no lo que dispone la Constitución; si “altera,” en buen sentido común, el contenido del derecho de que se trata; si destruye el equilibrio constitucional previsto por nuestros constituyentes entre los poderes del Estado y los derechos de los individuos. Dicho de otra forma, debe el jurista limitarse pura y exclusivamente a los criterios interpretativos que racionalmente se desprenden de la Constitución.

Razonabilidad,⁴² 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.*

⁴¹ Comp. CARRIÓ, GENARO, “Nota sobre el caso de los números vivos,” en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, n° 6, 1961, p. 49 y ss., 68 y ss.; RÉBORA, JUAN CARLOS, “Comentarios,” en *Revista Argentina de Ciencia Política*, n° 2, 1960, p. 295 y ss.; BOTET, LUIS, “El comunismo de Estado y la jurisprudencia,” *JA*, 1960-V, p. 402; NERVA, nota en *LL*, 100: 46.

⁴² Al respecto, LINARES, *op. cit.*, p. 135 y ss.

15.2.3. 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.

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.

15.2.4. Prescindiendo ya de la *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 Estado⁴³ y cuya existencia no subordina al dictado de leyes reglamentarias. Los derechos 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 constitucional.

En otros términos, la norma constitucional que contempla los derechos individuales frente al Estado, no remite la protección de los individuos al Estado, sino que la predetermina ella misma.

Ahora bien, ¿a quién corresponde determinar el significado último de la Constitución, comprendidos esos derechos subjetivos de los habitantes?

15.2.5. La importancia de la cuestión es obvia, pues en ella reside prácticamente el núcleo de toda la actitud del tribunal. Sí corresponde al Congreso determinar el significado último de la Constitución y los derechos allí conferidos a los habitantes entonces el tribunal no puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, y es inútil que haga mención además a una noción de poder de policía. Sí, por el contrario, tal interpretación última corresponde al órgano judicial, no cabe entonces hacer cuestión de poderes amplios o restringidos del Congreso: Sus poderes estarán siempre bajo la Constitución según la interpretación en el caso del Poder Judicial.

Pues bien, creemos que no puede haber duda acerca de cuál es nuestro sistema constitucional. El art. 100 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 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

⁴³ Confr. ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos póstumos*, Buenos Aires, 1899, t. X, p. 125; MAUNZ, THEODOR, *Deutsches Staatsrecht*, Munich y Berlín, 1959, 9ª ed., p. 91; y lo expuesto con algún detalle en el cap. I.

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 artículo, la facultad de determinar cuándo una ley altera o no los derechos constitucionales, está en manos del órgano judicial. (Art. 100.)

15.2.5. Bien está que cuando la Constitución fija un principio demasiado amplio se sienta el tribunal inhibido de sacar de él consecuencias jurídicas (así: “moral,” “justicia,” “equidad,” “democracia;”)⁴⁴ 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 qué es lo que dispone la Constitución en el caso y determinar a continuación si la interpretación que ha hecho el Parlamento se ajusta o no a la Constitución.

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

15.2.7. Y en cuanto al puro 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. Si se trata del segundo caso, *entonces hay que crear ya mismo un tribunal que tenga por función específica el control de constitucionalidad de las normas estatales.*

Si se trata del primer caso, como *es nuestro sistema*, entonces es vicioso y 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, y ésta habrá de ser interpretada en los casos ocurrentes por el Poder Judicial.

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 aún 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,⁴⁵ si la ley de que se trata ha interpretado o no correctamente los principios constitucionales; en cada

⁴⁴ SPANNER, HANS, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, Viena, 1951, p. 67.

⁴⁵ Confr., CARRIÓ, *op. cit.*, p. 73 y ss.

caso concreto, el tribunal deberá hacer su propia interpretación de la Constitución para decidir si la que ha hecho el Congreso es la válida; y, si el tribunal cree que hay argumentos concretos para decir que la ley es inválida —o aun, que no hay argumentos concretos para decir que es válida,—⁴⁶ 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: Sin que sea 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.*

⁴⁶ Así, SPANNER, *op. cit.*, p. 65.

