UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS

Seminario sobre Aportaciones Teóricas Recientes

Título: *"Instituto de Derecho Público de Poder de Policía en el Derecho Argentino"*

Alumnos: Gutiérrez, Lucia Gabriela – Quiroga Fuhr Emiliano.

Carrera: Abogacía.

Asignatura: Derecho Público, Provincial y Municipal.

Docente Director de Tesis: Dr. Adrián Alberto Sánchez.

Año: 2017 - Santa Rosa – La Pampa

Índice

Introducción 3

Origen del término y su evolución histórica 4

Policía y Poder de Policía 5

Fundamentación Constitucional 6

Evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 8

La potestad reglamentaria: el poder de policía en sentido estricto y en sentido amplio 18

Limitaciones 19

Ejercicio de la Policía 21

Clasificación de la policía en función de la materia 24

Policía de las relaciones sociales 25

Policía de las actividades económicas 26

Las contravenciones policiales 27

La pena de policía 28

Clasificación de las penas de policía 29

Remedios y responsabilidades por la actividad policial 30

Remedios ante el ejercicio de la actividad policial 31

El recurso de amparo como herramienta de protección 32

Critica a la noción de "poder de policía" 33

Conclusión 36

Notas al pie 38

Bibliografía 44

Introducción

En este trabajo desarrollaremos el Instituto de Derecho Público de Poder de Policía, entendido como la función del Estado que tiene como objeto regular los derechos de los individuos en mira del bienestar general dentro de un marco normativo.

Trataremos a lo largo de los capítulos de esta tesis, la pugna constante entre la restricción de los derechos individuales y el "poder de policía", sus alcances, clasificaciones, límites, su origen histórico, la recepción por parte de la jurisprudencia y el Derecho argentino, con la consecuente aplicación práctica de esta función que ha desarrollado a lo largo del tiempo, con aciertos y errores, con el objetivo de que los administrados cumplan con sus deberes reglamentando sus derechos, pero sin alterarlos.

Existen autores que se inclinan por la eliminación del concepto, y otros que sostienen su existencia, aunque aceptando cambios en el mismo. Para poder entonces entender estas posturas necesitamos saber a qué nos referimos cuando hablamos del poder de policía, para ello desarrollaremos la evolución del concepto desde su origen para llegar al significado que hoy se le otorga y así estar en condiciones de hacer un análisis sobre cuál es la aplicación actual en nuestro país. En este sentido, debemos considerar la versatilidad de un estudio que se remonta a la Europa del siglo XIV y llega hasta la Argentina del siglo XXI, y que se aplica tanto en la organización del Estado Nacional, como en las Provincias y Municipios.

Desarrollaremos la recepción del instituto en nuestro país, pasando por el análisis jurisprudencial y constitucional del tema, lo que nos llevará a tratar muchos puntos conceptuales de contacto directo con el objeto de esta tesis en cuanto al ámbito jurídico, como lo son la división de poderes, la distribución de competencias, la razonabilidad y la legalidad, entre otros.

Origen del término y su evolución histórica.

El poder de policía como es conocido conceptualmente en la actualidad es el resultado de un largo proceso histórico y teórico que lleva siglos, condicionado en este camino por formas políticas e ideológicas para luego ser receptado en nuestro país desde hace ya varios años y que sigue en constante modificación. En este segmento nos ocuparemos de citar los acontecimientos más importantes de este desarrollo, su origen en la historia hasta los días que corren, y con esta base intentar visualizar el horizonte de lo que será la limitación de derechos en los tiempos que se avecinan.

Para comenzar nos remitiremos a la palabra "Policía" que deriva del idioma francés y su uso data del siglo XVIII. De una manera indirecta proviene del latín *politia*, y ésta del griego polis, que significa ciudad, o ciudad-estado. De ahí derivó *"politeia"*, palabra que define lo relativo a la constitución de la ciudad, el ordenamiento jurídico del Estado, conducta arreglada de los ciudadanos, gobierno, calidades cívicas del individuo.

Desde la Edad Antigua hasta el siglo XV, pasando por la organización griega de la polis, la "*civita romana*", la Edad Media y la sujeción mandataria de la iglesia o de sus representantes, la palabra policía designaba la suma de toda la actividad estatal.

Durante el absolutismo, siglos XVI y XVII, "policía" designaba la facultad o poder estatal concentrada en la persona del soberano por mandato divino, que podía reglar todo lo que se encontraba dentro de los límites del Estado. Se trataba de un poder ilimitado, un solo sujeto creaba las normas, las ejecutaba y las juzgaba.

Un siglo después comienza a gestarse lo que luego sería el Estado de Derecho como se lo conoce. En un principio la busca de los juristas de darle un acento terrenal de validez a la autoridad, fue lo que resultó un límite a este poder absoluto de origen divino ejercido por el monarca.

La división del poder del Estado en funciones fue la piedra fundamental para avance del reconocimiento de los derechos individuales del hombre, limitando el poder público.

En el año 1789 con la revolución francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como documento fundamental se llegó a un punto radical de cambio. La "policía" pasa de la voluntad del monarca a la voluntad legislativa.

Así, el poder absoluto del Estado se restringe y pasa a no intervenir en la esfera de los individuos, tomando un papel de guardián del orden público. La libertad y la propiedad de las personas eran materias reservadas a la ley, siendo antijuridica cualquier intervención que vulnere estos ámbitos.

La policía pasó a ser una actividad autorizada por la ley que limita los derechos de los particulares en cuanto al ejercicio de ellos perturbe la paz, seguridad, o el orden púbico perdiendo su carácter discrecional con el que contaba.

No obstante, habiéndose limitado el poder del estado como se conocía hasta ese momento, al menos en forma ideal en cuanto a los fines y objeto, continuó siendo ilimitado en cuanto a los medios, lo que dio (y da lugar hasta hoy en día) a frecuentes abusos.

Policía y Poder de Policía

A diferencia de la palabra "policía", la expresión "poder de policía" es relativamente nueva en los términos del derecho público. Fue empleada por primera vez en el año 1827 por el presidente de la corte suprema de justicia de los Estados Unidos, John Marshall, en el caso "Brown vs. Maryland" del que hablamos más en detalle en la parte pertinente de este trabajo donde tratamos el desarrollo jurisprudencial. Por el momento, podemos decir que el juez Marshall entendía la expresión "poder de policía", como un poder de legislación,

caracterizado por restricciones a las que cada individuo debe someterse en el ejercicio de su libertad o de sus derechos de propiedad.

Fundamentación Constitucional

La afirmación de un derecho importa necesariamente la existencia de un deber, limitación o carga que recae sobre el mismo. Las limitaciones a los derechos individuales, debido al interés público, es lo que denominamos poder de policía y para responder el interrogante que titula este segmento, necesitamos citar los fundamentos normativos y explicar de dónde nace esta facultad con consecuencias tan importantes.

Para conocer cuál es el origen de esta prerrogativa estatal, hay que remitirse a la norma suprema de nuestro ordenamiento, la Constitución Nacional, de la que María Angélica Gelli[2] en su obra que comenta la Constitución Nacional hace un análisis sobre los fundamentos normativos en los que se apoya el instituto de poder de policía. El artículo 14 nos dice: *"Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender."*

Esta norma hace referencia a que los derechos de todos los habitantes se ejercerán conforme las leyes que reglamenten, por lo que el régimen para su despliegue en los hechos estará principalmente supeditado a las leyes creadas por el Congreso de la Nación, es decir, que en primera medida el Poder Legislativo es el legitimado para limitar derechos.

De esta norma constitucional se han distinguido en la doctrina dos principios que nos orientan hacia la fundamentación de esta facultad estatal que tiene como principal fuente a la ley. El primero de ellos es que no hay derechos absolutos en su ejercicio, todos pueden sufrir limitaciones porque como ya hemos dicho, la contracara de un derecho es una obligación, ya sea que es impuesta directamente al titular o a terceros. El segundo principio, es el denominado "Principio de Legalidad" el cual expresa que sólo la ley podrá reglamentar derechos, y tiene su desarrollo general en el artículo 19 última parte que dice *"...Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."*

Por otro lado, habiendo visualizado que el Poder Legislativo es en primer término el mayor limitador de derechos, no es el único. El Poder ejecutivo dentro su ámbito de poder también puede restringir derechos, pero de una manera indirecta como veremos a continuación. El artículo 99 de la Constitución Nacional en su inc. 2 establece que el presidente de la Nación *"Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.* "Si bien la finalidad de esta atribución es completar y detallar lo necesario para la aplicación de la ley sancionada, la facultad que tiene el poder ejecutivo de reglamentar las leyes y consecuentemente los derechos que en ella se plasman, puede tenerse como un limitador de derechos de los particulares. Es por esto que existe un límite a esta función del ejecutivo y es que no se podrá alterar el espíritu de la norma con estas reglamentaciones.

Como tercer término, podemos encontrar en la función judicial otra fuente limitativa para los derechos. Esto es así porque cuando el juez aplica la norma (a un caso y con un efecto concreto para las partes intervinientes) y fundamentalmente cuando interpreta la Constitución Nacional está dando una dimensión al alcance de los derechos, es decir, está delimitando su ejecución dentro del marco que la ley le predetermina.

Evolución Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Antes de abocarnos al tratamiento que nuestro supremo tribunal ha hecho sobre el tema objeto de nuestra tesis, cabe mencionar que antes de que la noción de "Poder de policía" sea tratado en nuestro país, anteriormente tuvo su aparición jurisprudencial en Estados Unidos, donde el presidente de la corte suprema de justicia de ese país, John Marshall, le dio nacimiento al termino en el caso **"Brown vs. Maryland"**.

La Corte sostuvo, que el poder de policía es una materia residual que comprende todo lo que queda del poder de un estado más allá de las otras grandes prerrogativas del dominio eminente y la tributación. El juez Marshall, entendía la expresión como un poder de legislación, y caracterizado por un conjunto de restricciones a las que cada individuo debe someterse en el ejercicio de su libertad o de sus derechos de propiedad. En efecto, el poder de policía se expresa a través de la potestad reglamentaria de los derechos y garantías reconocidos por la Carta Fundamental y consiste en limitaciones a los citados derechos y garantías.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, desde sus inicios hasta hoy ha ido variando en su análisis acerca del concepto de poder de policía. Como ya hemos visto este instituto tiene una larga historia y se ha ido adaptando a los cambios políticos, jurídicos e institucionales en muchos países.

A continuación, haremos un repaso sobre el alcance y extensión que ha tenido el concepto según la interpretación de nuestro máximo órgano judicial, citando los fallos más significativos sobre el tema.

En 1870, en el **fallo de Plaza de Toros c/ Provincia de Buenos Aires**[3], en donde una empresa plantea una acción contra el Estado Provincial fundándose en que la ley que vedaba la actividad implicaba una limitación injusta para su labor profesional. La Corte considero que

era un poder reservado de las provincias el de la reglamentación de los derechos por razones de seguridad, salubridad y moralidad, y no dio lugar al planteo. Dijo la Corte en el caso citado *"... es un hecho y también un principio de derecho constitucional, que la policía de las provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos, y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines, no habiéndose garantido por el art. 14 CN. a los habitantes de la República el derecho absoluto de ejercer su industria o profesión, sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio..."*. La decisión es concreta y no va más allá de los argumentos previamente mencionados. Es clara la Suprema Corte al adoptar la posición del ***criterio "restringido"*** de poder de policía, debido a que valora dentro de las facultades del mismo lo referente a la seguridad, salubridad y moralidad pública; por ello entendió que si la provincia de Buenos Aires consideraba que por alguno de los argumentos previamente citados, se debería a través de una ley prohibir la actividad de corrida de toros, la justicia nacional no tendría la competencia correspondiente para obligar a construir una plaza para llevar a cabo este espectáculo.

Reafirma el criterio la Corte en un fallo de 1887, ***"Saladerístas de Barracas"***[4] en el que se absuelve a la provincia de Buenos Aires por la demanda planteada por los saladerístas de Barracas (propietarios de los establecimientos) en la que se exigió una indemnización por daños y perjuicios provocados por la promulgación de una ley de la provincia en donde se ordenaba la clausura de los establecimientos saladeros de la ciudad de Barracas, ya que afectaba la salud de los vecinos. De acuerdo con el análisis efectuado a través de informes sobre la situación de los saladeros, se sancionaron decretos admitiendo la faena, pero con la condición de que se debería observar los requisitos que finalmente no fueron cumplidos por los propietarios.

La Corte no le da lugar a la demanda, manteniendo el criterio previamente citado en el fallo Plaza de Toros, sumando a ello la contestación a los argumentos planteados por los saladerístas alegando que sobre el ejercicio de la actividad tenían derechos adquiridos, de la siguiente forma: *"...los saladerístas de Barracas no pueden por consiguiente invocar ese permiso para alegar derechos adquiridos, no sólo porque él se les concedió bajo la condición implícita de no ser nocivos a los intereses generales de la comunidad, sino porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública (...) la autorización de un establecimiento industrial, está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si éstas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos completamente inocuos…"*. Además, agregó que la ley provincial no afectaba el ejercicio de una industria lícita, ya que estos derechos están sujetos a la reglamentación de su ejercicio, y la propiedad también es un derecho que queda sometido a restricciones en resguardo del interés público.

Posteriormente, comienza una segunda etapa, donde el supremo órgano judicial argentino adopta el ***criterio amplio de Poder de policía***, es decir, que se va a restringir el ejercicio de los derechos no solo para proteger la salubridad, moralidad y seguridad publicas sino también para promover el bienestar general, el bien común y en casos de emergencia.

En el año 1922, la CSJN con este criterio resuelve en el fallo ***Ercolano c/ Lanteri de Renshaw*** [5] rechazar la demanda que se inicia debido a la sanción de una ley que congelaba los precios de los alquileres por la ley 11.157 en el plazo de 2 años, ante la crisis habitacional que atravesaba el país. Asimismo, el demandante planteo que la ley era inconstitucional porque afectaba su derecho de propiedad y el derecho a ejercer toda industria licita. La Corte

reconoce que "*la protección de los intereses económicos constituye para el Estado una obligación de carácter tan primario y tan ineludible como lo es la defensa de la comunidad amenazada por el aprovechamiento abusivo de una situación excepcional*".

Además de ello, la Corte apunto el carácter temporal de la medida adoptada por el gobierno, contestando a los argumentos de la parte demandada, quien se fundaba en la violación por la norma sancionada al principio de igualdad, "*limitada al tiempo que se presume necesario para llegar a la normalidad de esas operaciones*" invocando un interés público temporal que debía ser protegido con medidas también de carácter transitorias. Asimismo, dijo que le daría lugar al fundamento de parcialidad si se tratase de una reglamentación de carácter permanente. El voto mayoritario entiende en este caso que "*Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última*" [6].

Aquí la Corte hizo mención al bienestar general, advirtiendo de que en verdad no podía intervenir en los contratos privados, pero que existen circunstancias especiales que daban lugar a que el Congreso reglamente de manera más amplia los derechos, basándose en la protección del Bienestar General.

En otro fallo de la Corte, ***AVICO c/ DE LA PESA*** [7] de 1934, donde se demanda por consignación de intereses. Ello se debía a que la parte demandada se negaba a recibirlos porque no eran los que habían sido pactados en el contrato, además se negó a la prórroga de la entrega del capital. De la Pesa se fundaba en que los derechos emergentes del contrato ya

habían sido incorporados a su patrimonio, y que la ley que se había dictado sobre moratoria hipotecaria, que reducía los intereses al 6%, afectaba su derecho a la propiedad. Avico decide entonces depositar el dinero en consignación. En este caso, la Corte establece que, aunque es un derecho reconocido constitucionalmente, los derechos están sujetos a la reglamentación que regula su ejercicio. Aquí lo que hace la ley es limitar el ejercicio al derecho de la propiedad. Agrega que la ley de moratoria hipotecaria y de reducción de las tasas de interés es constitucional por la grave crisis económica que atravesaba el país y tenía como objetivo primordial proteger el interés público frente a esta grave situación. Es aquí donde aparece la noción de ***poder de policía de emergencia.***

Lo fundamental de esta concepción, es que la medida del interés público afectado fija la medida de la regulación para protegerlo. Podemos nombrar las condiciones necesarias para que se configure el poder de policía de emergencia, siempre teniendo en cuenta que es una circunstancia de excepción y como tal tiene medidas excepcionales, aunque vale recordar que de ninguna manera se debería, en los hechos, violar garantías constitucionales.

- ✓ Debe tener un plazo determinado (Temporalidad)
- ✓ Un fin legitimo (beneficiar a toda la comunidad)
- ✓ La situación de emergencia debe ser evidente y la ley que la determina debe ser razonable.

La emergencia tiene como carácter imprescindible, lo transitorio de la situación que la motiva y se constituye en contextos excepcionales por lapsos muy breves de tiempo.

Vuelve la Corte a manifestar su postura sobre el tema en el fallo "***INCHAUSPE HNOS. c/ JUNTA NACIONAL DE CARNES"***[8] de 1944 en el que se discute sobre la validez de una ley (ley 11.747 de 1933) que imponía el pago de un aporte del 1,5 % sobre las ventas de ganado reservadas para la Junta Nacional de Carnes, asignándose por el mismo valor

acciones de ese ente al productor que realizaba la venta. Aquí el máximo tribunal entiende que esa manera de intervención estatal no violaba las limitaciones admisibles de acuerdo con el art. 28 C.N. *"esta Corte Suprema, después de referirse a los dos criterios, amplio y restringido, con que ha sido contemplado en los Estados Unidos de Norte América, ha dicho que acepta el más amplio, porque está más de acuerdo con nuestra Constitución, que no ha reconocido derechos absolutos de propiedad ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa, lo estime conveniente, a fin de asegurar el bienestar general; cumpliendo así, por medio de la legislación, los elevados propósitos expresados en el Preámbulo"*. Se llevan al debate cuestiones sobre dos puntos, el quebrantamiento a las garantías constitucionales de tributación y su destino al Tesoro Nacional, y la imposición de ser accionistas de una sociedad mercantil (Corporación Argentina de Productores de Carnes) afectándose la libertad de asociación. En la primera cuestión, coinciden tanto el Procurador como la Corte en no darle lugar al pedido, *"la contribución exigida (...) no es un impuesto, sino un aporte, como expresamente lo manifestó el miembro informante de la Cámara de Diputados"*. En el segunda ya no hay concordancia, debido a que el Procurador considera que se produce un perjuicio a "*la libertad de comercio e industria, al obligar a los actores a asociarse contra su voluntad a la Corporación Argentina de Productores de Carnes"*, y la Corte opina que no resulta afectada de ninguna forma la libertad de trabajar y ejercer la industria.

En este último punto sostiene: *"la agremiación obligatoria de los ganaderos no aparece como una imposición caprichosa o arbitraria del legislador, sino como el medio de salvaguardar sus intereses y también los de todos los habitantes del país y la economía nacional afectados por la crisis de la ganadería", "la libertad asegurada por la Constitución no importa un derecho absoluto para cada persona de estar, en todo tiempo y en todas las*

circunstancias, enteramente libre de restricciones. Hay múltiples restricciones a las cuales las personas se hallan necesariamente sujetas para el bien común... La verdadera libertad para todos no podrá existir bajo la acción del principio que reconociera el derecho de cada individuo para usar el propio, sea con respecto a su persona o a su propiedad, con prescindencia del daño que pudiera ocasionar a los demás. Esta Corte ha reconocido más de una vez que es un principio fundamental el de que las personas y la propiedad están sujetas a toda clase de cargas y restricciones, en orden a asegurar el bienestar, salud y prosperidad del Estado...". Sosteniendo por último entonces que *"La libertad de asociarse, no tiene características particulares que la pongan a cubierto de las reglamentaciones, restricciones y cargas que, con los fines expresados, pueden imponerse a las demás que la Constitución reconoce*".

Mención más que importante en el tema dedica la doctrina al caso ***"Cine Callao"***[9] (1960) en donde el Congreso dicto una ley que obligo a que los dueños de salas cinematográficas a que convocaran actores de "números vivos" a fin de que éstos se presenten en dichas salas, en lo que el legislador había instituido como "un sistema especial destinado a promover la ocupación en lo concerniente a los trabajadores del espectáculo público". El propietario del "Cine Callao" alego que la dicha obligación de emplear a artistas de "números vivos" menoscababa las garantías y derechos constitucionales, particularmente la garantía de inviolabilidad de la propiedad (usar y disponer de ésta) y derecho de ejercer libremente el comercio y la industria regulados por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional.

El voto mayoritario piensa que es constitucionalmente válida esta obligación, basándose en el apartamiento de la Suprema Corte del criterio restrictivo del poder de policía, la cual considera en ella comprendida a la defensa y promoción de los intereses económicos de la comunidad dentro de las atribuciones que el poder de policía le otorga. El tribunal supremo se apoya en el derogado art. 67 inciso 16 (actual Art 75 Inc. 18 Constitución Nacional[10]) que le

permitía al Congreso la función “a proveer lo conducente a la prosperidad del país" y por ello señala los compromisos asumidos del carácter de las mencionadas en el considerando 6°, no obstaculizan, en principio, alguna de las garantías o derechos constitucionales, ya que implican medios válidos para el ejercicio del poder de policía"[11].

Este fallo adquiere particular importancia en el análisis que realizamos ya que no sólo encontramos la novedad del instituto del poder de policía de fomento, sino además sobre la razonabilidad. La Corte afirmó que el poder de policía no puede pronunciarse sobre el mérito y la eficacia de los medios elegidos por el legislador para alcanzar los fines propuestos, solo se debe verificar que los derechos afectados no sean desnaturalizados por la ley, y que esta guarde cierta proporcionalidad con los fines a alcanzar (test de razonabilidad). La Corte verifica que en estos casos se cumplan esos requisitos y consagra la constitucionalidad de la norma cuestionada con el objetivo de evitar los daños sociales y económicos que genera la desocupación. Aquí el alto tribunal estimo que estas obligaciones o cargas no eran inconstitucionales, porque los gastos se transferían al cobrar el plus en el valor de las entradas y tenían como finalidad beneficiar intereses económicos de la sociedad.

Otro de las sentencias de la Corte sobre esta cuestión es ***PERALTA (1990)***[12], donde el presidente de la Nación dicto un Decreto de Necesidad y Urgencia (para palear una crisis económica), donde determinaba que la devolución de los depósitos de más de $1000 se haría en bonos. Peralta, quien tenía un depósito en plazo fijo, vio menoscabado su derecho de propiedad por la implementación de este decreto y como consecuencia planteo un recurso amparo frente al Estado Nacional y el Banco Central, solicito la declaración de inconstitucionalidad del decreto y el pago de su plazo fijo en moneda corriente. Aquí el máximo tribunal manifestó que este tipo de depósitos eran válidos siempre que se cumplieran con determinados requisitos como que exista una situación de emergencia que afecte el orden económico-social y la subsistencia de la organización jurídico-política. Además que las

soluciones adoptadas por el congreso no sean rápidas y eficaces, es decir, que no haya otro medio más idóneo.

La medida debe ser razonable, su duración determinada en el tiempo y que el congreso no tome medidas en rechazo al decreto. En este caso, el decreto se sanciono para enfrentar una grave situación de emergencia económica que estaba atravesando el país. No se privaba a los particulares de su derecho de propiedad, solo se limita transitoriamente la devolución de sus depósitos, tampoco del principio de igualdad porque los afectados no fueron elegidos en forma subjetiva, sino con motivos razonables. Y por último, si se optaba por la instancia ordinaria legislativa para el dictado de una ley, no se hubiera podido alcanzar la eficacia y rapidez necesaria para el caso, y la medida adoptada fue razonable con relación a la finalidad que se tenía en mira.

Hay autores que se han pronunciado a favor de la supervivencia del instituto y del criterio "*amplio*" que dicen con relación a la disposición adoptada que pareciera que el "estado policía" renaciera, prescindiendo de los avances obtenidos en el "Estado de Derecho". El recurrir al concepto del "poder de policía" de ninguna forma puede ser un instrumento adecuado para forzar a alguien contra su voluntad: lo contrario caería en lo absurdo, ya que, al menoscabar garantías y derechos constitucionales esenciales, sobrepasa toda restricción aceptable a la esfera de libertad individual en que puede manifestarse la medida de policía acoger la tesis 'amplia' de poder de policía implica que el poder de policía abarcará o se aplicará con relación a un amplia esfera, pero de ninguna manera ello significa que, para lograr sus objetivos, el Congreso o el Poder Ejecutivo puedan quitarles garantías y derechos esenciales otorgados por la Constitución a los habitantes del país; para el caso en particular, una de esas garantías consiste en que nadie puede ser obligado a contratar contra su voluntad.

Advertimos entonces como la Corte ha desarrollado la cuestión a resolver con respecto al instituto poder de policía, primero se debatía a quien pertenecía dicho poder, de quien es la competencia del mismo, luego paso a discutirse la amplitud del concepto, comenzando por tomar solo a la seguridad, salubridad y moralidad pública (criterio restringido), siguiendo luego con la incorporación de la intervención autorizada en caso de intereses económicos de la comunidad, fruto de las diferentes situaciones presentadas a lo largo de los años.

La interpretación de la amplitud del concepto de poder de policía viene de la mano de la modificación que tiene el concepto de emergencia, que es el fundamento de actuación del Estado en campos donde sino ocurriera tal situación (emergencia) no podría actuar.

Sabemos que no es el mismo concepto de emergencia que se tiene desde el nacimiento de la Constitución hasta principios de siglo XX donde a la económica se le suma la emergencia social, y con ella la necesidad de la intervención del estado para sobrepasar la misma. Entonces la aplicación no es solo fundada en el poder que le otorga la constitución a reglar los derechos sino también en la situación de emergencia, primero económica luego también social, pero siempre la Corte apoyó la competencia del Estado de dictar normas que indican limitaciones a derechos individuales que conllevan actividades negativas, de prohibición.

Nace posteriormente un nuevo poder de policía, poder de policía de fomento de promoción, donde veremos intervención estatal, limitación a derechos individuales, pero con la obligatoriedad de realizar acciones positivas, pasando por último la actuación de la Corte por el análisis de si es razonable o no la medida adoptada por el Estado. A modo de síntesis estas cuatro cuestiones fueron las a resolver por la Corte Nacional 1) competencia, 2) alcance, 3) emergencia y 4) razonabilidad, la cuales han sido tratadas por la justicia, pero que no han

sido tenidas en cuenta por los legisladores de 1994, quienes a la hora de plasmar en la Carta Fundamental los avances en el tema, toman el término resolviendo su competencia, cuestión que ya no era de debate, desplazando con la constitución formal lo que la material ya había decidido.

La potestad reglamentaria y el poder de policía en sentido estricto y en sentido amplio

El asunto del poder de policía fue extensamente debatido en los ámbitos jurídicos y sociales de nuestro país, ya que el comienzo de las disputas y conflictos socioeconómicos se centraron en el poder de policía y no en los derechos plasmados en nuestra constitución. Nuestra corte suprema empleó el instituto del poder de policía y también determinó dos tipos de categorías en que podría dividirse, restringido y amplio.

Criterio restringido: potestad constitucional del Estado para establecer limitaciones a la libertad individual por razones de salubridad, moralidad y seguridad.

En principio, se limitaba a la seguridad y más tarde acaparo también a la salubridad y la moralidad, relacionada con la corriente europea y expuesto bajo la concepción liberal donde se establece el concepto de poder de policía como la facultad del estado 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.

Criterio amplio: además de los ítems previamente indicados, se amplía hacia la defensa y promoción de los intereses económicos de la comunidad, su bienestar general y por razones de orden público. Este criterio, que proviene de Estados Unidos, también es

conocido como poder de policía de bienestar y está fundado en el Art 75 Inc.18 de la Constitución Nacional[13].

Limitaciones

Según Marienhoff[14], el "poder de policía", y la actividad policial, en algún modo constituyen potestades estatales absolutas o ilimitadas, lo que va contra los postulados del Estado de Derecho. El poder de policía no es el poder ilimitado del Estado para hacer lo que le plazca con la simple invocación del interés público, en cuyo nombre podrían cometerse graves excesos y desconocerse todos los derechos y garantías.

La policía es tan solo un aspecto de la actividad del Estado; de ahí que el principio de legalidad se aplique a la actividad policial lo mismo que a la restante actividad del Estado, sea esta legislativa o administrativa.

El ejercicio del poder de policía, se halla sujeto a limitaciones que surgen del orden jurídico general del Estado. Como el poder del policía se hace efectivo a través de normas reglamentarias que pueden consistir en leyes formales o en leyes materiales, al hacer referencia a las limitaciones al poder de policía, es lógico hacer referencia a las limitaciones de dichas normas reglamentarias. Reglamentar un derecho de índole constitucional significa supeditar el ejercicio de ese derecho a un criterio razonable, es decir, disponer la manera como ese derecho ha de ser ejercido.

La reglamentación de un derecho supone su ejercicio. La pérdida de éste, dispuesta por una ley reglamentaria, excede los límites conceptuales de lo que ha de entenderse constitucionalmente por reglamentación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación comparte el criterio procedente. Dijo que "reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última…" pero "esa facultad

reguladora tiene un límite" (fallo Ercolano[15]). También expreso la Corte Suprema que "un derecho ilimitado sería una concepción antisocial", pero tampoco una norma reglamentaria puede destruir, por sus disposiciones, ese derecho.

En fin, para Marienhoff [16], a pesar de su amplitud, el poder de policía está sometido a diversas limitaciones tendientes, todas, a evitar la arbitrariedad en su ejercicio. Las medidas de policía deben ser, siempre, razonables y respetuosas de las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la Constitución.

Las limitaciones al poder de policía que enumera Marienhoff son:

● **Respeto a normas y principios constitucionales:** La limitación básica al poder de policía consiste en que este no debe contrariar, en su ejercicio, norma o principio constitucional alguno.

● **Principio de legalidad:** El ejercicio del poder de policía, dada la limitación que produce en la esfera de prerrogativas esenciales del individuo requiere una base legal formal. En cuanto a la "actividad policial", propiamente dicha, solo requiere la existencia de un acto emanado por la Administración Publica (que puede ser acto administrativo, político o de gobierno), siempre respetando su vínculo con el orden jurídico como marco de acción.

● **Principio de razonabilidad:** El poder de policía no puede ser ejercido en forma irrazonable, o sea que no puede ejercerse arbitrariamente. También la jurisprudencia acepta invariablemente ese principio: todo está en determinar si en el caso concreto se observó o no el patrón de razonabilidad. Esta consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determinan la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir no proporcionados a las circunstancias que los motivan y a los fines que se buscan alcanzar con ellos. En tal sentido se expide la jurisprudencia y también la doctrina. Se trata de una correspondencia entre los medios

propuestos y lo fines que a través de ellos desea alcanzarse. Establecer si en un caso dado se observó o no el principio de razonabilidad constituye una cuestión de hecho, que en definitiva se resuelve en una cuestión de "buen criterio" aplicado al caso concreto. Y precisamente esto constituye una cuestión de hecho, para cuya solución puede ser decisiva la dignidad del razonamiento utilizado de quien haga el juicio valorativo. Todo ello envuelve un asunto de sensatez, de acertada visión de la vida.

● **Intimidad:** Otra limitación está dada por lo que comúnmente se llama "vida privada", o "vida íntima" del hombre, que generalmente tiene por ámbito el hogar.

En ese ámbito el individuo goza de un mínimo de libertad, que es inviolable y en principio inaccesible al poder del Estado. Todo eso forma parte del derecho a la libertad integral del ciudadano, que comprende no solo la libertad material o física, sino también la libertad espiritual, moral y psíquica.

El ejercicio de la actividad estatal no puede franquear ese límite sino en nombre del orden público o de la seguridad individual, cuando las acciones privadas, asumiendo formas ilícitas, dañan a la sociedad o a terceros.

La expresión forma de este concepto nos lo suministra la Constitución Nacional en su artículo 19, cuando establece que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a terceros, están solo reservadas a Dios y exentas de las autoridad de los magistrados".

Ejercicio de la Policía

Esta facultad del Estado tiene múltiples maneras de exteriorizarse, siguiendo principios que determinan sus alcances para evitar abusos y con fin mediato la protección del interés general, el poder de policía se materializa de formas jurídicas diversas.

Julio I. Altamira Gigena[17] aborda lo referido al ejercicio de esta facultad estatal, citando los medios que la doctrina ha clasificado y que nombraremos a continuación.

a) Normativos o formales, que consisten en dictar normas que pueden ser de carácter general, como los reglamentos o de carácter individual como la orden.
b) Los medios ejecutivos o de coacción que son de distinta naturaleza, ya que pueden estar dadas por la obligación de informar, por la actividad preventiva realizada mediante inspecciones y vigilancias a fin de que no se cometan violaciones y la actividad coactiva, que puede consistir en la ejecución directa y aun forzada de actos.
c) Sancionatoria, en la aplicación de distintas penas de policía.

Reglamento de policía: es también una norma de carácter general que regulan la conducta de las personas, y pueden regir por un tiempo determinado, por ejemplo: el edicto de policía que se emite con motivo de la celebración de algún evento en particular, que cuando culmina, su vigencia cesa. Otro ejemplo de este tipo de norma, son los dictados por razones de seguridad, moralidad y salubridad cuya vigencia no está determinada porque depende de circunstancias que se han tenido en cuenta para su dictado como es el caso de los requisitos que se establecen para la habilitación de un comercio.

La orden de policía es una decisión tomada en ejercicio de la función de policía, de origen legal, a través de la cual se concreta una situación ya establecida en una ley o reglamento, para aplicársela a un particular o a un grupo de personas. La orden debe contener el objeto, el motivo y las consecuencias del incumplimiento a la misma. Este acto para ser legal requiere ciertas condiciones especiales de validez para su correcta aplicación:

1) Debe ser previamente notificada al particular afectado. La forma y modo corresponden a las circunstancias en que se la hace conocer. La forma escrita y personal con indicación de la

autoridad que la impone es el principio, pero se pueden adoptar otras formas como la verbal, gestos físicos y hasta carteles.

2) Debe expresarse en forma clara, objetiva e inconfundible el objeto dispuesto, como también las consecuencias que acarrearía el incumplimiento.

3) La duración de la orden está relacionada con la existencia del hecho motivador, los efectos no deben prologarse inútilmente, porque se caería en el vicio de irrazonabilidad.

El aviso es una forma preventiva para dar a conocer una conducta publica que pueda generar hechos perturbadores. No tiene fuerza ejecutiva, su carácter es informativo.

La advertencia es diferente del aviso, en el sentido que acentúa la sanción que impondría la autoridad policial en el supuesto de no cumplirse un deber particular o general. Debe ser emitida por la autoridad que tiene competencia para imponer la medida punitiva. Tiene por objeto un fin intimidatorio y con carácter preventivo. La conducta impuesta se establece en forma general, y la sanción se muestra como anticipo represivo.

La autorización y el permiso son dos actos de la administración policial de contenido preventivo. En la **autorización** se exige el reconocimiento de un derecho preexistente, pero que no puede ejercerse sin previa conformidad de la administración, por ejemplo, el otorgamiento de un carnet de conducir.

En cuanto al **permiso**, tiende a satisfacer el interés de un particular sin relación con el de la colectividad o el público. Se diferencia también por la forma. En el permiso el particular se beneficia con la ventaja que le produce un bien, se tolera algo que rompe la igualdad de trato con los demás miembros de la comunidad. Se puede citar como ejemplo estacionar un vehículo en la vía pública, amarrar un bote en un rio navegable, portar armas, etc.

Tiene carácter precario y se concede discrecionalmente, es decir que no crea ningún derecho subjetivo a favor del sujeto. Cuando el permiso se otorga en consideración exclusiva

a la persona, no se lo puede transferir, y su cesión no autorizada es causal de caducidad.

El edicto de policía es una manifestación de la autoridad, que establece conductas de sanción ante determinadas acciones que no llegan a constituir delitos. El Estado de derecho rechaza esta noción, no se pueden sancionar conductas sin que se funden en normas legales. Sería una arbitrariedad jurídica que ciertos funcionarios actuaran como legisladores, juzgadores y sancionadores al mismo tiempo.

La pena y la coacción en el ejercicio del poder de policía implica la posibilidad de aplicar penas o sanciones a las infracciones o faltas. También implica la posibilidad de imponer coactivamente a quien sea infractor una conducta acorde a la normativa policial. Las penas de policía deben tener prevención legal por aplicación del art. 18[18] de la CN, y que consisten en arresto, multa, clausura, decomiso e inhabilitación.

La habilitación es un acto administrativo, mediante el cual se faculta a una persona a realizar determinadas actividades como pueden ser: comerciales, profesionales o industriales.

Al ser una facultad reglada, si se dan los presupuestos de hecho y derecho que la norma requiere, la administración tiene la obligación de otorgar la habilitación. El titular tiene un derecho subjetivo, y si es desconocido lo habilita para exigir su cumplimiento en sede administrativa y en su caso judicial.

Por último, las **inspecciones** son atribuciones que tiene la administración para constatar que se estén cumpliendo las reglamentaciones vigentes. Pueden ser periódicas o con motivo de alguna denuncia**.**

Clasificación de la policía en función de la materia

Las funciones de policía pueden clasificarse en dos tipos de actividades: sociales y económicas.

Policía de las relaciones sociales.

La policía de las relaciones sociales abarca la normativa necesaria para la mejor convivencia del hombre, no ya dentro de su actividad profesional y económica, sino dentro del ámbito social, es por eso que comprende situaciones de distinto ámbito como el de la moral y buenas costumbres, del derecho de reunión, del culto, transito, seguridad y normativa sanitaria.

● Policía de reuniones en lugares públicos, es decir cuando el objeto de la reunión sea público, y por lo tanto se desarrolle en un lugar público o abierto al público, este derecho de reunión debe llevarse a cabo de conformidad a las normas que regulan su ejercicio, sin perder de vista que esta reglamentación no puede alterar la libertad de reunión (art 28, CN[19])

● Policía de cultos: Si bien el art. 14 de la Constitución Nacional garantiza a todos los habitantes el derecho a profesar libremente su culto, existe una prevención normativa en cuanto a cuáles son los cultos que pueden ser inscriptos con carácter de persona jurídica. Para ello se creó el Registro Nacional de Cultos, establecido por ley 21.745[20].

● Policía de tránsito: Cuando el traslado de persona se lleva a cabo en forma particular, o a través de transporte público, rige también la normativa que en materia de tránsito y seguridad vial se ha dictado y por ende debe ser respetada para una mayor seguridad en rutas y caminos. La policía de tránsito es de jurisdicción local. A nivel nacional rige también en este supuesto la ley de tránsito.

● La Policía de seguridad hace al mantenimiento de la seguridad individual y de la tranquilidad publica, de modo tal que es un deber del Estado para todos los habitantes. Su regulación comprende los ámbitos federal y local. Se hallan dentro de este tipo la policía federal y las provinciales, así como también la Gendarmería Nacional (cuerpo militar de seguridad que vigila y protege fronteras y aduanas, etc.) y la Prefectura Naval Argentina (protege y controla ríos, mares, canales, puertos, entradas y salida de buques, etc.)

● La Policía sanitaria tiene por finalidad asegurar la salubridad pública para evitar propagación de enfermedades, a través de la regulación sobre medicamentos, comida, abrigo, higiene dentro de lugares públicos, materiales descartables en hospitales, etc.

● Policía de inmigración. Controla el ingreso de extranjeros y permite expulsar a los que ingresaron ilegalmente (Preámbulo y arts. 12, 14, 25 y 26 CN).

Policía de las actividades económicas

Es el establecimiento del control directo o indirecto que ejerce el Estado sobre la producción y las demás actividades económicas, que tiene su génesis constitucional en los derechos de "ejercer toda industria ilícita" y "comerciar" (art. 14 CN[21])

● Policía financiera: Controla todo lo relacionado con la administración financiera de entidades bancarias, y es llevada a cabo por el Banco Central. Está regulada en diferentes leyes, como la de convertibilidad y la de administración financiera.

● Policía laboral: Controla todo lo relacionado con el empleo, riesgos del trabajo, etc. Se regula mediante leyes tales como la de contrato de trabajo[22], de ART[23], etc.

● Policía industrial: Regula la producción e industrialización de determinados productos (fijando precios, formas de pago, limitando la producción, etc.)

● Policía del consumo público: Protege al consumidor (art. 42 CN[24] y ley sobre defensa de la competencia y defensa del consumidor[25])

● Policía profesional: Dentro de esta se halla la habilitación para el ejercicio profesional mediante la inscripción en las matriculas, hoy a cargo de los respectivos colegios y consejos, que asimismo prevén los tribunales de ética que se desenvolverán dentro de su órbita.

● Policía de marcas y patentes: Protege las patentes de invención y los modelos de utilidad.

● Policía ambiental: Protege el medio ambiente a través de diversas normativas como el art. 41 CN[26], y las leyes de conservación de la fauna[27], de residuos peligrosos[28], etc.

● Policía de tránsito: Se refiere a la circulación de personas y mercaderías por medio del transporte público.

● Policía de servicios privatizados: Es conducida esencialmente en cada caso particular por los entes regulares de cada servicio.

Las contravenciones policiales

La contravención policial (que también recibe el nombre de falta, transgresión o infracción) se configura por una situación de hecho donde una persona aparece en contradicción con lo dispuesto en una norma de policial. Para que surja la contravención no es necesario que la expresada situación de hecho haya sido provocada o querida por quien aparece en conflicto con la norma policial. Puede aplicarse una sanción de policía a quien no haya actuado culposamente y menos aun dolosamente. Así, por ejemplo, cuando un animal contrae una enfermedad contagiosa o peligrosa sin culpa de su dueño, y a raíz de tal enfermedad la autoridad pública dispone el sacrificio de dicho animal.

Tal como ocurre con el delito del derecho penal sustantivo, también la falta o contravención policial puede resultar de una acción u omisión. Puede decirse que estructuralmente delito y falta se identifican.

¿Pero que distingue el delito de la contravención o falta? Marienhoff[29] sostiene que la cuestión debe examinarse sobre las particularidades de nuestra estructura jurídico-política. Si bien la Nación puede legislar sobre delitos y, en ciertos casos, sobre faltas, las provincias solo pueden legislar sobre faltas o contravenciones (es un poder que se ha reservado en el artículo 121CN[30]), pero en modo alguno pueden legislar sobre delitos, puesto que dicha potestad ha sido delegada a la Nación (quien la ejercitó al dictar el Código Penal y demás leyes penales especiales artículo 75 inciso 12CN[31]) y ha sido prohibida a las provincias (artículo 126 CN[32]).

En nuestro país, dados los recíprocos poderes de la Nación y de las provincias, puede afirmarse que si la Nación a través del código penal o de leyes penales especiales, crea una figura delictiva, las provincias no podrán considerar a esa figura como falta o contravención, y, por tanto, no podrán reprimirla. Esto implica violación al artículo 126 CN.

En consecuencia, las provincias pueden considerar como falta, dentro de sus jurisdicciones, a cualquier situación, hecho o conducta que implique una alteración efectiva del orden jurídico pudiendo establecer las correspondientes penas o sanciones, respetando la razonabilidad como principio constitucional.

Como vemos, el delito es un hecho de posible realización "general" en toda la república, las contravenciones, por principio, se relacionan con infracciones de tipo local. De lo expuesto resulta que el delito conlleva mayor gravedad que la falta, lo que se traduce en una penalidad mayor.

La pena de policía

Según Marienhoff[33], la pena contravencional o de policía es la sanción que la ley establece para quien incurra en una acción o en una omisión considerada como contravención, infracción o falta.

La facultad de establecer penas por contravenciones es considerada como un complemento natural del ejercicio del poder de policía.

No alcanza con que la administración pública compruebe la existencia de infracciones de tipo policial, también es necesario darle los medios para reprimir esas faltas lo cual se logra mediante la aplicación de penas contravencionales.

Sin la posibilidad de establecer y aplicar tales penas, dicho poder carecería de sentido.

Como consecuencia del principio *"nullum crimen nulla poena sine lege"*, la creación de penas o sanciones de policía requiere inexcusablemente base legal.

La jurisdicción para legislar estableciendo penas o sanciones para las faltas policiales, es correlativa a la potestad de legislar sobre policía. De ahí que en determinados supuestos esa potestad le corresponda a la Nación o a las provincias, o a ambas, lo que se denomina ejercicio concurrente del poder de policía.

Quien en el caso concreto tenga jurisdicción para legislar sobre policía tiene el respectivo poder de legislar configurando o creando figuras contravencionales y estableciendo las correspondientes penalidades para esas infracciones.

Clasificación de las penas de policía[34]

Desde el punto de vista teórico, las penas de policía pueden ser de distintas especies. Entre estas podemos mencionar al arresto, la multa, la clausura, el decomiso, la inhabilitación, la caducidad y el retiro de la personería jurídica.

El arresto es la pena más grave ante una contravención, y consiste en la privación de la libertad ambulatoria del sancionado. Por eso, cuando se trate de la sanción aplicable por la realización de una falta a una norma de policía debe ser de breve duración. No puede confundirse al infractor con un delincuente.

La multa es una sanción en dinero que recae sobre una persona física o jurídica, ante la infracción a una ley de policía. Por ejemplo podemos mencionar las multas de tránsito, o por violar normas de seguridad e higiene.

La clausura es la sanción que recae sobre el espacio físico en donde se ejerce la actividad que motiva la pena; puede ser definitiva o temporaria.

El decomiso es la sanción que implica generalmente en forma accesoria a otro tipo de condena y consiste en la destrucción del objeto con el que ha llevado a cabo la infracción, por ejemplo, el decomiso de la mercadería ofrecida a la venta al público en mal estado.

La inhabilitación también es una pena que se aplica en general en forma accesoria y que consiste en la prohibición de ejercer determinados derechos por el retiro de la autorización previamente otorgada. Puede ser permanente o temporaria según la gravedad de la acción que se sanciona. Por ejemplo: la inhabilitación para conducir un caso de transgresiones de transito reiteradas.

La caducidad es la sanción que se impone a quien se inhabilita para el ejercicio de una respectiva actividad que ejercía a raíz de una autorización, la referida inhabilitación puede aparejar la extinción de esa autorización o permiso. Se configura si el contraventor incumplió sus deberes.

El retiro de la personería jurídica es la pena que implica la extinción de la persona jurídica que se hubiera otorgado para el ejercicio de una actividad autorizada por el Estado. En los supuestos de inhabilitación definitiva, si se tratare de una persona jurídica, dicha inhabilitación puede aparejar, además, a título complementario, el retiro de la personería jurídica que se le hubiere otorgado, con motivo del ejercicio de la actividad que motiva la sanción.

Remedios y responsabilidades por la actividad policial.

El ejercicio del poder de policía, por si solo, no genera responsabilidad del Estado por los perjuicios que acaree, porque tales supuestos no significan otra cosa que efectos lícitos y normales de las limitaciones regulares al derecho del administrado.

Pero en un ejercicio irregular es evidente que los daños serian indemnizables, sea por el propio Estado o por los agentes que hubieren intervenido en el procedimiento. Marienhoff[35]

entiende que el poder de policía es una potestad propia del Estado, quien la ejerce cuando lo cree conveniente para satisfacer exigencias de interés general, entonces, el ejercicio regular de una potestad del Estado no convierte en ilícito a ningún acto, teniendo en cuenta la presunción de legitimidad de todo acto administrativo.

De manera que los actos perjudiciales que reciba el habitante ejercicio del poder de policía en forma regular por parte del Estado, no lo hacen responsable. Si lo hacen responsable por el ejercicio "irregular" de dicho poder.

Remedios ante el ejercicio de la actividad policial

Los habitantes pueden considerarse ilegalmente afectados por el ejercicio del poder de policía por parte del Estado, por eso aparece la tutela jurídica como medio de defensa.

La tutela jurídica, se materializa a través de dos vías: el procedimiento administrativo y el procedimiento judicial.

Es posible que el particular obtenga satisfacción por su reclamo en sede administrativa y no tenga entonces que recurrir a la vía judicial, pero puede también suceder que, habiéndose rechazado por sus pretensiones en sede administrativa, deba acudir a la vía judicial.

En sede administrativa el particular cuenta para el procedimiento con todas las garantías que la constitución da para el procedimiento judicial.

Existe un recurso muy importante, sea este reglado o no reglado, según lo establezca el régimen jurídico del lugar (generalmente un recurso jerárquico).

En la provincia de La Pampa en la ley 951 con su correspondiente decreto reglamentario 1684/79 [36] y a nivel nacional en la ley 19.549 decreto reglamentario 1759/72[37].

En sede judicial, el administrado tiene una acción contencioso-administrativa. Para algunos supuestos, la legislación suele otorgar un recurso (y no precisamente una acción) de carácter contencioso a ejercer ante un tribunal judicial con competencia en lo contencioso-administrativo.

Eventualmente, el particular tendrá a su disposición el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, si la decisión final dictada con motivo del ejercicio del poder de policía mantuviese un agravio de una garantía o de un derecho de carácter constitucional.

El recurso de amparo como herramienta de protección

El amparo, contemplado en la Constitución Nacional en el artículo 43, es la acción destinada a tutelar los derechos y libertades que, por ser diferentes de la libertad corporal, escapan a la vía del habeas corpus.

La corte suprema de justicia ha resaltado que el amparo es una vía excepcional, que exige para su procedencia tres requisitos muy particulares.

Es necesario que exista una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo, además de que por el daño grave y concreto que puede acarrear un procedimiento ordinario lo torne ineficaz.

Tiene que existir la posibilidad de reparar el daño solo a través de la vía expedita y rápida del amparo.

Este recurso, debe ser reservado para las delicadas situaciones en las que, por falta de otros medios legales, peligre la integridad de derechos fundamentales.

Critica a la noción de "poder de policía"

Hemos visto en el objeto de nuestro trabajo, que el poder de policía o más bien la función de policía, aparece hace muchos años con las primeras organizaciones "ciudad-estado", su evolución fue condicionada por acontecimientos políticos y tratamientos de diversa naturaleza para llegar a ser una prerrogativa que el Estado nacional adapto con un campo muy amplio de regulación sobre los derechos particulares.

Varios autores, entre ellos los que hemos preferido como guía para construir esta humilde presentación, han abordado el tema explicando cómo funciona esta facultad de control en sus múltiples facetas.

Sin embargo, hay otros, que han tomado una postura contraria y crítica sobre el instituto de poder de policía. No se desconoce que el Estado, en mira de proteger el bienestar general, tiene la facultad de regular las relaciones en las cuales el ejercicio de un derecho puede causar perjuicios.

Las críticas consisten en sostener una actividad originalmente característica del absolutismo, en un instituto de derecho público que es capaz de intervenir en variadas jurisdicciones (porque no es exclusiva, sino que existe a nivel nacional, provincial y municipal), limitando derechos con la justificación de lograr objetivos de bienestar general y con la posibilidad de recurrir al uso de la fuerza.

Esto, además de ser discutible jurídicamente, es peligroso si es utilizado como herramienta para otros fines que no sea el correcto equilibrio entre el ejercicio de los derechos particulares y los de la sociedad como grupo, ya que si su campo de acción es tan amplio, si no se controla de manera correcta podría desbordarse en las manos de los operadores de turno.

Agustín Gordillo ha sido uno de los autores que más fuertemente ha influido en esta corriente crítica hacia el poder de policía en el derecho argentino. Podemos citar algunos de los fundamentos más importantes que el autor trata y nos da un enfoque más analítico sobre esta "noción de poder de policía".

Por un lado, dice Gordillo, los fines que el Estado persigue con su poder son amplios; el Estado no sólo puede establecer limitaciones a los derechos individuales para proteger nada 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.[38]

Nos da un punto de vista crítico sobre el tema, en el hecho de que la facultad del estado de contener los derechos de las personas termina en la práctica siendo una posibilidad de legitimar que un concepto jurídico se de a sí mismo nuevas facultades y nuevas limitaciones constantemente.

Gordillo sostiene que *"…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…"*[39].

Este autor también ha observado que el instituto objeto de nuestro estudio, ya no tiene políticamente los mismos fundamentos que le dieron vida en una época determinada de la historia.

El poder de policía aparecía como protector de la libertad, donde el individuo podía valerse de él contra el Estado. Luego ya avanzado el siglo XX, esta concepción cambio con fundamento en teorías representativas, a tal punto que es el Estado en este momento quien se vale del poder para restringir derechos, mientras nos ocupamos en delimitar su entidad para poder fijarle los límites utilizando el escudo de las garantías constitucionales.

Siguiendo con esta tesis crítica, y dándole poco más de profundidad a la postura que toma Gordillo, nos encontramos en su análisis con conclusiones que desembocan en una pregunta recurrente. ¿Para qué mantenerlo?

Si el poder de policía no está fundamentado jurídicamente en forma positiva, si no tiene caracteres propios cuando lo comparamos con otros institutos, si todavía políticamente es criticable y repudiable en el ejercicio de su actividad la mayoría de las veces, si no cuenta con un régimen específico, ¿para qué mantener la coacción y el poder del estado como principio general?

La postura crítica nos acerca a cambiar el punto de vista no solo de este instituto sino del derecho en general. Para sostener su lógica acerca conclusiones que hacen foco en las consecuencias de la regulación de los derechos por parte del Estado, dejando en evidencia que en los hechos pareciera ser que se invierte el principio de preservación de los mismos y la libertad individual como regla general del Estado de Derecho.

Conclusión

Hemos tratado a lo largo de nuestro modesto trabajo el instituto público de poder de policía en la República Argentina, como fue su aparición como actividad y luego derivada en facultad de los Estados como herramienta para equilibrar el ejercicio de los derechos individuales, tomando medidas mediante normas generales y particulares con el objetivo de proteger el bienestar general.

Este proceso llevo varios siglos, y se ha ido adaptando a las diferentes realidades históricas y políticas.

El Estado debe procurar la protección y el desarrollo de los ciudadanos, respetando no solo la Constitución sino también las normas y tratados internacionales, pero no debemos dejar de lado que en la práctica no es tan sencillo llevar a cabo un trabajo de tamaña dimensión.

Las circunstancias que rodean la actividad del Estado condicionan su accionar de muchas maneras.

Muchas veces por más de que los principios, el ordenamiento jurídico completo y el derecho natural den un horizonte sobre como todos siendo parte integrante de un país debemos llevar adelante nuestras vidas, es necesario que un orden o equilibrio sea impuesto para que se pueda vivir en comunidad tratando de eliminar las injusticias, siempre con la legalidad y razonabilidad como marco limitativo.

Vivimos en un país donde las realidades sociales, las necesidades y los intereses varían por todo el territorio. Sin un orden que proteja a algunos y frene a otros la sociedad se volvería una selva donde predominan siempre los más fuertes.

Ahora, la manera en que los derechos se limiten para conseguir una armonía (junto con la conciencia social) es lo esencial para que lo que parece utópico se vuelva realidad. Para que suceda, además de tener un pueblo educado, formado civilmente para que pueda elegir a conciencia sus representantes y los operadores del gigante sistema estatal, es necesario que la facultad limitativa del estado sea utilizada solo cuando sea necesario, y no como muchas veces de manera nefasta ha sido usada como herramienta con fin político llevándose muchas vidas inocentes en nuestra historia.

Para concluir, nos quedamos con una reflexión crítica que el jurista español García de Enterría hace al poder de policía :*"En lugar de establecer un principio general de coacción y poder estatal al que luego se le buscarían restricciones en los sistemas constitucionales que estructuran positivamente a su Estado como "Estado de Derecho," 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."*

Notas al pie:

[1] MARIENHOFF, MIGUEL S. "Tratado de Derecho Administrativo"- Tomo IV -Título Noveno Capítulo I Pág. 531 y sgtes

[2] GELLI, MARIA ANGELICA "Constitución de la Nación Argentina – Comentada y Concordada" http://franjaderechounlp.com.ar/programasybibliografia/2o-ano-derecho-constitucional/

[3] CSJN: 7:152. Caso Plaza de Toros c/ Provincia de Buenos Aires (1870)

[4] CSJN: 51:274. Saladerístas Santiago, José y Jerónimo Podestá y otros c/ Provincia DE Buenos Aires (1887)

[5] CSJN: 136:170. Caso Ercolano c/ Lanteri de Renshaw, Julieta - 28 de abril de 1922

[6] CSJN: 136:170. Caso Ercolano c/ Lanteri de Renshaw, Julieta - 28 de abril de 1922

[7] CSJN 172:21 Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.- 07 de Diciembre de 1934

[8] CSJN: 199:483. Caso Inchauspe Hnos., Pedro c/ Junta Nacional de Carnes - 1 de septiembre de 1944

[9] CSJN: 247:121. Caso Cine Callao - 22 de junio de 1960

[10] **Artículo 75.-** ***Inc18****. "Corresponde al Congreso… Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por*

leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.

[11] CSJN: 247:121. Caso Cine Callao - 22 de junio de 1960

[12] CSJN 313:1513 Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía -Banco Central) - 27 de Diciembre de 1990

[13] **Artículo 75.-** ***Inc18****. "Corresponde al Congreso… Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.*

[14] MARIENHOFF, MIGUEL S. "Tratado de Derecho Administrativo"- Tomo IV -Título Noveno, Capítulo VII – Pág. 685 y sgtes.

[15] CSJN: 136:170. Caso Ercolano c/ Lanteri de Renshaw, Julieta - 28 de abril de 1922.

[16] MARIENHOFF, MIGUEL S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV Título Noveno, Capítulo VII – Pág. 688 y sgtes.

[17] ALTAMIRA GIGENA, JULIO ISIDRO "Lecciones de Derecho Administrativo".

[18] **Artículo 18 Const. Nac. -** *"Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de*

autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice."

[19] **Artículo 28 Const. Nac. "***Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio."*

[20] Ley Nacional de Registros de Cultos **Artículo 1º:** "*Créase en el ámbito del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto el Registro Nacional de Cultos..."*

[21] **Artículo 14 Const. Nac. "***Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender."*

[22] *Ley Nacional 20.744- Régimen de Contrato de Trabajo*

[23] *Ley Nacional 24557 - Riesgo del Trabajo*

[24] **Artículo 42 Const. Nac.** *"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la*

educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

[25] *Ley 25.156 Defensa de la Competencia - Ley 24240 Ley de Defensa del Consumidor*

[26]**Artículo 41 Const. Nac.** *"Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos."*

[27] *Ley Nacional 22.421 – Conservación de la Fauna*

[28] *Ley Nacional 24.051 – Residuos Peligrosos*

[29] MARIENHOFF, MIGUEL S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV Título Noveno, Capítulo III - Pág. 597 y sgtes.

[30] ***Artículo 121. Const. Nac.:" Las*** *provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación."*

[31] ***Artículo 75 In. 1 Const. Nac.: -*** *Corresponde al Congreso: ... Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales…"*

[32] ***Artículo 126 Const. Nac****." Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado…"*

[33] MARIENHOFF, MIGUEL S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV Título Noveno, Capitulo IV – Pág. 615 y sgtes.

[34] MARIENHOFF, MIGUEL S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV Título Noveno, Capitulo IV – Pág. 616 y sgtes.

[35] MARIENHOFF, MIGUEL S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV Título Noveno, Capitulo VIII – Pág. 709-710

[36] Art 101 Decreto Reglamentario 1684/79: "*El recurso jerárquico procederá contra todo acto administrativo definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado, debiéndose tener presente lo dispuesto en el artículo 80 de esta reglamentación. No será necesario haber deducido previamente recurso de reconsideración, si se lo hubiere hecho, no será indispensable fundar nuevamente el jerárquico, sin perjuicio de lo expresado en la última parte del artículo 99.-*

[37] Artículo 89. Decreto Reglamentario 1883/91: *"El recurso jerárquico procederá contra todo acto administrativo definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado. No será necesario haber deducido previamente recurso de consideración; si se lo hubiere hecho no será indispensable fundar nuevamente el jerárquico, sin perjuicio de lo expresado en la última parte del artículo anterior."*

[38] GORDILLO, AGUSTIN "Tratado de derecho administrativo y obras selectas" 10ª Edición ahora como 1ª Edición Buenos Aires, F.D.A., 2014 - Sección III:" La lesión de los derechos" - Capítulo V: El "poder de policía" Pág. 216 y sgtes.

[39] GORDILLO, AGUSTIN "Tratado de derecho administrativo y obras selectas" 10ª Edición ahora como 1ª Edición Buenos Aires, F.D.A., 2014 - Sección III:" La lesión de los derechos" - Capítulo V: El "poder de policía" Pág. 217 y sgtes.

Bibliografía

- ALTAMIRA GIGENA, JULIO ISIDRO "Lecciones de Derecho Administrativo"
- GARCIA DE ENTERRIA "Un diferente enfoque metodológico dentro del mismo espíritu jurídico-político "- "Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario, "REDA, n° 5 páginas 203 y ss.
- GELLI, MARIA ANGELICA "Constitución de la Nación Argentina – Comentada y Concordada http://franjaderechounlp.com.ar/programasybibliografia/2o-ano-derecho-constitucional/
- GORDILLO, AGUSTIN "Tratado de derecho administrativo y obras selectas" 10ª Edición ahora como 1ª Edición Buenos Aires, F.D.A., 2014 - Sección III: "La lesión de los derechos" - Capítulo V: El "poder de policía"
- MARIENHOFF, MIGUEL S. "Tratado de Derecho Administrativo"- Tomo IV - Título Noveno – Abeledo Perrot – 6ta Edición Actualizada