



UNIVERSIDAD DE BELGRANO
POSGRADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Tesina final de la carrera de especialización en Derecho
Administrativo

Título de la Tesina: Poder de Policía. Poder de Policía de emergencia.

Alumno: Del Rio, Santiago

DNI: 30.887.731

Número de Matrícula: 1503/104

Carrera: Especialización en Derecho Administrativo.

Año: 2014

Poder de Policía. Poder de Policía de emergencia

Índice:

1. Introducción. Definiciones
2. La distinción entre “policía” y “poder de policía.”
3. El distinto tratamiento de la noción de poder de policía.
4. La "transferencia" del poder de policía: a) enajenación; b) delegación. Obligaciones negativas y positivas. Formas jurídicas en que se traduce el ejercicio del "poder de policía" y de la "policía".
5. El poder de policía en la tradición constitucional Norteamericana.
6. La Noción Amplia del Poder de Policía.
7. El poder de policía en el derecho constitucional argentino.
8. Análisis de los casos “Russo c/ Delle Donne” y “Cine Callao”.
9. El poder de policía de las provincias
10. Limitación al ejercicio del poder de policía
11. Emergencia Económica.
12. La emergencia en el derecho Argentino
13. La emergencia estatal – Análisis en profundidad de los fallos “Peralta”, “Guida”, “Smith”, “Provincia de San Luis”, “Bustos” y “Massa”.
14. Relación entre emergencia y orden público
15. Condiciones para el ejercicio de poderes de emergencia
16. Distinciones entre emergencia y poder de policía de emergencia
17. El principio de proporcionalidad como presupuesto de control
18. La razonabilidad en las restricciones reglamentarias.
19. Conclusiones

Objetivo: A lo largo de esta tesina se investigará la noción de poder de policía, su tratamiento por parte de la doctrina, la Corte y la visión brindada por la doctrina y jurisprudencia en los Estados Unidos. A su vez se analizarán el orden público, la emergencia pública, el poder de policía de emergencia. Su interrelación y las distinciones que se aprecian.

1) Introducción. Definiciones

Como punto de partida, podemos indicar que habitualmente el poder de policía es entendido como la potestad estatal de limitar o restringir derechos. El artículo 14 del texto de la Constitución Nacional dice que “todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”, es decir que el legislador por medio de las leyes puede restringir legítimamente los derechos de las personas. Entonces nos preguntamos, ¿en qué casos el Estado puede limitar los derechos? La respuesta es que el Estado sólo puede hacerlo cuando persigue un interés público o colectivo; es decir, el poder de regulación debe armonizar y equilibrar el interés individual (derechos) con el interés colectivo (otros derechos). El concepto de poder de policía, debe pensarse y redefinirse desde el vínculo entre el estado y las personas¹.

En referencia a esto el Dr. A. Gordillo, critica fuertemente el concepto de poder de policía por considerarlo irrazonable y peligroso y concluye que “haciendo un inventario hipotético de cuáles pueden ser las soluciones de fondo que habrá que modificar a raíz de la suspensión de la noción de poder 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 también sostenerse en virtud del estado de necesidad, o de alguna aplicación analógica; c) algunas soluciones erradamente fundadas en el poder de policía quedarán huérfanas de todo basamento jurídico al quitárseles ese de la ‘policía’, tales soluciones habrán de caer”².

¹ BALBIN, Carlos F., Curso de Derecho Administrativo, T° I, p. 765.

² GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, 8° ed., FDA, p. V-24

La Corte viene diciendo desde hace mucho tiempo que los derechos no son absolutos sino de alcance relativo. En este sentido decimos que el límite de la potestad de reglamentación de los derechos es que el Estado no puede alterarlos. En efecto, el artículo 28 de la Constitución Nacional, establece que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, dicho en otros términos, el Estado no puede romper con la sustancia del derecho.

Otro límite, es el principio de autonomía de las personas. El artículo 19 de la Constitución Nacional dice en su segunda parte que las acciones privadas de los hombres que no ofendan la moral ni causen daños a terceros están exentas del control del Estado, de modo que tales acciones no pueden ser objeto de regulación estatal.

El poder de regulación, entendido como poder estatal de limitación de los derechos de las personas, es claramente legislativo, según el mandato constitucional que prevé el artículo 14.

Por su parte, se entiende que el ejecutivo no puede limitar los derechos que prevé la ley o, en su caso, extender una situación gravosa o restrictiva para el interesado. Ahí nos preguntamos si ¿puede sin embargo el poder ejecutivo regular excepcionalmente los derechos, es decir, ejercer el llamado poder de policía? En principio deberíamos responder que no, porque en estos casos el convencional estableció expresamente el criterio legal y, consecuentemente, el legislador no puede delegar esos poderes en el ejecutivo. Sin embargo, el legislador si puede trasladar en el ejecutivo el poder de regulación de un derecho determinado y de modo indirecto, cumpliéndose las pautas constitucionales (decretos delegados). Igual criterio debe seguirse tratándose de decretos de necesidad dictados por el poder ejecutivo en el marco constitucional vigente³.

Sin embargo, cierto es que el Estado regula a través de sus diversos poderes constituidos de modo que el legislador, y el ejecutivo, en particular, el Presidente, los Ministros, los secretarios de estado, los entes descentralizados y los entes autónomos, entre otros, dictan normas de regulación y ello es válido, pero con matices. En primer lugar, ciertas materias por mandato constitucional están reservadas de modo exclusivo en el ámbito del legislador; y en segundo lugar, rige el principio de jerarquía de normas.

Como noción tradicional, dentro del estado liberal burgués, se justificó el ejercicio del poder de policía por razones de seguridad, salubridad y moralidad pública. Es más, se ha justificado el ejercicio del poder de policía para conservar, mantener o reestablecer el orden público, entendiendo como

³ BALBIN, Carlos F., Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia, La Ley 2004, p. 270

preservación de la seguridad de las personas y de sus bienes y la integridad física y moral de sus habitantes⁴.

Nos encontramos, por tanto, ante un concepto que se encuentra caracterizado por el ejercicio de una facultad reglamentaria por parte del estado y en donde los particulares se les limitan el ejercicio de los derechos reconocidos⁵.

Así las cosas, Bielsa, caracteriza la policía de servicio público como el ejercicio del conjunto de disposiciones reglamentarias sobre determinadas materias, sobre las bases de los poderes implícitos asignados por la Constitución al Ejecutivo. Asimismo la conceptualiza en forma amplia como el ejercicio del poder público sobre hombres y cosas, con el fin de defensa interior o del orden interno y en su concepción más restringida del derecho administrativo como el *“conjunto de servicios organizados por la Administración Pública con el fin de asegurar el orden público y garantizar la integridad física, y aun moral, de las personas, mediante limitaciones a la actividad individual y colectiva de ellas”*⁶.

Esta facultad reglamentaria puede ser ejercida dentro de un contexto general pero, en la mayoría de las veces, se recurre a esta noción cuando se la ejerce como factor de intervención del Estado dentro de la esfera donde, normalmente, rige la autonomía de la voluntad de los particulares, anteponiendo este poder reglamentario por sobre la autonomía de la voluntad.

Así, por ejemplo, se recurre a esta noción cuando se efectúa una planificación urbana: en este caso se limita el derecho de propiedad, en cuanto a lo que puede ser construido en tal lugar, en miras al interés general, tal el caso del espacio libre entre parcelas o el factor de construcción en relación a la superficie del terreno. Normalmente este ejercicio se encuentra convalidado por la noción de policía, en cuanto establece la potestad reglamentaria de los derechos individuales en miras al interés público, que se encuentra al cuidado del Estado⁷.

Sin embargo, muchas veces se recurre a la convalidación del ejercicio del poder de policía cuando se interviene ante un derecho acordado, ante un derecho que se encuentra amparado por el concepto de propiedad, alterando o estipulando la prohibición de su ejercicio, ya sea en forma temporal o en forma definitiva.

⁴BIELSA Rafael, *Derecho Administrativo*, cit., t. IV, p. 14.

⁵BIELSA Rafael, *Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 510.

⁶BIELSA Rafael, *Derecho Administrativo*, cit., t. IV, p. 1.

⁷ABERASTURY, Pedro, *La Justicia Administrativa*, LexisNexis 2006, p. 91.

Esta alteración, si bien se trata de encorsetarla por materia, es decir por razones de seguridad, salubridad y moralidad pública, en vista de los antecedentes existentes, se considera que se invoca cuando se reglamente restrictivamente un derecho debido a una situación que adquiere trascendencia pública; ello nos lleva a reconsiderar la referida limitación en razón de la materia pues se nos presentan situaciones que exceden largamente estas tres tradicionales pautas.

2) La distinción entre “policía” y “poder de policía.”

Comenta Gordillo, que Villegas Basavilbaso, partiendo de una diferenciación hecha por Bielsa, intentó separar lo que él 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.”

Con respecto a este punto, Cassagne manifiesta que, mientras la llamada policía administrativa se traduce fundamentalmente, en el dictado de actos concretos, el poder normativo de la administración requiere siempre de una ley (arts. 14 y 99, inciso 2°, Const. Nac.) careciendo ésta de la potestad de dictar normas generales sin una cobertura legal expresa, determinada y circumscripita en razón de la materia. Y que, al lado de aquella, existe otra actividad de limitación, extinción, etcétera de derechos privados que se manifiesta a través del poder de legislación mediante leyes y reglamentos que limitan el ejercicio y el contenido de los derechos individuales para hacerlos compatibles con los derechos de otro o con los fines de interés público que persigue la comunidad. En este último supuesto se habló de poder de policía, aun cuando, por lo común, esta denominación se reserva, entre nosotros, a cierto tipo de actividad reglamentaria de los derechos individuales que realiza el Congreso⁸.

Por otro lado Gordillo, indica que 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,

⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, t. II, sexta edición, ps. 455-456.

salubridad moralidad y economía públicas, sin referirse en general al bienestar colectivo. Asevera el autor que toda la legislación que el Congreso dicta sobre el bienestar general puede también estar en su ejecución y reglamentación a cargo de la administración; no puede en verdad afirmarse que la promoción de la seguridad social, p. ej., no esté también a cargo de la administración (cajas de jubilaciones, seguro de vida obligatorio, obras sociales, etc.) o que la tarea de embellecimiento de la ciudad (plazas, parques, jardines, arreglos, etc.), no esté a cargo de la administración y sí en cambio exclusivamente del Congreso. Todos los ejemplos señalados anteriormente para referirnos a la insuficiencia de la trilogía “seguridad, salubridad, moralidad” son aplicables aquí en toda su plenitud. Por lo demás, la distinción tampoco agrega principio alguno al sistema constitucional y administrativo que no pudiéramos conocer sin necesidad de él. Que la restricción de los derechos individuales está a cargo del Congreso y no de la administración ya lo deducimos del art. 14 de la Constitución en cuanto dice que los derechos están sometidos “a las leyes” que reglamentan su ejercicio. ¿Qué nos habrá de explicar entonces la noción de “poder de policía”? Nada en absoluto; sólo contribuye a arrojar dudas y confusiones a través de la necesidad 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 problemas⁹.

3) El distinto tratamiento de la noción de poder de policía

Desde sus orígenes nos encontramos con que la Corte Suprema de Justicia de la Nación legitimó el ejercicio de este poder, por ejemplo, tal es el caso de “Carlos Urien y Cía.”¹⁰, de 1866, en dónde se discutió la inhibición de instalar comercios de determinados rubros, dentro de un radio de seis cuadras, en razón de haber obtenido un contrato para construir e instalar un mercado, y en donde se puso de manifiesto que esta limitación databa de 1825. Sin bien el artículo 14 de la Constitución Nacional declara el principio de libertad de ejercicio y aun limitarlo por causas de utilidad general, en razón a lo concerniente a seguridad, salubridad, ornato, limpieza y fomento de la ciudad.

⁹GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, 8° ed., FDA, p. V-18-19.

¹⁰ CSJN, fallos, 3:468.

Luego nos encontramos con los casos “Hileret”¹¹ y “Nogués”¹², donde la Corte no sólo efectuó el control de razonabilidad de la facultad reglamentaria de los derechos, conforme con la pauta limitativa prevista en el artículo 28 de la Constitución Nacional en cuanto los principios derechos y garantías no pueden ser alterados por las leyes que los reglamenten, efectuando una clara delimitación entre lo que se entiende una conducta lícita, que no puede fundarse en la utilidad y conveniencia de ésta, y en que ella no sea contraria al orden y a la moralidad pública o perjudique a un tercero, conforme lo establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Dentro de esta línea de fallos encontramos, entonces, que en tanto la facultad reglamentaria prevista en el artículo 14 de la Constitución Nacional se realice respecto de un derecho que se va a ejercer y que no implique la alteración de un derecho ya incorporado en la noción de propiedad, la discusión se centrará en los alcances de la prohibición centrándose ésta en el artículo 28 de la Norma Fundamental. Éste sería el caso del fallo denominado “Cine Callo” en cuanto se explica el conflicto con la Noción tradicional a través del dictamen del Procurador General de la Corte Suprema, Dr. Sebastián Soler.

La adopción, en el caso “Cine Callao”, de la tesis amplia de la noción de poder de policía por parte de la Corte significó que el Estado podía intervenir en la defensa y en la promoción de los intereses económicos de la colectividad a través de la legislación con la finalidad de proteger el interés general, imponiendo cargas a sus habitantes que no constituyen gravámenes ni tasa, no pudiendo el Poder Judicial intervenir en el criterio de eficacia o conveniencia de la norma jurídica dictada, pudiendo sólo meritar la razonabilidad de la misma en la proporción del medio y la finalidad que su ejercicio conlleva.

Para llegar a la tesis amplia de esta noción, la Corte, como expresa Genaro Carrió, fundamentó su decisión en el principio de autolimitación judicial y la presunción de validez constitucional de la norma¹³.

A los efectos de una clarificación del principio de autolimitación debemos ocuparnos de aquellas sentencias de nuestra Corte donde se analiza la legitimidad de aquellas normas que, ciertamente han intervenido en el mundo jurídico, efectuando no sólo los efectos pendientes de un derecho ya

¹¹ CSJN, fallos, 98:20.

¹² CSJN, fallos 98:52.

¹³ Aberastury, Pedro, confr. Cita, Carrió, Genaro, Nota sobre el caso de los números vivos”, Revista del Colegio de Abogados de la Plata, año III, núm. 6, enero-junio 1961.

incorporado en la esfera del individuo sino teniendo esta alteración muchas veces carácter retroactivo, clasificándolas por las materias en las cuales el Estado ha intervenido.

a) Leyes de alquileres

Analizaremos tres casos liminares en la materia, que muestran un criterio práctico seguido por el alto Tribunal frente a la ley 11157, que había prohibido cobrar durante dos años, tomados desde la publicación de la ley, un precio superior al que se abona por el alquiler de casas, piezas o departamentos al 1/1/1920

- Caso: “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw”¹⁴. El inicio de la doctrina de emergencia

Fue el primero de ellos, en donde se observa una posición netamente social frente a la situación entonces imperante en el país por la carencia de viviendas y la situación económica vigente.

La Corte se planteó dos cuestiones: si la norma legal repugnaba el art. 14 de la CN, que reconoce el derecho de gozar y disponer de la propiedad, y en segundo término, si ello implicaba una privación de la libertad sin sentencia ni indemnización, y, por lo tanto, contrario al art. 17 de texto supremo¹⁵

i) En cuanto a la primera cuestión, esa nueva visión social o solidaria de los derechos se aprecia desde los primeros considerandos, estableciendo pautas que tienen aún hoy vigencia en la doctrina judicial

“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”.

Esa nueva visión se complementa con el agregado que dice 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”.

Y de conformidad con ello aparece, la manifestación nueva y fundamental del poder de policía. Tradicionalmente se había entendido que abarcaba la seguridad, moralidad y la salubridad pública¹⁶. Empero, agregó otro componente —que es el precedente “Munn vs/

¹⁴ CSJN, fallos 136:161, del 28/4/1928.

¹⁵ COVIELLO, Pedro J.J., El control judicial de la emergencia, en Summa de Derecho Administrativo, Juan Carlos Cassagne, Director, La Ley 2013, ps. 2504-2505.

¹⁶ CSJN, fallos 7:152, 1860, “Plaza de Toros”.

Illinois” (94, US 113, 1876) de la Corte Suprema estadounidense- que ampliará hasta nuestro días el contenido de dicho poder:

“Hay restricciones a la propiedad y a las actividades individuales cuya legitimidad no puede discutirse en principio, sino en su extensión. Tales son las que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas; y hay, asimismo, otras limitaciones, como son las que tienden a proteger los intereses económicos, que no pueden aceptarse sin un cuidadoso examen, porque podrían contrariar los principios de libertad económica y de individualismo profesados por la Constitución”.

Frente a una manifestación tan grave de libertad económica y de individualismo, que, por vía de principio, si las hubiera interpretado aisladamente habrían llevado a una decisión distinta de la adoptada, el resultado opuesto parte de la aceptación del cuidadoso examen que se implementa para su control. De allí, entonces, que dijera que “Existen, sin embargo, circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad”.

La doctrina fundamental que utilizo entonces la Corte fue la del citado precedente “Munn v. Illinois”, de la que- a efectos de este estudio- cabe resaltar la idea, reiterada en los pronunciamientos de nuestro tribunal, de que la restricción de los derechos debe tener “límites razonables”. De donde extrae, luego de explicar de qué se trataba el caso estadounidense, que esas limitaciones “se fundan exclusivamente en el interés de la sociedad y especialmente en su interés económico”¹⁷.

ii) Formuladas las bases de principio para el encuadre del caso, la Corte tuvo en cuenta la crisis habitacional entonces existente, hechos que, a su juicio, eran “de notoriedad pública”, y que “[h]a existido una opresión económica irresistible, porque se ejercía sobre la base de una de las cosas más esenciales para la vida; sobre algo que es más indispensable que cualquier servicio público”. Los servicios públicos se podían prestar parcialmente, “[p]ero no hay posibilidad de habitar parcialmente. Se tiene o no habitación”.

Descartó que, bajo esa óptica, se tratara de una cuestión entre intereses privados, o que solo se protegiera a un grupo social, puesto que no eran “solamente consideraciones de humanidad y de justicia social” las que reclamaban la intervención estatal, sino el “interés

¹⁷¹⁷ COVIELLO, Pedro J.J., El control judicial de la emergencia, en Summa de Derecho Administrativo, Juan Carlos Cassagne, Director, La Ley 2013, ps. 2504-2505.

directo” de la comunidad, habida cuenta de que la situación “afligente del mayor número” repercutía desfavorablemente sobre la economía en general.

También puso de resalto un componente para validar constitucionalmente la emergencia- además de la idea virtual de la razonabilidad- que en el caso de la ley impugnada se trataba de “una restricción pasajera, limitada en el tiempo que se presupone necesario para llegar a la normalidad de esas operaciones [de locación]”.

iii) Precisamente, sentó otro de los principios que, sin duda, es de liminar aplicación en materia de control de los actos de los otros poderes¹⁸:

“No es del resorte del Poder Judicial decidir el acierto de los otros poderes públicos en la elección del medio empleado para conjurar esa situación crítica, ni de las consecuencias de orden económico puedan derivar de la aplicación de la ley. Le incumbe pronunciarse únicamente acerca de los poderes constitucionales del Congreso para establecer la restricción al derecho de usar y disponer de la propiedad que encierra la ley impugnada, teniendo en cuenta para ello la naturaleza, las causas determinantes y la extensión de la medida restrictiva”.

Cuando la Corte hace referencia a que sólo le corresponde pronunciarse acerca de los poderes del Congreso, como una forma de control, lo que hace es abrir el paso al tratamiento de la segunda cuestión, en la que expresamente se referirá al control por vía del juicio de razonabilidad.

iv) De tal forma, la primera cuestión abocó en la posibilidad jurídica, a la luz de nuestra Constitución, de limitar el ejercicio de los derechos. La segunda es fijar cuál es el alcance de la reglamentación, habida cuenta de que su admisión, “no importa admitir que ese poder sea omnímodo”. Por ello estudió, si era o no razonable el dispositivo de la norma en juego, llegando a la conclusión afirmativa, por lo que la garantía del artículo 17 de la Constitución Nacional no había sido vulnerada.

v) Un aspecto importante que distingue este caso de los otros es que no había un contrato previo sino verbal, que se reconducía por el tiempo en que se había fijado el precio, lo que lo tornaba, según la Corte, en una relación precaria e inestable. Por lo tanto, no se afectaba aquí para el Tribunal derechos adquiridos de los locatarios.

¹⁸ COVIELLO, Pedro J.J., El control judicial de la emergencia, en Summa de Derecho Administrativo, Juan Carlos Cassagne, Director, La Ley 2013, ps. 2504-2505.

vi) El Juez Bermejo fijó su disidencia, sustentada en los principios individualistas y liberales en defensa de la propiedad privada.

- Caso: “Horta c/ Harguindeguy”¹⁹

La corte en este caso no aplicó indiscriminadamente la doctrina del precedente antes expuesto. Dictada cuatro meses después de la anterior, sostuvo que en el caso no era aplicable la ley 11157, en virtud de que el precio del alquiler había sido fijado antes de su sanción, a través de un contrato firmado entre las partes, y por lo tanto no podía modificarse lo convenido, puesto que de lo contrario se afectarían los derechos adquiridos del locatario²⁰.

i) La doctrina de los derechos adquiridos frente a la retroactividad de los efectos de la emergencia fue establecida en este precedente, y su doctrina es al igual que la anterior, en materia de control, reiterada sin cesar hasta la actualidad.

Reconociendo entonces la posibilidad de que las leyes pudieran tener efectos retroactivos, ello sólo podía ser para la Corte en la medida en que no se afectarían los derechos adquiridos, lo que expreso así:

“...ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de una legislación anterior. En ese caso, el principio de la no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad”.

Para la Corte el acuerdo era un derecho incorporado definitivamente al patrimonio del locador y era “una propiedad en el sentido de la Constitución”. Por lo tanto, el legislador no estaba “autorizado para dictar leyes que importarían verdaderas sentencias que modificarían derechos preexistentes”, condenando la “omnipotencia legislativa”.

ii) La Corte morigeró los términos de su doctrina, de una forma que no se seguiría en caso emitidos en la década de 1990.

- Caso: “Mango c/ Traba”²¹

¹⁹ CSJN, fallos 136:59, 1922.

²⁰ COVIELLO, Pedro J.J., El control judicial de la emergencia, en Summa de Derecho Administrativo, Juan Carlos Cassagne, Director, La Ley 2013, ps. 2506.

²¹ CSJN, fallos 144:220, 1925.

i) Por la ley 11318, del año 1924, se había prorrogado el plazo de las locaciones por dos años. Más de cuatro meses antes el actor había obtenido sentencia firme de desalojo, cuyos efectos fueron revocados posteriormente, invocándose lo dispuesto en aquella²².

ii) La Corte remitió a los mismos principios del anterior precedente, puesto que la sentencia constituía un derecho patrimonial definitivamente adquirido por el locador y reconocido por competente autoridad judicial. Así dijo, que “si en la causa Horta c/ Harguindeguy el derecho del locador emanaba de un contrato, en la especie sub lite tiene su fundamento en la sentencia ejecutada”. En uno y otro caso hay un derecho adquirido, con la diferencia de que en el que nos ocupa esa adquisición es irrevocable como que ha merecido el reconocimiento y la sanción de la justicia (CSJN, fallos 137:294)”.

b) Leyes de Cranes

En 1934 fueron dictados dos casos: “Compañía Swift de La Plata y otros c/ Fisco Nacional”²³ y “Frigorífico Anglo c/ Fisco Nacional”²⁴. En el primero de los casos argumentó que los derechos consagrados por la Constitución Nacional no eran absolutos, atento a la facultad reglamentaria emanada del artículo 14 de la CN y a que “la reglamentación legislativa, con las limitaciones del artículo 28 de la CN, estará condicionada por la necesidad de la armonía y orden con el ejercicio de los derechos de defender y fomentar la salud, la moralidad, la seguridad, la conveniencia pública y el bienestar general. La medida de los intereses y principios de carácter público a tutelar, determinará la medida de las regulaciones en cada caso”.

La facultad de intervenir a través de la ley 11226 se convalidó en el considerando 6° cuando expresó que “Una industria puede surgir como privada y transformarse en industria que afecta intereses públicos dignos de regulación previsoras” y es lo que el Congreso estimó que había ocurrido, por lo que no se puede poner en duda la razonabilidad de la caracterización hecha por el Congreso.

La diferencia entre uno y otro caso, fue que la corte en “Frigorífico Anglo” reforzó su argumentación en el hecho notorio de la existencia de un monopolio por parte de las empresas frigoríficas.

²² COVIELLO, Pedro J.J., El control judicial de la emergencia, en Summa de Derecho Administrativo, Juan Carlos Cassagne, Director, La Ley 2013, ps. 2506.

²³ CSJN, fallos 171:348, 19/11/1934.

²⁴ CSJN, fallos 171:366, 21/11/1934.

Diez años después, en el caso “Inchauspe Hermanos c/ Junta Nacional de Carnes”²⁵ refirió el criterio de la autolimitación expresando en el considerando 5° que “esta Corte Suprema, interpretando la Constitución de manera que sus limitaciones no lleguen a destruir ni trabar el eficaz ejercicio de los poderes atribuidos al Estado a efecto del cumplimiento de sus elevados fines del modo más beneficioso para la comunidad...ha reconocido de antiguo la facultad de aquel para intervenir por vía de reglamentación en el ejercicio de ciertas industrias y actividades a efectos de restringirlo o encausarlo en la medida que lo exijan la defensa y el afianzamiento de la salud, la moral y el orden público”.²⁶

Sin embargo, la Corte recordó que “la reglamentación legislativa no debe ser, desde luego, infundada o arbitraria sino razonable, es decir justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y, proporcionado a los fines que se procura alcanzar con ella”²⁷.

Posteriormente en los considerandos 6° y 7° se ocupó de referir la relación de los hechos y circunstancias que admitían la intervención del legislador en un negocio típico de la esfera privada de los individuos, como lo es la comercialización del ganado vacuno. Es decir, por un lado esgrimió el concepto de autolimitación, pero más tarde realizó un examen de las circunstancias fácticas que determinaron la intervención del legislador para concluir en que todas esas circunstancias convencen de la razonabilidad de las medidas adoptadas por la ley. Estas circunstancias fueron: la particular situación del desenvolvimiento de la industria de la carne y la intervención que le cupo al Congreso conforme la gravedad de la situación y su vinculación estrecha con la marcha de la economía nacional.

Entonces vemos que en estos tres caso la Corte Suprema justificó el concepto de la autolimitación judicial pero examinando la situación fáctica en forma real y efectiva, no contentándose sólo con los dispuesto por el legislador a los efectos de convalidarla sobre la base de su razonabilidad.

c) Moratoria Hipotecaria

La Corte convalidó en el caso “Avico c/ De la Pesa, Saúl”²⁸, la intervención estatal en los mutuos garantizados por hipotecas teniendo en cuenta la gravedad y la extensión de la crisis económica. La diferencia entre este caso y los que se examinaron anteriormente fue que se utilizó el concepto de emergencia como justificante de la intervención mientras que la fundamentación de la sentencia

²⁵ CSJN, fallos 199:483, 10/09/1944.

²⁶ ABERASTURY, Pedro, La Justicia Administrativa, LexisNexis 2006, p. 95-96.

²⁷ CSJN, fallos 117:432, 118:278, 136:161, 172:21.

²⁸ CSJN, fallos 172:21, 07/12/1934.

radicó en la amplitud de la facultad reglamentaria. Sin embargo, la Corte se reservó el derecho de examinar la realidad de la crisis económica o, lo que es lo mismo, la fundamentación fáctica de la intervención estatal a pesar de esgrimir el concepto de autolimitación.

d) Precios Máximos

Contemporáneamente con el dictado de "Inchauspe", la Corte examinó la validez de la ley 12591, que establecía precios máximos en la comercialización de bienes en el caso "Martini s/ infracción ley 12591"²⁹, y convalidó la constitucionalidad de la ley conforme con la facultad reglamentaria de los derechos consagrados constitucionalmente, situación que no se trasformó en irrazonable pues, examinando las causas fácticas, los problemas producidos por la guerra y sus inevitables consecuencias con miras al alivio de una situación que no ha sido negada, autorizaban a convalidar la norma. No se trató de examinar los límites de la facultad reglamentaria sobre la base de la proporción entre el medio y la finalidad, sino de examinar los presupuestos fácticos que autorizaron una reglamentación más severa de los derechos.

4) La "transferencia" del poder de policía: a) enajenación; b) delegación. Obligaciones negativas y positivas. Formas jurídicas en que se traduce el ejercicio del "poder de policía" y de la "policía".

Para tratar la primera de estas cuestiones planteadas en el título cabe arrancar formulando una pregunta, a la que se va a dar respuesta, entonces ¿Puede ser "*transferido*" el llamado "*poder de policía*", o sea la atribución de reglamentación legal que él implica?

Esa "*transferencia*" requiere el análisis de dos supuestos: la "*enajenación*" de la respectiva atribución; la "*delegación*" de la misma.

El ejercicio del poder de policía no puede ser enajenado; es *inalienable*, pues, siendo un atributo de la soberanía, es inseparable de la misma³⁰. De ahí que el órgano Legislativo no puede transferirlo a *individuos* o *asociaciones* (personas individuales o jurídicas)³¹. Dicha "*inalienabilidad*" se relaciona con personas de derecho *privado*, surgiendo ella de superiores principios de índole constitucional.

²⁹ CSJN, fallos 200:450, 27/12/1944

³⁰ Villegas Basavilbaso: "Derecho Administrativo", tomo 5º, página 91.

³¹ Villegas Basavilbaso: "Derecho Administrativo", tomo 5º, página 91.

Pero el ejercicio del poder de policía ¿puede ser "*delegado*" por el órgano Legislativo en el órgano Ejecutivo de gobierno o en órganos administrativos menores dependientes de éste, verbigracia en las "*municipalidades*"? Como se advierte, la "*delegación*" -contrariamente a lo que ocurre con la "*enajenación*" de la atribución- se refiere al órgano *Ejecutivo del Estado* o a organismos administrativos menores; no se refiere a personas de derecho privado.

Por *principio*, tal delegación es *improcedente*. Por *excepción*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación acepta la validez de la *delegación*, cuando las facultades o atribuciones normativas otorgadas al órgano *Ejecutivo* lo sean dentro de un ámbito *cierto y determinado expresamente*. Sin tratarse precisamente de una "*delegación*" de funciones, puede tratarse de una "*imputación de funciones*" o de una "*atribución de competencia*". Esto último, por principio, es procedente desde el punto de vista constitucional, incluso tratándose de ejercicio del poder de policía.

En consecuencia, si bien el órgano Legislativo no puede *delegar* ("*traspasar*" el ejercicio de la función en el órgano Ejecutivo o en un órgano administrativo menor, como por ejemplo a una municipalidad, *descargando* su respectiva atribución en éstos), sí puede asignarle al Ejecutivo o a una municipalidad, por ejemplo, la atribución de estatuir sobre determinadas materias dentro de ciertos límites preestablecidos en la ley que efectúa esa imputación de funciones o que atribuye esa competencia. De ahí, verbigracia, que el Congreso o las legislaturas puedan facultar a las municipalidades para que éstas, dentro de *límites* precisos, estatuyan en materias de "*policía*" (salubridad local, moralidad pública, ornato, tránsito, etc.), y sancionen las infracciones respectivas, debiéndose tener presente que la *configuración* de las pertinentes *figuras delictivas*, por leves que sean, y los *límites de las sanciones* del caso, deben ser establecidas por el órgano Legislativo³².

En síntesis: a) El ejercicio del poder de policía es "*inalienable*"; b) es, asimismo, "*indelegable*", pero a su respecto, en las condiciones indicadas, puede ser objeto de una "*imputación de funciones*" o de una "*atribución de competencia*", al órgano Ejecutivo de gobierno o a un órgano administrativo menor, verbigracia una "municipalidad".

En cuanto a las normas de policía, éstas, tanto pueden imponer obligaciones negativas (de no hacer, de abstenerse), como positivas (de hacer). Si bien son más frecuentes las obligaciones de *no hacer*, excepcionalmente pueden consistir en obligaciones de *hacer*³³. Como ejemplos de estas últimas pueden mencionarse: la de combatir ciertas plagas en los animales, verbigracia la sarna ovina; la de vacunarse; la de identificar las mercaderías o productos; la de instalar servicios de cloacas y agua potable; la de pintar o distinguir con determinados colores los automotores de alquiler ("*taxímetros*");

³² Villegas Basavilbaso: "Derecho Administrativo", tomo 5º, páginas 187-193.

³³ Bielsa: "Derecho Constitucional", página 457.

la de usar determinada indumentaria, impuesta a quienes ejercen ciertas actividades. Sólo se requiere que la medida exigida sea *justa y razonable*³⁴, etc.

Ya quedó dicho que toda la actividad "*policial*", sea la ejercida por el órgano "*legislativo*" de gobierno a través de las respectivas *leyes* reglamentarias del ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes ("*poder de policía*"), o la ejercida por el órgano "*ejecutivo*" de gobierno a través de *actos administrativos* (actividad "*policial*", propiamente dicha), en nada difiere de la restante actividad *legislativa* o de la restante actividad *administrativa* del Estado. Si alguna diferencia existe, ésta se refiere al "*objeto*" del respectivo acto legislativo o administrativo, pero en modo alguno se refiere al *régimen jurídico* de los mismos. Este "*régimen jurídico*" es esencialmente igual en todos los respectivos supuestos. De ahí que los requisitos para la validez de las "*leyes*" de policía, o de los *actos administrativos* de contenido policial, sean substancialmente los mismos que para la validez de las demás leyes y de los demás *actos administrativos*.

Ocupándose de estas cuestiones, Merkl dijo acertadamente: "En lo que se refiere a la forma del derecho de policía, éste puede manifestarse, fundamentalmente, en todas las fuentes jurídicas en que aparece el derecho administrativo. No existe ninguna fuente especial del derecho policíaco. Y si la policía no se diferencia del resto del derecho administrativo por la forma de la norma, tampoco existirá, desde este punto de vista, ninguna necesidad sistemática para desglosarlo del complejo total de la administración. Ciertamente que el derecho de policía se diferencia de otras ramas del derecho administrativo por el hecho de preferir determinadas fuentes jurídicas. Pero esto significa una diferencia de grado, pero no de esencia, y no implica una cisura profunda entre el derecho policíaco y el resto del derecho administrativo, sino que revela una insensible transición hacia esas otras secciones del derecho administrativo, que se comportan igualmente en lo que se refiere a las fuentes"³⁵.

Por tanto, el ejercicio del "*poder de policía*", al implicar limitaciones a derechos esenciales del individuo ("*libertad*" y "*propiedad*"), requiere una *ley formal*, en tanto que la actividad "*policial*", propiamente dicha, sólo requiere la existencia de un *acto administrativo, político* o de *gobierno*, que por principio debe hallar fundamento en una norma "*legal formal*"; *excepcionalmente* puede fundarse en un reglamento *autónomo* o en un *acto administrativo, político* o de *gobierno*, originario, de contenido individual. Como ejemplo de medida de policía expresada en un *acto originario*, de contenido individual, emanado del Poder Ejecutivo, puede mencionarse la conmutación de pena (Constitución Nacional, artículo 99, inciso 5º), que no es *acto "administrativo"*, sino "*político*" o de "*gobierno*". Se trata de un *acto "originario"* del Poder Ejecutivo: su existencia no depende de "*ley*

³⁴ Bielsa: "Derecho Constitucional", página 457.

³⁵ Merkl: "Teoría general del derecho administrativo", págs. 329-330.

formal" alguna, su fuente directa es la Constitución Nacional. La potestad de *"conmutar"* penas pertenece a la zona exclusiva reservada a la Administración Pública ("Poder Ejecutivo") por la Ley Suprema³⁶.

En suma: la respectiva actividad *"policial"* del Estado se expresa a través de idénticos instrumentos jurídicos que la demás actividad del Estado. El *"régimen jurídico"* de los respectivos actos es, en todos los casos, el mismo: la *"ley"* de policía no tiene un régimen jurídico distinto al de las demás leyes; el *"acto administrativo"*, *"político"* o de *"gobierno"*, emanado en ejercicio de una actividad *"policial"* tiene el mismo régimen que los demás actos administrativos, políticos o de gobierno: todos estos tienen idénticos *"elementos esenciales"* cuya observancia es fundamental para la validez del acto³⁷.

De acuerdo con lo expuesto, el *acto administrativo* de contenido "policial", tanto puede ser de *"alcance"* general, como de *"alcance"* individual o particular.

En cuanto a las "formas", el acto administrativo de contenido "policial" puede ser *expreso*, carácter que se manifiesta a través de la escritura, de la palabra oral o de actitudes, gestos y señas (comportamientos *materiales* de la Administración), pudiendo provenir estos últimos directamente del agente o agentes públicos (por ejemplo, indicaciones de un inspector o agente de tránsito; actitud asumida por personal de la policía de seguridad que impide una manifestación pública o una reunión), o de las cosas de que se vale la Administración (por ejemplo, semáforos). El acto puede también contener una declaración *"tácita"* o *"implícita"* de la voluntad de la Administración³⁸.

Finalmente, cuadra advertir que la actividad *"policial"* de la Administración Pública, conceptualmente, según los casos, puede concretarse en *actos administrativos* o en *actos de gobierno o políticos* (ejemplo de esto último: medidas de policía adoptadas en el curso de una guerra, contra los extranjeros originarios del país contra el cual se está en guerra).

5) El poder de policía en la tradición constitucional Norteamericana

En esta etapa del análisis del poder de policía pasará a efectuar un desarrollo sobre el poder de policía en los Estado Unidos. Como comienzo podemos decir que Vattel tuvo una considerable

³⁶ MARIENHOFF, M. S., "Tratado de Derecho Administrativo", tomo IV, págs. 215.

³⁷ MARIENHOFF, M. S., "Tratado de Derecho Administrativo", tomo IV, págs. 216-217.

³⁸ MARIENHOFF, M. S., "Tratado de Derecho Administrativo", tomo IV, págs. 216-217.

influencia en ese país. Por otra, las ideas de Blackstone —y, por su intermedio, las de Pufendorf y otros escritores ilustrados de la Europa continental— tuvieron más eco en Estados Unidos que en su propio país, Inglaterra. Algunos estados inclusive incorporaron a su legislación doméstica su clasificación de las ofensas en cinco especies, dedicando un título separado a los crímenes contra la policía³⁹. Ello contrasta notablemente con la ausencia de una categoría diferenciada llamada “policía” (o “poder de policía”) en el derecho colonial británico, en el cual el término simplemente no existe. Sin embargo, nadie discute que los gobiernos de las colonias imperiales en todo el mundo tenían poderes plenarios para la preservación de *la paz, el orden y el buen gobierno* en su territorio. Mas esta soberanía residual de las colonias, semejante en cuanto a su contenido a lo que Blackstone había llamado “policía” y a lo que en los Estados Unidos se denominaría “poder de policía” de los estados, no tenía en el Imperio Británico contornos definidos ni nombre propio.

En su importante libro *Politics and the Constitution in the History of the United States*, William W. CROSSKEY realiza un pormenorizado análisis de los vaivenes del término “policía” en la incipiente historia constitucional norteamericana. Por influjo de Vattel, Blackstone y otros, el concepto de policía estaba sin duda presente en las tempranas discusiones que condujeron a la sanción de la Constitución Federal de 1787. Ahora bien, ¿qué entendían los *founding fathers* por *police* y su sinónimo *polity*? CROSSKEY argumenta convincentemente que en el siglo XVIII “policía” tenía tres significaciones. En primer lugar, una que aún hoy sobrevive⁴⁰ —aunque su uso coloquial sea mínimo— y a la que ya hemos tenido ocasión de hacer referencia: policía como administración civil o doméstica. Al lado de este significado existían otros dos que posteriormente devinieron obsoletos. Por un lado, *police* y *polity* tenían una acepción que puede rastrearse en los escritos de Vattel y Blackstone. Estos vocablos “cubrían solamente las leyes y otras medidas gubernamentales creadas para ‘preservar la paz pública, la tranquilidad y la concordia’ a través del mantenimiento de ‘la salud pública, la seguridad, el buen orden y la conveniencia’”⁴¹. En este sentido, la policía era un “objeto” (en cuanto objetivo o fin) del gobierno que consistía en “la preservación de la tranquilidad doméstica a través del mantenimiento de la *moral pública* y el orden público, y la promoción de la conveniencia pública, la seguridad pública y la salud pública”⁴². Así se distinguía de *otros objetos del gobierno*

³⁹ La palabra “policía” aparece por primera vez como una división dentro de una ley en los *Revised Statutes of New York* (1829). En 1836 también la adoptó Massachusetts y, con posterioridad, otros siete estados. Cfr. FREUND (1904), n. 2, p. 2, nota 2, citado por LEGARRE, Santiago, en “Poder de policía y moralidad pública”, Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, págs. 96/97.

⁴⁰ De acuerdo con el *Oxford English Dictionary* uno de los significados vigentes de “*police*” y “*polity*” es gobierno, organización, administración, orden o constitución civiles. *O.E.D.*, vol. XII, p. 22 (s.v. “*police*”) y p. 35 (s.v. “*polity*”).

⁴¹ CROSSKEY, vol. I, ps. 147 y 148, citado por LEGARRE, Santiago, en “Poder de policía y moralidad pública”, Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, págs. 97/98.

⁴² CROSSKEY, vol. I, p. 150, citado por LEGARRE, Santiago, en “Poder de policía y moralidad pública”, Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, págs. 97/98.

como la justicia y la regulación del comercio aunque, como explica CROSSKEY, en ocasiones una misma medida legislativa podía entenderse como un medio para la consecución de dos de los “objetos” aludidos o incluso de los tres (o sea, policía, justicia y comercio).

Por otro lado, “policía” tenía en el siglo XVIII un segundo significado técnico que era tan común como el que se acaba de explicar. De acuerdo con esta acepción, se distinguía de lo que entonces se llamaba *policy*, o también “el interés político de la nación”.

“‘Policy’ en esta usanza era definido como el aspecto del gobierno que tenía que ver con los asuntos ‘generales’ de la nación o, como se decía a veces, los asuntos que afectaban a la nación ‘en su totalidad’. ‘Policía’ (o como la frase decía frecuentemente, ‘policía interna’), en cambio, era definida como el aspecto del gobierno que tenía que ver con los asuntos y abandonos [*derelictions*] de los individuos. Los poderes relacionados con la ‘policía’ en esta acepción eran a veces conocidos como ‘civiles’ o ‘municipales’, mientras que los relacionados con la ‘*policy*’ eran comúnmente llamados ‘políticos’”⁴³.

“*Policy*”, por tanto, incluía el comercio —tanto interno como exterior—, la guerra y la paz, y la diplomacia. Estas tres grandes divisiones constituían la totalidad del “interés *político* de una nación”, que se distinguía de su “policía” o, como a veces se decía, su “policía interna, civil o doméstica” cuyo objetivo se describía en un escrito de época como “refrenar las pasiones turbulentas de la humanidad, dispensar justicia y apoyar el orden y la regulación en la sociedad”⁴⁴.

Parece claro, y así concluye CROSSKEY, que los dos significados de policía que devinieron obsoletos no diferían demasiado entre sí, aunque el segundo era más amplio, pues incluía la dispensación de justicia, a diferencia del primero.

Pues bien: todo esto tenían en mente los representantes de las colonias separatistas reunidos en Filadelfia en 1774 para el *Primer Congreso Continental* cuando defendieron el derecho de los estados nacientes a una “legislación exclusiva en todos los caos de [...] policía interna”⁴⁵. Esta inquietud se plasmaría después en los *Articles of Confederation* de 1781, cuyo artículo segundo declaraba que cada uno de los estados confederados retenía su soberanía, libertad e independencia,

⁴³ CROSSKEY, vol. I, ps. 151, citado por LEGARRE, Santiago, en “Poder de policía y moralidad pública”, Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, págs. 98/99.

⁴⁴ CROSSKEY, vol. I, p. 152, citado por LEGARRE, Santiago, en “Poder de policía y moralidad pública”, Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, págs. 98/99.

⁴⁵ CROSSKEY, vol. I, p. 152, citado por LEGARRE, Santiago, en “Poder de policía y moralidad pública”, Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, págs. 98/99.

así como todo poder, jurisdicción y derecho que no fueran *expresamente* delegados por la confederación a los Estados Unidos reunidos en el mencionado congreso⁴⁶.

Cuando, ya declarada la independencia de los Estados Unidos de América en 1776, Maryland sancionó su primera constitución, incluyó en la *Declaration of Rights* la siguiente provisión:

“La gente de este Estado tiene el único y exclusivo derecho de regular su gobierno y *policía* internos, como un Estado libre, soberano e independiente”.

Además, a medida que los nuevos trece estados separados de Gran Bretaña fueron adoptando sus respectivas constituciones, se ocuparon de incluir normas que exigían a ciudadanos y autoridades recurrir a “principios fundamentales” que bien pueden asociarse con ciertas pautas de moralidad pública, concebidas al estilo puritano⁴⁷. Así, en 1780 Massachusetts declaraba en su constitución que “para preservar las ventajas de la libertad y mantener un gobierno libre son absolutamente necesarios el recurso frecuente a los principios fundamentales de la constitución y la adhesión constante a los principios de piedad, justicia, moderación, templanza, laboriosidad y frugalidad”⁴⁸.

La Constitución de los Estados Unidos de 1787, en cambio, no menciona en ningún momento la policía. Sin embargo, en razón de la conciencia histórica del concepto no estaba en duda que, a pesar de este silencio, quien ejerciera la autoridad debía ocuparse de la policía —es decir, de preservar la administración interna, la seguridad, la paz y la moral públicas—. De hecho el Preámbulo anuncia que el pueblo de los Estados Unidos establece la Constitución, entre otras razones, para “asegurar la tranquilidad doméstica”⁴⁹. La cuestión delicada era *cuál* gobierno sería competente en estas materias, ya que el nuevo país se estaba constituyendo de una manera federal, con dos niveles diferenciados de autoridad, uno nacional y otro estatal. En 1789 el primer Congreso decidió proponer a los Estados una serie de enmiendas constitucionales, que a la postre devendrían en el *Bill of Rights*. En los debates correspondientes se había pretendido zanjar expresamente la cuestión señalada mediante una disposición que se incorporaría como parte de la Enmienda V: “*Ningún estado será*

⁴⁶ STORY, vol. I, n. 230, p. 161, citado por LEGARRE, Santiago, en “Poder de policía y moralidad pública”, Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, págs. 99/100.

⁴⁷ Véanse, por ejemplo, las Constituciones de North Carolina (Declaración de Derechos, artículo 21) y de Pennsylvania (Declaración de Derechos, artículo 14), ambas de 1776; y la de New Hampshire de 1783 (artículo 1, sección 38). Las tres declaran que es absolutamente necesario recurrir frecuentemente a los principios fundamentales para preservar las bendiciones de la libertad. En el caso de North Carolina y New Hampshire esta declaración se mantuvo hasta el presente a través de sucesivas reformas constitucionales.

⁴⁸ Constitución de Massachusetts de 1780, *Declaration of Rights*, artículo 18. Esta constitución, incluida la norma mencionada, sigue vigente. Disposiciones semejantes pueden hallarse en las Constituciones de Virginia de 1776 (*Bill of Rights*, sección 15) y de New Hampshire de 1783 (artículo 1, sección 38).

⁴⁹ Cfr. Preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América (1787).

afectado en su policía interna sin su consentimiento". A pesar de ser coherente con la posición defendida pocos años antes por el *Primer Congreso Continental* y de hallarse en línea con el texto de algunas constituciones estatales, la propuesta no prosperó⁵⁰. Sin perjuicio de ello, el texto de otra de las Enmiendas aprobadas, la X, es de particular relevancia:

"Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución ni prohibidos por ésta a los Estados, quedan reservados respectivamente a los Estados o al pueblo"⁵¹.

Varios intérpretes sostienen que esta Enmienda se refiere, principalmente, a la policía, que constituía "la soberanía residual de los Estados", en palabras de WILLOUGHBY⁵². En suma, como lo expresó claramente un siglo después la Corte Suprema estadounidense, "el poder de policía fue dejado incólume en manos de los Estados de la Unión cuando se adoptó la Constitución original de los Estados Unidos y no les fue quitado por las enmiendas adoptadas desde entonces"⁵³.

Como ocurre con casi todas las instituciones del derecho constitucional de los Estados Unidos, fue la Corte Suprema quien modeló la policía y después la transformó en poder de policía. Como ocurre con muchas de esas instituciones, fue el primer *Chief Justice* de la corte, John Marshall, quien estampó su firma en las *opinions* que marcaron el rumbo a seguir.

En efecto, al poco tiempo de su establecimiento la Corte Suprema se hizo eco del proceso histórico que hemos explicado y, aun en ausencia de una cláusula constitucional expresa, reconoció la competencia de los estados en materias de policía. En *Dartmouth College v. Woodward* (1819), el Tribunal afirmó que "los autores de la constitución [*framers*] no quisieron limitar a los estados en la regulación de las instituciones civiles adoptadas para su gobierno *interno*". Enfatizamos el término "interno" por sus antecedentes en el constitucionalismo federal y local, y sus reminiscencias de lo "doméstico" en Blackstone. Unos años después, la Corte incorporó por vez primera la palabra "policía" a su léxico en el famoso caso *Gibbons v. Ogden* (1824), nuevamente en el contexto de la definición de los límites del federalismo: "el reconocido poder del estado de regular su *policía*, su comercio doméstico y de gobernar a sus propios ciudadanos puede capacitarlo para legislar en esta materia [el comercio] hasta cierto punto no desdeñable". Las leyes locales *sub examine* [*inspection laws*] "forman una porción de esa inmensa masa de legislación que abraza todo lo que se encuentra en el territorio del estado y que no hubiera sido renunciado a favor del gobierno general". FREUND,

⁵⁰ Cfr. FARRAND, vol. II, p. 21, citado por LEGARRE, Santiago, en "Poder de policía y moralidad pública", Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, pág. 101.

⁵¹ Constitución de los Estados Unidos de América, Enmienda X.

⁵² WILLOUGHBY, vol. III, p. 1766, citado por LEGARRE, Santiago, en "Poder de policía y moralidad pública", Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, pág. 102.

⁵³ *Butchers' Union & Co. v. Crescent City & Co.*, 111 U.S. 746, 747 (1884).

refiriéndose a este caso y a otros en los que la Corte echó mano del concepto de policía, se queja de que se incluyeron tantas cosas bajo ese título que resulta imposible discernir un principio delimitador de la policía y concluye que el término nunca fue claramente circunscripto⁵⁴.

Por fin, en el *casus classicus* *Brown v. Maryland* (1827) Chief Justice Marshall, que también había escrito para la corte los dos fallos anteriores, acuñó la expresión “poder de policía”, a la que nos condujeron los rastros descubiertos en las páginas precedentes —aunque, como dice CROSSKEY, la frase “*police power*” es tan natural en cuanto tal, en vista de las nociones de la época, que resulta difícil creer que nunca hubiera sido usada antes de que Marshall lo hiciera en este caso particular⁵⁵—. El poder de policía, sostuvo la Corte, 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. De esta manera, como cuando el capullo deja lugar a la mariposa, de la policía salió el poder de policía. Pocas veces se ha visto esto con claridad. Más aún, en el campo del derecho público argentino en algunas oportunidades se ha llegado a sostener que existirían diferencias importantes entre “policía” y “poder de policía”. Apoyado en la indagación histórica precedente, que muestra la afinidad genesiaca de las dos nociones, y en la patente similitud morfológica de ambas expresiones, me atrevo a restar crédito a las pretendidas diferencias. La compulsa de tratadistas continentales autorizados, como DUGUIT y MAYER, y la comparación de sus obras con las fuentes angloamericanas analizadas en este libro, ratifican la semejanza de las ideas de “policía” y “poder de policía” y justifican el consiguiente escepticismo frente a pretensiones de separarlas radicalmente. La autoridad de Ernst FREUND, quien vislumbró la cuestión al pasar en su monumental libro *The Police Power* (1904), respalda esta tesis⁵⁶.

Pues bien, aunque la expresión “poder de policía” no adquirió uso legal generalizado hasta casi un cuarto de siglo después de *Brown v. Maryland*, de los tres casos aludidos surge con claridad que el Tribunal acogió inicialmente un concepto amplio (*broad*) de poder de policía, en el cual confluyeron tanto la idea colonial de soberanía residual como el segundo de los significados técnicos en boga en el siglo XVIII, y también el poder de regulación de Kent. El poder de policía, con esta acepción amplia, comenzó a tener una importancia creciente. Su función principal era justificar que los estados pudieran llevar a cabo acciones gubernamentales —generalmente restrictiva de derechos individuales— no permitidas expresamente por sus constituciones. El silencio de la constitución local

⁵⁴ FREUND (1904), n. 2, p. 2, con cita de *Gibbons v. Ogden*, 9 Wheat. 1, 204 (1824); *New York v. Miln*, 11 Peters 102, 139 (1837); *License Cases*, 5 Howard 504, 583 (1847); y *Passenger Cases*, 7 Howard 283, 424 (1849).

⁵⁵ CROSSKEY, vol. II, p. 1305, citado por LEGARRE, Santiago, en “Poder de policía y moralidad pública”, Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, pág. 110.

⁵⁶ Cfr. FREUND (1904), n. 3, p. 3, citado por LEGARRE, Santiago, en “Poder de policía y moralidad pública”, Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, pág. 111.

no implicaba renuncia a favor del “gobierno general” —así solía designarse al gobierno federal— pues, como ya se ha señalado, los estados retenían el poder de policía o policía interna⁵⁷. Como lo expresa con claridad WILLOUGHBY, “el término no se usaba para designar una rama o esfera de la autoridad legislativa de los Estados en especial; más bien se empleaba para deslindar la esfera de autoridad estatal de la del Gobierno General”⁵⁸.

En 1837 se decidieron dos casos claves en este sentido que, además, marcaron la reaparición del poder de policía en la nomenclatura de la Corte. En *New York v. Miln*, se declaró *per* Barbour J., con cita de *Brown v. Maryland*, que:

“Constituye no sólo el derecho sino la carga y obligación solemne del estado promover la seguridad, felicidad y propiedad de su pueblo y proveer su bienestar general; todos estos poderes se relacionan con legislación meramente municipal o lo que, quizá, más propiamente podría llamarse *policía interna* [...] con relación a ellos la autoridad del estado es completa, incondicional y exclusiva”⁵⁹ (énfasis agregado).

En la misma sentencia uno de los *Justices* que concurrieron en la decisión se preguntaba: “¿Puede algo caer más directamente en el ámbito del *poder de policía y la regulación interna* que lo concerniente al cuidado y administración de los pobres y convictos? [...]”⁶⁰.

En el célebre caso *Charles River Bridge v. Warren Bridge* (1837), fue *Chief Justice* Taney quien brindó una expresión clásica del poder de policía entendido en el sentido *broad and plenary*:

“Así como los derechos de propiedad se encuentran sagradamente resguardados, no debemos olvidar que la comunidad también tiene derechos y que la felicidad y bienestar de todos los ciudadanos depende de su fiel preservación [...]. Por tanto no podemos tratar así a los derechos reservados a los Estados; ni, mediante presunciones legales y meros razonamientos técnicos, sacarles ninguna porción de ese *poder* sobre su *policía y mejora internas* que es tan necesario para su bienestar y prosperidad”⁶¹.

⁵⁷ Cfr. *Barbier v. Connolly*, 113 U.S. 27, 30-32 (1885).

⁵⁸ WILLOUGHBY, vol. III, p. 1765, citado por LEGARRE, Santiago, en “Poder de policía y moralidad pública”, Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, págs. 112/113.

⁵⁹ 11 Peters 102, 139 (1837), citado por LEGARRE, Santiago, en “Poder de policía y moralidad pública”, Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, pág. 113.

⁶⁰ 11 Peters 102, 148 (1837), del voto de *Justice* Thompson, citado por LEGARRE, Santiago, en “Poder de policía y moralidad pública”, Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, pág. 113.

⁶¹ 11 Peters 420, 548, 552 (1837), citado por LEGARRE, Santiago, en “Poder de policía y moralidad pública”, Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, pág. 114.

Y en los *License Cases* (1847) a la pregunta “¿Qué son los poderes de policía de un estado?”, respondía el mismo *Chief Justice* Taney:

“No son nada más ni nada menos que los poderes de gobierno inherentes en cada soberanía sobre la extensión de su dominio [...], es decir, el poder de soberanía, el poder de gobernar hombres y cosas dentro de los límites de sus dominios”⁶².

En definitiva, como diría la Corte años después, el *police power* en su sentido *broad* “no es más que un nombre distinto para designar el poder del gobierno”⁶³. La amplitud de esta definición llevó a algunos autores a criticarla por su vaguedad y a proponer su abandono. GUTHRIE (1898), por ejemplo, sugiere que la referencia a la idea *broad* de poder de policía debería hacerse mediante expresiones comunes como “poderes o instituciones generales de gobierno”. La Corte misma reconoció en 1885 que “el poder de policía por su misma naturaleza no es susceptible de definición o limitación exactas”. El desprestigio de la expresión a los ojos de muchos fue sintetizado por THAYER en 1895 con palabra citadas una y otra vez por los detractores del poder de policía: “las discusiones sobre el llamado ‘poder de policía’ son con frecuencia inútiles”.

Tal vez esta postura negativa, al igual que ciertas propuestas de eliminación del sentido *broad* del poder de policía formuladas en la Argentina, no tienen suficientemente en cuenta el proceso de gestación de dicha noción y su ubicación, en el contexto del desarrollo del federalismo, como categoría residual de poder reservada a los estados, titulares de un gobierno pleno frente a un gobierno central limitado, de poderes enumerados.

6) La Noción Amplia del Poder de Policía.

En este sentido, el examen de los precedentes antes mencionados nos lleva a la convicción de que la Corte, para convalidar la actividad reglamentaria desplegada por el legislativo, donde un grupo de personas en razón de la actividad desarrollada se veía compelido a sufrir una restricción en el

⁶² Howard 504, 583 (1847), citado por LEGARRE, Santiago, en “Poder de policía y moralidad pública”, Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, pág. 114.

⁶³ *Mutual Loan Co. v. Martell*, 222 U.S. 225, 233 (1911).

ejercicio de un derecho reconocido, fundamentó su decisión en la autolimitación del Poder Judicial y la presunción de constitucionalidad de las leyes; ello genera el planteo de cual sea el límite de la intromisión judicial en el análisis de las políticas desarrolladas por el estado, cuyos datos más significativos, encontramos en la lucha entre Roosevelt y la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, o sea hasta donde esta intervención del Poder Judicial admite justificativo.

Por otra parte si al juez no le estuviera permitido examinar las razones fácticas que determinaron la intervención del legislador, como podría examinar la razonabilidad de la aplicación de la norma en un caso dado. Esta es la crítica desarrollada al caso “Cine Callao s/ interposición de recurso jerárquico”⁶⁴, en cuanto allí se habría adoptado la tesis amplia de la noción de poder de policía.

En principio debemos señalar que la Corte, en el caso “Inchauspe” y remitiéndose al precedente “Avico”, expresó que con respecto al poder reglamentario 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 (arts. 14, 28 y 67 –hoy 75- de la CN) lo estime conveniente, a fin de asegurar el bienestar general; cumpliendo así por medio de la legislación, los elevados propósitos expresados en el preámbulo (fallos 172:121)”.

Por lo tanto, la adopción de la tesis amplia del poder de policía, en realidad, fue ratificada por la Corte Suprema en el fallo citado. La fundamentación para adherir a la tesis amplia se encuentra sustentada, en palabras de la Corte, en que “el objeto cardinal y específico de la ley cuestionada, en mérito a su naturaleza y a los propósitos que le dan contenido, lejos de consistir en el provecho de un grupo de personas obtenido merced al sacrificio patrimonial de otro grupo, reviste carácter inequívocamente público o general”.

Entonces, de conformidad con lo expuesto, el interés o el fin público en el caso comentado fue el factor determinante para convalidar una determinada actividad reglamentaria que, como la propia Corte reconoció, impuso una carga a un grupo de personas, en el caso a los empresarios del espectáculo en beneficio de otra.

En cuanto al control, a continuación expresó que la Corte “sólo le incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir que sólo deben examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y en consecuencia decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados. Pues como se afirmó en fallos 171:348 y se recordó en fallos 199:483, el Tribunal nunca ha entendido que pueda

⁶⁴ CSJN, fallos 247:121, 22/06/1960.

sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación, para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes, sea de las que regulan trabajos, comercios o industrias con fines de policía, sea de las que establecen impuestos o tasas”⁶⁵.

De esta manera, la fundamentación de la adhesión de la tesis amplia se efectuó sobre la base del principio de autolimitación y de presunción de constitucionalidad de las leyes, no entrando a ponderar la cuestión fáctica, reservándose el control de razonabilidad a su aplicación al caso específico pero dándole total relevancia a la finalidad perseguida por el legislador y no a los medios elegidos por éste. La crítica a este fallo puede realizarse sobre la base de que el criterio de la finalidad del legislador para ponderar la legitimidad de la medida en crisis provocó un debilitamiento sustancial en el papel más importante que le corresponde a la Corte, cuál es el control de legitimidad de las norma que se dicten⁶⁶.

7) El poder de policía en el derecho constitucional argentino.

a) El poder de policía en el texto de la Constitución Nacional: La Constitución Nacional no contiene una disposición específica sobre el poder de policía. En esto se asemeja a la de los Estados Unidos. No obstante en ambos sistemas constitucionales, la existencia de una potestad policial fue afirmada desde los albores del constitucionalismo, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. Ahora bien, ¿a quién pertenece el poder de policía, a las provincias o al estado federal? En los regímenes federales, en principio, los poderes no delegados por los estados o provincias al gobierno federal son retenidos por aquellos. El poder de policía parece ser uno de estos poderes. En este sentido, la Corte sostuvo que les corresponde a las provincias “exclusivamente darse leyes y ordenanzas de impuestos locales, de policía, de higiene y, en general todas las que juzguen convenientes a su bienestar y prosperidad”⁶⁷. Poco después esta doctrina fue reafirmada: “pertenece a las provincias decidir con entera independencia de los poderes de la Nación sobre todo lo que se refiere a su régimen, su progreso y su bienestar interno”⁶⁸. Ya más cerca de nuestros días, la Corte mantuvo esta doctrina que defiende los intereses provinciales. En cierta ocasión sostuvo que “las facultades provinciales para defender el orden, la tranquilidad o la moral pública, no pueden ser puestas en

⁶⁵ CSJN, fallos 98:20, 147:402,150:89, 160:247.

⁶⁶ Aberastury, Pedro, confr. Cita, Carrió, Genaro, Nota sobre el caso de los números vivos”, Revista del Colegio de Abogados de la Plata, año III, núm. 6, enero-junio 1961.

⁶⁷ CSJN, “D. Luis Resoagli c/ Pcia. De Corrientes”, fallos 7:373, 1869.

⁶⁸ CSJN, “D. Doroteo García c/ Pcia. De Santa Fe, fallos 9:277, 1870.

duda como inherentes a la autonomía que se han reservado”⁶⁹; y en otra, que las leyes relativas a los poderes de policía “constituyen el ejercicio de un poder reservado por las provincias”⁷⁰.

No obstante el silencio del texto constitucional sobre el poder de policía, la doctrina nacional afirma que ciertos artículos de la constitución, particularmente los que se refieren a la restricción de los derechos y garantías (por ejemplo, los artículos 14 y 28), confieren una base normativa al poder de policía. Dicha afirmación se halla en sintonía con la idea prevaleciente en la doctrina, de entender al poder de policía en el contexto de las limitaciones permanentes de los derechos individuales.

El silencio de la constitución federal respecto de poder de policía es, seguramente, una manifestación de que su existencia era, al tiempo de sancionarse la constitución, un principio afianzado y reconocido unánimemente por la jurisprudencia y la doctrina.

La importancia de la institución policial en el derecho público ha sido repetidamente subrayada tanto en los Estado Unidos como en la Argentina. A tal punto que los autores coinciden con asombrosa unanimidad en que las legislaturas no pueden enajenarlo ni desprenderse de él bajo ningún pretexto⁷¹.

b) El poder de policía en el constitucionalismo provincial: Y aquedó dicho que el poder de policía es de competencia de los gobiernos locales. Otro tanto ocurre en los Estados Unidos. Una compulsa de las 50 constituciones de los estados norteamericanos llevó a la conclusión de que más de la mitad tienen provisiones expresas sobre el poder de policía o cuestiones directamente relacionadas. Basta por apuntar que están ordenadas bajo los siguientes títulos:

- Los gobiernos tienen la obligación de recurrir frecuentemente a principios fundamentales de virtud y moralidad.
- Los gobiernos promoverán la templanza y la moralidad pública.
- El pueblo de los estados tiene el derecho exclusivo de regular su gobierno y policía internos.
- La moral pública es un límite al ejercicio de los derechos.
- Las legislaturas tienen la obligación de promover la salud y el bienestar general.

⁶⁹ CSJN, Manuel Francioni y otros por inconstitucionalidad de un edicto policial, fallos 110:391, 1907.

⁷⁰ CSJN, Don Samuel Sáenz Valiente c/ Provincia de Corrientes, fallos 134:401, 412, 1921.

⁷¹ Corte Suprema de los Estados Unidos, “Stone v/ Mississippi”, 188 U.S. 321, 1903.

Esta presencia de una normativa constitucional local relevante en los Estados Unidos hace pensar que podría haber disposiciones semejantes en nuestro constitucionalismo provincial⁷². En efecto, las cartas supremas de las provincias contienen diversas normas relevantes, algunas de las cuales demuestran cierto paralelismo con las del país del Norte⁷³.

Poder de policía a cargo del Poder Ejecutivo Provincial: “El gobernador es el representante legal del Estado Provincial y jefe de la Administración con los siguientes deberes y atribuciones [...] ejerce el poder de policía”⁷⁴.

“Las decisiones administrativas que afecten el poder de policía, el interés general [...] deberán ser cumplidas”⁷⁵.

Poder de policía a cargo del Poder Legislativo Provincial: “Corresponde a la Cámara de Diputados: [...] Proveer lo conducente a la prosperidad de la provincia, a la justicia y la seguridad social, a la higiene y a la moralidad”⁷⁶.

“Atribuciones del Poder Legislativo: [...] Reglar el poder de policía en materia de autorización y represión de juegos de azar, cuyo ejercicio compete en forma exclusiva a la Provincia, a través de los organismos que ella determina”⁷⁷.

Poder de policía a cargo de las Municipalidades: “La provincia reconoce a los municipios y a las comunas las siguientes competencias: [...] Ejercer sus funciones político-administrativas y en particular el poder de policía, con respecto a las siguientes materias: [...] b) Higiene y moralidad pública”⁷⁸.

“Atribuciones del Consejo Deliberante: [...] Dictar ordenanzas y reglamentos sobre [...] Salubridad y moralidad pública”⁷⁹.

⁷² FARANDO, Ismael, *Manual de Derecho Administrativo*, págs. 275 y ss.

⁷³ LEGARRE, Santiago, “Poder de policía y moralidad pública”, Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, págs. 235/236.

⁷⁴ Constitución de La Rioja, art. 123, inc. 9; Chubut, art. 85; Tierra del Fuego, art. 135, inc. 16; Río Negro, art. 181, inc. 17; San Juan, art. 189, inc. 12; Jujuy, art. 137, inc. 15; Neuquén, art. 139, inc. 16.

⁷⁵ Constitución de Chubut, art. 85.

⁷⁶ Constitución de Chaco, art. 115, inc. 30; Río Negro, art. 139, inc. 17.

⁷⁷ Constitución de Córdoba, art. 110, inc. 37.

⁷⁸ Constitución de Tierra del Fuego, art. 137, inc. 8; Río Negro, art. 229, inc. 15; San Luis art. 261, inc. 17; Santa Cruz, art. 148, inc. 2; Santiago del Estero, art. 220, inc. 7.

⁷⁹ Constitución de San Luis, art. 258, inc. 1.

Poder de policía a cargo de las comunas de la Ciudad de Buenos Aires: “Las comunas ejercen de manera concurrente las siguientes competencias: [...] el ejercicio del poder de policía en el ámbito de la comuna”⁸⁰.

Policía del trabajo: “La autoridad administrativa del trabajo tendrá a su cargo el ejercicio del poder de policía y seguridad laboral”⁸¹.

Policía de salud: “La provincia reserva para sí la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración de salud”⁸².

Policía minera: “Las fuentes de energía de propiedad de la provincia no podrán ser explotadas por empresas privadas. Cuando una fuente de energía sea explotada por organismos nacionales, la provincia ejercerá el poder de policía minera”⁸³.

Policía de cultura: El Estado ejercerá el poder de policía para preservar los testimonios culturales por medio de personal capacitado en la materia”⁸⁴.

Promoción de la moralidad pública: “La libertad de asociación, trabajo, industria y comercio es un derecho garantizado a todo habitante de la provincia, siempre que su ejercicio no ofenda y perjudique a la moral y a la salud pública”⁸⁵.

“Son atribuciones y deberes del gobierno municipal: [...] velar por la moralidad pública”⁸⁶.

“Las leyes que organicen y reglamenten la enseñanza primaria, deben ajustarse a las siguientes normas: [...] Las escuelas privadas están sujetas a la inspección y control de la autoridad competente, por razones de higiene, moralidad, orden público [...]”⁸⁷.

La moral como limitación al ejercicio de los derechos: “[E]l Estado garantiza a todos sus habitantes el derecho al libre ejercicio de cultos religiosos que no se opongan a la moral pública y buenas costumbres”⁸⁸.

⁸⁰ Estatuto Organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 128, inc. 2.a.

⁸¹ Constitución de Tierra del Fuego, art. 16 in fine; Catamarca, art. 59; Jujuy art. 52; Salta, art. 44; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 44, párr. 2 y art. 104, inc. 12.

⁸² Constitución de Tucumán, art. 125, ult. párr.; Córdoba, art. 59, párr. 3; Formosa, art. 81.

⁸³ Constitución de Santa Cruz, art. 52.

⁸⁴ Constitución de Jujuy, art. 65.

⁸⁵ Constitución de Catamarca, art. 17.

⁸⁶ Constitución de Catamarca, art. 252, inc. 11.

⁸⁷ Constitución de Corrientes, art. 172, inc. b.

⁸⁸ Constitución de San Juan, art. 21; Salta, art. 11; Entre Ríos, art. 7.

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden o a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados”⁸⁹.

Se pueden extraer las siguientes conclusiones de la investigación expuesta precedentemente. En primer lugar, todas las provincias menos una contienen disposiciones constitucionales relevantes en materia de poder de policía (la excepción es la Provincia de Buenos Aires). Ello habla a las claras del consenso de los constituyentes provinciales sobre la existencia de dicho poder. Segundo, cabe destacar, que el poder de policía es entendido en el constitucionalismo provincial indistintamente en los dos sentidos, amplio y restringido. Finalmente, es digno de subrayar que el poder de policía está a cargo no sólo del poder de Poder Legislativo sino también del Poder Ejecutivo y de los municipios⁹⁰.

8) Análisis de los casos “Russo c/ Delle Donne” y “Cine Callao”.

En el primer caso nombrado estaba en juego la constitucionalidad de las leyes 14556 y 14775, que habían prorrogado la ley 14442 y, en consecuencia, prorrogado los juicios de desalojo que tenían sentencia de lanzamiento⁹¹.

Los votos fueron de Alfredo Orgaz, los concurrentes de los jueces Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte, y el de Boffi Boggero. Los votos de Orgaz y de Boffi Boggero se orientaron en la línea tradicional de la Corte. Pero el voto sin duda tuvo trascendencia por las líneas que fijó; no tanto, quizás, porque haya aportado argumentos novedosos, sino porque tuvo la importancia –en el marco de una serie de formulaciones favorables al gobierno- de resumir los requisitos necesarios para considerar que las medidas adoptadas son válidas.

i) En este sentido, y como preámbulo, señaló que debe existir una situación de emergencia, ello es, “la existencia de una crisis o bien de un grave trastorno social originados por acontecimientos físicos, políticos, económicos, etc.”, a cuyo fin citó la causa “Perón”⁹², de la que extrajo, entre otras, la frase (sin duda inspirada en “Blaisdell” y “Avico”) que haría historia de que “acontecimientos extraordinarios...demandan remedios también extraordinarios”.

⁸⁹ Constitución de Jujuy, art. 23, inc. 1; Salta, art. 12; Neuquén, art. 14; Mendoza, art. 34.

⁹⁰ LEGARRE, Santiago, “Poder de policía y moralidad pública”, Ed. Ábaco, Prov. De Buenos Aires, 2004, págs. 239.

⁹¹ CSJN, fallos 243:467, 1959.

⁹² CSJN, fallos 238:76, 1957.

Y ello, sobre la base de que la emergencia no crea un nuevo poder, sino que autoriza a ejercer con mayor energía el existente.

Los requisitos que resumió el voto –sustentados en precedentes del tribunal- fueron los siguientes:

- 1) Que exista una situación de emergencia definida por el Congreso;
- 2) Que se persiga un fin público;
- 3) La transitoriedad de la regulación;
- 4) La razonabilidad del medio elegido.

ii) Ahora bien, esos cuatro requisitos, expuesto en el considerando 7 del voto, estuvieron precedidos de una exposición de precedentes y doctrina nacional y extranjera, y produjeron una serie de consideraciones, dirigidas a advertir a los jueces que debían practicar un “self restraint” en el control de dichas medidas⁹³.

En primer lugar, sentó un principio básico en materia de interpretación: “...la naturaleza de la situación de emergencia y el régimen que le es propio, obligan a que, por vía de principio, deba estarce a favor de la regulación dispuesta por el Congreso” (cons. 5°).

Para morigerar un poco lo dicho agrega en el considerando siguiente: “...a diferencia de lo que acontece durante el estado de sitio, las garantías constitucionales no se encuentran suspendidas. Por ello, el empleo de la policía de emergencia, lejos de liberar a los actos del Congreso del control judicial de constitucionalidad, exige que los magistrados lo practiquen con cuidadoso empeño”.

Mas seguidamente, volviendo a la idea inicial, señaló que, “sin embargo, la legítima esfera de ese control jurisdiccional necesita ser definida con claridad. Ello así por cuanto la extralimitación de los jueces podría entorpecer la acción del Estado, inhabilitándolo para afrontar y, en su caso, superar la crisis o perturbación social”, lo cual, en consecuencia, llevó a formular esos cuatro requisitos. Pero al fijarlos, y señalando que fuera de ellos “las facultades de los jueces son plenas y deben ser ejercidas con celo”, agregó en el considerando 8° que “Si pretendieran fundar un pronunciamiento de inconstitucionalidad en razones ajenas a los cuatro requisitos antedichos, penetrarían en un terreno del que han sido excluidos [los jueces] por obvias razones vinculadas a la forma de gobierno que la Constitución adopta.

⁹³ COVIELLO, Pedro J.J., El control judicial de la emergencia, en Summa de Derecho Administrativo, Juan Carlos Cassagne, Director, La Ley 2013, ps. 2513-2514

“Dentro del régimen en estudio, tan peligrosa como la falta de control jurisdiccional, susceptible de conducir al autoritarismo, lo es la extralimitación de ese control, que pueden causar impotencia estatal”.

Y como anillo al dedo le vino la frase del juez Félix Franfurter, citada como “principio autolimitador”: “Es esencial que sean ejercidas con la reserva más rigurosa las facultades correspondientes al órgano menos representativo de nuestro gobierno”.

Para finalizar este análisis del voto, cabe señalar, que cuando mucho se insiste, sea en doctrina como en la jurisprudencia –nacional o extranjera- sobre los límites del ejercicio del control judicial, diciendo por un lado que hay que controlar y por el otro que no debe ser extremo, y derrochando, frases y frases que giran en torno a los mismos conceptos, que si bien se pueden resumir en muy pocas palabras, lo que, en definitiva, se quiere decir es que hay que tener por válido lo hecho por las autoridades públicas y que los jueces no controlen más. No es más desconocido en nuestro país, al igual que en los Estados Unidos, hubo jueces de la Corte Suprema que representaban las ideas de los gobierno de turno, y, precisamente, buscaban restringir el control judicial sobre las medidas de ellos. Europa no ha sido ajena a la polémica, como se reflejó hace más de una década en España, en la discusión que se suscitó entre Tomás Ramón Fernández y Luciano Parejo Alfonso respecto de las atribuciones judiciales controlar el ejercicio de discrecionalidad de la Administración⁹⁴.

Por otro lado, en lo que respecta al fallo “Cine Callao”⁹⁵, cabe decir que se trataba de la ley 14226, denominada “del número vivo”, que, ante la falta de trabajo para quienes desarrollaban determinadas actividades artísticas, imponía a las salas cinematográficas la exhibición de números artísticos.

i) La Corte, por la mayoría integrada por los jueces Villegas Basvilbaso, Araoz de Lamadrid, Aberastury y Colombres, y la disidencia del juez Boffi Boggero, se pronunció a favor de la constitucionalidad. Empero, en el caso tuvo incidencia posterior, por su alto contenido ético, el dictamen del procurador general Sebastián Soler. No obstante no hizo doctrina este dictamen en la jurisprudencia de la Corte, los autores y determinados fallos han hecho constante referencia a él por su valor republicano – más allá de que se pueda o no compartir la sentencia de nuestro alto tribunal-

ii) Tuvo en cuenta el Dr. Soler que si se buscaba dar remedio a una situación a una situación de un sector social, para ello estaba la posibilidad de subsidiar la actividad, y no descargar sobre otro sector de la sociedad la carga de darle la solución. Sus palabras son paradigmas sobre los alcances de la acción estatal en materia de policía: “Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar

⁹⁴ COVIELLO, Pedro J.J., El control judicial de la emergencia, en Summa de Derecho Administrativo, Juan Carlos Cassagne, Director, La Ley 2013, ps. 2510-2511.

⁹⁵ CSJN, fallos 247:121, 1960.

paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a facultades de que no está investido, crea, aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad y que una vez desatado se hace de difícil contención: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado, con excesos de poder. Poco a poco la autoridad se acostumbra a incurrir en extralimitaciones, y lo que se trata de justificar con referencia a situaciones excepcionales o con la invocación de necesidades generales de primera magnitud, se transforma, en mayor o menor tiempo, en las condiciones normales del ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio, por parte del gobierno, de atribuciones discrecionales para resolver problemas...

“El logro de cualquier aspiración, aunque se funde en el más elemental de los derechos, pasa entonces a depender de las decisiones graciabiles. Incluso puede acontecer que el gobernante, cuya máxima función es asegurar el imperio de la legalidad, busque revestir sus actos de gobierno, aun los legítimos, de una generosa arbitrariedad, llevando así al ánimo del pueblo la sensación de que un sistema de derecho estricto no es compatible con el progreso.

“El Estado de Derecho queda así suplantado por el caos de hecho. Desaparece la estabilidad jurídica y el pueblo, única fuente de soberanía, advierte, cuando es tarde, que la ha ido depositando paulatina y gradualmente, en manos de quien detenta el poder.

“Para evitar que se llegue a tan lamentables extremos nuestra Carta Fundamental contiene diversas y acertadas previsiones, y la tarea de velar por su cumplimiento y hacerlas efectivas está asignada en última instancia al Poder Judicial...Ni a título de excepción, ni aun cuando considerado aisladamente uno de tales excesos pudiera tenerse por eficaz para atemperar un mal o para producir un beneficio, están los jueces habilitados para cohonestar los excesos de poder *in legibus salus*”.

iii) Por cierto que las palabras de tan eximio jurista argentino merecerían un más amplio desarrollo. Lo cierto es que ellas quedan como un modelo de ética republicana para la posteridad. Desgraciadamente, no fueron oídas ni por los distintos gobiernos ni en muchos casos por los jueces que, precisamente, cohonestaron la acción estatal hasta en lo que manifiestamente era antijurídico.

iv) Sin perjuicio de lo expuesto, resulta prudente señalar que más allá del valor de las palabras inmarcesibles del Dr. Soler, la Corte, al resolver el caso, tuvo en cuenta la situación social y, al mismo tiempo, que el régimen instituido salvaba en cierto modo tanto la posición de los propietarios de las salas cinematográficas como la de los mismos espectadores. Es decir, la solución, más allá de reconocerse la emergencia sectorial, discurrió por el estudio de la normativa que, mediante la

ponderación de los intereses en juego, amparaba, a juicio del tribunal, los derechos de las partes involucradas. Diríamos, en otros términos, que se aplicó el principio de proporcionalidad⁹⁶.

9) El poder de policía de las provincias

Como ya se ha dicho y lo repetimos, como una breve introducción a este punto a tratar, el poder de policía es la potestad jurídica en cuya virtud el Estado, con el fin de asegurar la libertad, la convivencia armónica, la seguridad, el orden público, la moralidad la salud y el bienestar general de los habitantes, impone, por medio de la ley y de conformidad con los principios constitucionales, limitaciones razonables al ejercicio de los derechos individuales, a los que no pueden alterar ni menos destruir; y si bien incumbe al órgano legislativo la apreciación y la valoración de los fines y la elección de los medios, corresponde en definitiva al poder judicial decidir si las limitaciones encuadran o no en el marco de la Constitución, salvaguardando de esa manera la libertad del hombre⁹⁷.

El poder de policía comporta, por consiguiente, la limitación por interés del individuo por razones de convivencia, de seguridad y de bienestar general. “La policía pública –dice Frenad, en su clásica obra sobre la materia- implica la superioridad del interés social sobre el interés individual. La más elevada concepción del Estado repudia, sin embargo, la subordinación incuestionable del individuo a la sociedad e insiste en la preservación de la libertad individual como un factor esencial en la civilización, y que conduciría finalmente a un más perfecto beneficio social, aunque pueda producir temporarias perturbaciones o demoras en la consecución de lo que es considerado como bien público. Esta concepción del Estado ha sido adoptada por nuestra Constitución (como agregado podríamos decir también por la ley suprema argentina), y la idea de un bienestar público logrado a costa de la supresión de la libertad y del derecho individual es por consiguiente, inadmisible en nuestro sistema de gobierno”.⁹⁸

⁹⁶ COVIELLO, Pedro J.J., El control judicial de la emergencia, en Summa de Derecho Administrativo, Juan Carlos Cassagne, Director, La Ley 2013, ps. 2510-2511.

⁹⁷ LINARES QUINTANA, Segundo V., El poder de policía de las provincias, en Summa de Derecho Administrativo, Juan Carlos Cassagne, Director, La Ley 2013, ps. 2559.

⁹⁸ FREUND, Ernst, “The Police Power”, Chicago, 1904, pto. 16.

La limitación de los derechos individuales comportada por el poder de policía no surge como una imposición arbitraria o absolutista del Estado, sino que, por el contrario, responde a una imperiosa necesidad derivada de la convivencia social. Como dijera la Corte Suprema, sentenciando en el caso Juan Caraccia, en ag. 2/229: “La reglamentación que restringe aparentemente el derecho de algunos para garantizar el de todos, no puede considerarse en principio como agravante de la Constitución, pues esto importaría negar los altos fines que los constituyentes se propusieron al ordenarla, decretarla y establecerla”⁹⁹.

Si bien la Constitución argentina –como la generalidad de las leyes fundamentales del mundo- no consagra expresamente el poder de policía, éste surge, claro e inequívocamente, de un sistema de disposiciones que afirman su existencia, definen su concepto y delimitan su órbita frente a los derechos constitucionales del individuo.

Así, el preámbulo de la Constitución especifica como finalidades supremas del estado argentino: constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad. Conforme al artículo 14 de la ley suprema todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. Por el artículo 28: los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. El artículo 75, inciso 18, atribuye 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, al 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 ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo. Finalmente el inciso 32 de este último artículo determina como atribución legislativa hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los concedidos por la presente Constitución al gobierno de la Nación Argentina.

El poder de policía se manifiesta como una potestad jurídica inherente a toda sociedad política que posea gobierno propio; por lo que dentro de un estado como el argentino, organizado de acuerdo con la forma federal, aquella facultad corresponde tanto al gobierno nacional como a los gobiernos provinciales y a los municipios; por lo cuanto es finalidad primordial del Estado nacional, provincial y municipal, cada uno dentro de su órbita jurisdiccional, amparar la vida, la propiedad, la seguridad, la

⁹⁹ Fallos: 155, 185.

moralidad y la salud de los habitantes. Dentro del sistema institucional argentino, las provincias, que –como especifica el artículo 121 de la Constitución Nacional- “conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal”, se han reservado, entre otros, el poder de policía; el que únicamente puede ser ejercido por el gobierno nacional en el territorio de las provincias en los casos en que le ha sido expresamente delegado o sea una consecuencia necesaria de otras facultades que le han sido delegadas.

Más aún, se trata de un poder esencialmente local, ya que, -como observa González- “está principalmente concedido a los Estados, y sólo por excepción al estado federal, porque siendo nuestro gobierno de poderes enumerados, sea expresa o implícitamente, los poderes generales se entienden reservados a las provincias, mientras que los poderes especiales deben constar en el instrumento público que forma la Constitución de un país”¹⁰⁰.

Tales principios han sido consagrados por una reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corte Suprema, a partir del primer caso en que le correspondía fallar sobre el tema –in re Empresa “Plaza de Toros”-, y en cuya oportunidad estableció que “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 entre los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos, y que, por consiguiente, puede dictar leyes y reglamentos con estos fines”.¹⁰¹

En el fallo Manuel Francioni y otros, el mismo alto tribunal decidió que, “las facultades policiales de las provincias, para defender el orden, la tranquilidad o la moral pública, no pueden ser puestas en duda, como inherentes a la autonomía que se han reservado”¹⁰². Al sentenciar el caso Manuel González Maseda, la Corte dijo que “como norma general, dentro del régimen federativo de nuestro sistema institucional, semejante al de Estados Unidos de América, el poder de policía corresponde a las provincias o Estados, y la Nación los ejerce dentro del territorio de las mismas, sólo cuando expresamente le han sido conferidos o son una forzosa consecuencia de otras facultades constitucionales”. En el sistema constitucional americano, el poder para establecer la ordinaria regulación de policía ha sido dejado a los Estados particulares, y no les puede ser sustraído en todo o en parte para su ejercicio por el Congreso. Ni tampoco puede el gobierno nacional, por medio de cualquiera de sus departamentos o funcionarios, asumir una supervisión o contralor de la regulación policial de los Estados. Todo lo que la autoridad federal puede hacer es observar que los Estados, encubriéndose con ese poder, no invadan las esfera de la soberanía nacional, impidiendo u

¹⁰⁰ GONZALEZ, Joaquín V., “Obras Completas”, Buenos Aires, 1934, tº 5, p. 114

¹⁰¹ CSJN, Fallos 7:152

¹⁰² CSJN, Fallos 110:391

obstruyendo el ejercicio de toda autoridad conferida por la Constitución a la Nación, o priven a cualquier ciudadano de los derechos garantidos por la Constitución federal”.¹⁰³ El mismo concepto, certificado por abundante y precisa jurisprudencia, expresan Watson (“On the Constitution”, tº 1, ps. 599 y es.) y Tiedeman (“State and Federal control”, tº 1, ps. 1 y ss.) y lo repite Black (“Constitutional law”, ps. 370 y ss.). Que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia argentinas concuerdan con la interpretación norteamericana: la policía y las funciones que desempeñan son de carácter local, conforme al principio de que el gobierno nacional creado por la Constitución, es un gobierno de poderes limitados por la delegación que menciona el artículo 121, y nunca se entendió que correspondiese a la Nación intervenir en la vida propia de las provincias por la debida regulación del orden, salud, bienestar, etc., salvo los casos extraordinarios de los artículos 5 y 6 y la jurisprudencia superior de la Corte en los casos del artículo 14, ley 48 (véase Alberdi, “Elementos de derecho público provincial argentino”, capítulo VI; Estrada, “Curso de derecho constitucional”, tº 3, págs. 30 y ss.; González, “Manual de la Constitución”, 3 parte, capítulo III, número 670; BAS, “Derecho público provincial”, ps. 6973; y “Derecho Federal Argentino”, tº 2, pág. 326; Gallo, “El Decreto sobre las guías y las autonomías provinciales”, pág. 9 y 11; Bielsa, “Derecho administrativo”, tº 1, págs. 114 y ss.). Conforme a esa doctrina, las provincias argentinas por leyes y decretos han reglamentado las funciones policiales y entre ellas la de acordar o denegar permisos para ejercitar el derecho de reunión, sin que de las decisiones tomadas por las autoridades locales sobre ese particular se haya pretendido recurrir directamente a los jueces federales; y, por fin, esta Corte ha resuelto, como lo recuerdan los fallos de primera y segunda instancia, que es de carácter local la facultad referente a los poderes de policía.¹⁰⁴ El carácter local no se define por el nombre ni por la composición del poder en ese caso, sino por los fines, alcance y límites de su función”.¹⁰⁵

En Viñedos y Bodegas Arizu SA c/ Provincia de Mendoza, la Corte Suprema dijo que “así como debe interpretarse que el gobierno federal tiene solamente aquellos poderes que le han sido expresa o implícitamente concedidos por la Constitución, debe, en cambio, considerarse a las legislaturas de Estado en posesión de todos los poderes no expresa o implícitamente sustraídos a ellas por la Constitución federal o por las respectivas constituciones provinciales, puesto que han conservado todo el poder no delegado a la Nación (art. 104, hoy 121). Que este poder de policía de los Estados sólo es un residuo, sin embargo, en presencia de facultades exclusivamente delegadas al gobierno de la Nación. Se ha dicho ya que en la atribución conferida a ésta de dictar los códigos comunes es de aquella naturaleza exclusiva; por consiguiente, el Congreso, al ejercitarla, no sólo puede dictar disposiciones de carácter policial relativas a las materias contenidas en el derecho privado, sino

¹⁰³ COOLEY, “Constitutional limitation”, tº 2, pag. 1232.

¹⁰⁴ CSJN, Fallos 7:150; 29:456; 30:400; 110:391; 113:203.

¹⁰⁵ JA, tº 29, pág. 28.

también impedir que las provincias usen de las propias para alterar o modificar el contenido de las leyes sustantivas...Que no obstante constituir este poder de policía uno de los más comprensivos e indeterminados que las provincias han retenido para sí, reconoce entre otras la limitación derivada de las consideraciones anteriores, esto es, la de que no puede invadir en su ejercicio el campo en que se mueve cualquiera de las facultades exclusivas conferidas o delegadas al gobierno de la nación”.¹⁰⁶

Ha establecido asimismo el mencionado tribunal, en el caso de David U. T. Padrós, que “sin perjuicio de las atribuciones que, salvando el campo de la legislación común y el debido respeto de las garantías individuales, incumbe a las provincias las materias de regulación y policía del comercio y de la producción locales (arts. 121 y ss., Const. Nac.; Fallos: 178:398; 182:170; 185:22 y otros), el Congreso puede legislar sobre los aspectos de las actividades interiores de las provincias susceptibles de menoscabar u obstruir el comercio interprovincial y exterior, o perturbar el bienestar general en el orden nacional, en ejercicio de la facultad que le asiste para reglar aquéllas y fomentar éste, y en la medida que a tales fines fuese necesario¹⁰⁷ (Const. Nac., art. 75, inc. 18 y 30).

La Suprema Corte de Mendoza en el caso anotado ha debido ocuparse de materia tan importante: en un bien fundamentado fallo arriba a la acertada conclusión de que las provincias conservan la facultad de regular la industrialización de los productos en sus territorios respectivos, de acuerdo con la norma consagrada por el artículo 121 de la ley suprema, nacional; y que, por consiguiente, dicha provincia ha podido establecer normas encaminadas a asegurar la genuinidad de los vinos elaboradas en su territorio, imponiendo penalidades a los infractores.

Corresponde destacar la exactitud de las razones expuestas por el juez del precitado tribunal mendocino, Dr. Rafael A. Leiva, quien en su voto expresa que el bienestar general “se promueve por diversos medios, siendo uno de ellos el llamado poder de policía, consistente en regular lo conveniente al buen orden social. Aquel se aplica en parte a resguardar la buena fe, dando estabilidad a todo procedimiento de honrada fabricación. Por lo común, el consumidor está inhabilitado para distinguir la calidad de los artículos por él adquiridos, debiendo asegurarse mediante un control del Estado, sea en el momento de producirlos (fabricación) o en el instante de expendellos (comercio). Estas medidas de vigilancia procuran la higiene y salubridad general. Esta facultad es local por esencia, apareciendo su ejercicio como un deber primario del gobierno de la Provincia. Los poderes corresponden al pueblo, quien lo ha distribuido entre las diferentes ramas del gobierno, otorgando al gobierno central los concernientes al pueblo de todo el país, y el resto han

¹⁰⁶ JA, tº 31, p. 883

¹⁰⁷ CSJN, Fallos 201: 888

quedado reservados al gobierno local”. Doctrina inobjetable en cuanto constituye la correcta interpretación del sistema institucional estatuido por la Constitución Nacional en punto a la distribución de los poderes entre el gobierno federal y los gobierno provinciales.

10) Limitación al ejercicio del poder de policía

La intromisión en el derecho de propiedad de los depositantes en entidades financieras, a partir de diciembre del 2011 con el denominado “corralito” y las críticas a la falta de seguridad jurídica llevo a la Corte a dar un giro en el caso “Smith”¹⁰⁸. La Corte tuvo que analizar las consecuencias del congelamiento de la totalidad de los depósitos en las entidades financieras y la conversión de los depósitos realizados en moneda extranjera a moneda de curso legal, es decir, no solo la imposibilidad de utilizar las imposiciones sino el propugnar un determinado valor de cambio, totalmente alejado del precio a valores de mercado.

La crisis económica que sufriera la argentina, que la coloco en la situación de default, tanto externa como internamente, indujo al legislativo y al ejecutivo a dictar una serie de normas que tuvieron como consecuencia la restricción y alteración de los derechos individuales en materia económica. En un determinado lapso temporal no se pudo usar ni disponer de la propiedad, por encontrarse en el circuito financiero.

Si se hubiera seguido con la línea jurisprudencial establecida en el caso “Peralta”, ninguna duda nos cabe que esa normativa hubiera podido ser convalidada, atento a la autorestricción para aceptar a la vía excepcional del amparo como una vía apta y por el concepto amplio¹⁰⁹. Sin embargo, más de doscientas mil causas se iniciaron en los tribunales federales. La comunidad se refugió en la justicia y exigió el examen de constitucionalidad de las normas involucradas. La presunción de constitucionalidad no podía ser argumentada¹¹⁰.

¹⁰⁸ “Banco de Galicia y buenos Aires s/solicita intervención urgente en ‘Smith, Carlos A c/PEN s/sumarísimo”, 1/2/2002, fallos 325:28.

¹⁰⁹ “Peralta, fallos 313:1513; disidencia de los jueces Belluscio, Boggiano y Maqueda en “Provincia de San Luis”, fallos 326:417, y caso “Bustos”, del 26/10/2004, ED 210-67.

¹¹⁰ ABERASTURY, Pedro, La Justicia Administrativa, LexisNexis 2006, p. 101.

La reacción no se hizo esperar desde los jueces de primera instancia y de los de segunda instancia que dispusieron la inconstitucionalidad de las normas discutidas¹¹¹.

En este estado de situación, la Corte dictó sentencia el 1/2/2002 en el caso “Smith” siguiendo el razonamiento con los siguientes argumentos:

- a) Las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del estado para adoptar decisiones como, asimismo, el ejercicio de las facultades privativas de los órganos de gobierno quedan, en principio, excluidos de la revisión judicial.
- b) El límite a esta falta de control se encuentra en el examen de razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos y se constata que se ha procedido en forma irrazonable, es decir, con iniquidad manifiesta.
- c) La existencia de una crisis económica considerada como de emergencia, no permite cuestionar el acierto o conveniencia de la implementación de medidas paliativas por parte del Estado pero ello no obsta al control de la razonabilidad de todos y de cada uno de los medios instrumentales específicos que se establezcan para conjurar los efectos de la vicisitud.

Posteriormente, la Corte en el caso “Bustos”¹¹² se autolimita y no realiza el control de razonabilidad aduciendo que:

- d) Las situaciones de emergencia justifican una interpretación más amplia de las facultades atribuidas constitucionalmente al legislador.
- e) La complejidad fáctica impone a los jueces una extrema prudencia para llegar a una resolución por medio de la acción de amparo, por falta de probanzas adecuadas.
- f) No puede encontrarse sometido a un control de mérito u oportunidad y los jueces no se encuentran autorizados sobre la base del control de legalidad, a sustituir a la administración en la elección de sus criterios.

Conforme con la evolución de la noción de policía, hemos afirmado que el principio de autolimitación y de autopresunción de la constitucionalidad de las leyes ha sido desarrollado por la Corte como fundamento de la argumentación que tiende a no intervenir en el análisis de las normas involucradas. En el párrafo a) se enuncia este concepto pero sentado como principio general y admitiendo, conforme se lo expresara, el ejercicio del control en casos determinados.

¹¹¹ “Defensor del pueblo de la Nación c/EN-PEN-decretos 1570/01 y 1506/01 s/amparo ley 16.986 s/inconstitucionalidad decreto 1316/02”, 13/9/2002, causa 29225/02.

¹¹² “Bustos”, 26/10/2004, ED 210-67.

La Corte realiza el examen de razonabilidad de la normas, tal como se expresara en el párrafo b) conforme con las siguientes pautas: la restricción debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, ratificando, entonces, que los medios empleados por el legislador y/o el ejecutivo se encuentra sometidos al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales¹¹³. Si bien estos principios son reiterados en el caso “Bustos”, fácticamente considera que no se encuentra probada tal mutación y se asienta el principio de que la emergencia, como tal, no autoriza su revisión por parte de los jueces¹¹⁴.

La existencia de una situación de crisis, de emergencia, no admite sin más el cercenamiento del derecho involucrado, tal cual se expusiera en el párrafo c), y el examen de los medios empleados se efectúa una vez aplicadas las pautas de razonabilidad. Aun en el caso de una situación de emergencia, se debe realizar el control a pesar de que si bien es cierto que acontecimientos extraordinarios habilitan remedios extraordinarios, los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite; éste es el examen de su razonabilidad con la consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares. En la medida en que se desconozca el derecho de las personas a disponer libremente y en su totalidad de su patrimonio existirá una carencia de razonabilidad de la facultad normativa desarrollada.

Este principio, se considera esencial en el análisis del caso “Smith”, en cuanto factor distintivo del caso “Peralta”. El holding del fallo al respecto, se centra en que a mayor situación de peligro para la sociedad, mayor es la autolimitación de los jueces en el control de razonabilidad pues el mayor atentado a la seguridad jurídica lo produce la situación de emergencia y su no reversión en el tiempo. Mientras que, en el caso “Smith”, se establece el principio contrario, esto es que el principio de autolimitación no se encuentra de manera alguna condicionado por la situación de emergencia sino por el hecho de la prudente intervención de los jueces en la revisión de los criterios de oportunidad en el ejercicio de las prerrogativas que le son propias a los restantes del Estado. En el caso “Bustos”, se retorna al concepto de “Peralta” en cuanto que se justifica una interpretación más alta de las facultades atribuidas al legislador.

En el considerando 13 del caso “Smith” se expresa que “ni el legislador ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, ya que, en ese caso, el principio de no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Ley Suprema”. Esta privación torna en desproporcionado el medio elegido por el

¹¹³ Fallos 243:467; 323:1566.

¹¹⁴ ABERASTURY, Pedro, La Justicia Administrativa, LexisNexis 2006, p. 103.

legislador pues significa la privación de un derecho reconocido constitucionalmente; así, en el considerando 15 se sostuvo que traspuso límite que señala el artículo 28 de la Constitución Nacional y el Estado no puede preterir su inexcusable rol como gestor del bien común¹¹⁵.

11) Emergencia Económica.

Desde los orígenes del Estado de Derecho el orden constitucional fue concebido como una creación racional del pueblo soberano destinada a regular las posibles manifestaciones de poder. A pesar de ello, ciertas situaciones –en general imprevistas- no pudieron ser encuadradas en el esquema tradicional de sometimiento al orden jurídico.

Desde esta perspectiva, se han denominado situaciones de emergencia (lenguaje utilizado en el derecho anglosajón) o estados de excepción (terminología de origen germano) a aquellas circunstancias extremas en donde la necesidad de preservar el Estado y el sistema constitucional pueden forzar a un gobierno a actuar aún fuera de los límites del orden legal.

El carácter extremo de la emergencia y la necesidad que la restricción tenga efectos generales se han visto ratificados por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso “Lawless” al definir a la emergencia pública que amenaza la vida de la Nación como una situación de peligro o crisis excepcional e inminente que afecta al público en general, y no sólo a algunos grupos en particular, y que constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad de que el Estado en cuestión está compuesto.

Se trata en consecuencia de un estado que excede al de mera urgencia que debe, necesariamente, poner en peligro el orden social, la vida del Estado o la comunidad organizada¹¹⁶. En otras palabras, debe tratarse de un verdadero estado de necesidad que hace a la supervivencia institucional de la Nación o de la sociedad como tal.

La guerra, en la esfera internacional, así como en las revoluciones, guerras civiles, o golpes de estado en el orden interno, han sido supuesto típicos a partir de los cuales el concepto de emergencia se ha desarrollado en el derecho constitucional y la teoría política.

¹¹⁵ ABERASTURY, Pedro, La Justicia Administrativa, LexisNexis 2006, p. 104.

¹¹⁶ GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., “Las Emergencias en la Constitución Nacional”, Revista de Derecho, 164-871.

Si bien el impacto producido por estas situaciones extremas en un régimen democrático no ha resultado uniforme, ellas se han caracterizado –en todos los casos- por una inusual concentración de poder en el gobierno y una severa limitación a los derechos y garantías individuales.

En esas condiciones y ante el riesgo que ello implica, en un Estado de Derecho, particular preocupación, ha provocado la invocación del estado de emergencia y las limitaciones a los derechos individuales fundadas en esa razón en circunstancias de paz y normalidad institucional. Situaciones fácticas tan diversas como atentados, huelgas o desequilibrio económico han servido para invocar la existencia de emergencia y la restricción de derechos económicos y sociales consagrados no sólo en el plano interno sino también internacional.¹¹⁷

Como bien se ha señalado, la principal preocupación que la emergencia produce desde el prisma constitucional radica en establecer: i) quién se encuentra facultado para determinar su presencia; ii) cuál es el procedimiento apto para declararla; iii) qué medidas deben ser implementadas; y iv) cuáles son los controles o límites que deben establecerse en cada caso.

De las respuestas a otorgarse frente a estos interrogantes dependerá, en numerosas ocasiones, la fortaleza de un sistema democrático y, en definitiva, la existencia o inexistencia de un verdadero Estado de Derecho¹¹⁸.

12) La emergencia en el derecho Argentino

I. La emergencia en el texto constitucional.

Como bien señala Jiménez de Aréchaga, el Estado de Derecho no debe prevenir únicamente las situaciones de normalidad sino de trazar, asimismo, normas o indicios aun en aquellos supuestos de mayor dramatismo en los cuales los hechos o las coyunturas políticas amenazan poner en peligro la estabilidad del sistema constitucional. Un Estado de Derecho prudente y previsor debe, en consecuencia, normar la anormalidad, es decir, sentar reglas que permitan afrontar debidamente las situaciones de excepcionalidad¹¹⁹.

¹¹⁷ TAWIL, Guido Santiago, “Estudios de Derecho Administrativo”, Lexis Nexis, Buenos Aires 2012, págs. 763-764.

¹¹⁸ ALTERINI, Atilio A., “Lesión al Crédito y responsabilidad del Estado”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pag. 8

¹¹⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, “La Constitución Nacional”, tº 5, pág. 69, citado por GARCÍA BELSUNCE, Horacio, “Las emergencias en la Constitución Nacional”, cit., pág. 872.

La emergencia no debe resultar, en consecuencia, una situación aconstitucional sino regida por las propias reglas explícita o implícitamente previstas en nuestra ley suprema. Desde esta óptica, nuestra Corte Suprema ha considerado tradicionalmente siguiendo lo expuesto por el más alto tribunal norteamericano que la emergencia no crea el poder ni tampoco aumenta o disminuye la extensión acordada a una facultad; sólo da causa al ejercicio de los que expresa o implícitamente se hayan acordado en el instrumento constitucional¹²⁰.

Moldeada sobre la constitución norteamericana de 1787, nuestra ley suprema previó como única institución típica del derecho de emergencia el estado de sitio, el que se refirió expresamente en su artículo 23.

Como es bien sabido, las limitaciones impuestas al poder en nuestra Constitución –visible tanto en las declaraciones, derecho y garantías que fundadas en el Bill of Rights norteamericano y la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa recepcionó nuestra ley suprema en sus artículos 1° al 33 así como en los mecanismos formales de control esbozados en la segunda parte de nuestra Constitución –no resultaron herramientas siempre eficaces para combatir la tendencia hegemónica de algunos gobernantes o asegurar las condiciones necesarias para alcanzarlos nobles objetivos fijados por nuestros constituyentes.

Fundándose en la práctica estatal y su consentimiento jurisprudencial, la reforma constitucional de 1994 reconoció expresamente un nuevo instrumento formal relacionado con la emergencia: los decretos de necesidad y urgencia.

Si bien tal reconocimiento significó una ampliación de las facultades del Poder Ejecutivo en el texto constitucional –minando el sustento de aquellas críticas fundadas en la atribución de competencias de nuestra ley suprema¹²¹- ella significó, en la práctica, una restricción a las facultades que el Poder Ejecutivo ejercía, al limitar las materias respecto a las cuales había ejercido en los últimos años semejantes atribuciones (confr. Art. 99, párr. 3°, CN).

II. La emergencia económica y su invocación en la Argentina.

Si bien el carácter súbito y grave de la necesidad que las medidas de emergencia intentan reparar llevó en sus orígenes a que fuera frente a acontecimientos bélicos o a sus consecuencias donde aquellas se invocaran con mayor frecuencia, la compleja situación política y económica modificó posteriormente esa tendencia.

¹²⁰ TAWIL, Guido Santiago, “Estudios de Derecho Administrativo”, Lexis Nexis, Buenos Aires 2012, págs. 769-770.

¹²¹ GARCÍA BELSUNCE, Horacio, “Las emergencias en la Constitución Nacional”, cit. Pág. 876.

De ese modo, y tal como había ocurrido con algunas disposiciones dictadas para conjurar la crisis del 90, numerosos gobiernos argentinos –tanto de facto como de iure- sancionaron un gran número de normas materialmente legislativas tendientes a superar circunstancias de especial gravedad, no necesariamente relacionadas a situaciones bélicas o imprevisibles.

Esas normas fueron calificadas como de emergencia en tanto por su intermedio se suspendía-limitaba de algún modo, en forma transitoria, el ejercicio de los derechos o garantías, contempladas en nuestra Constitución.

La expansión de los poderes del gobierno en tiempos de crisis, constituyó, sin embargo, una novedad propia de nuestro país. Basta advertir al respecto la existencia de algunos antecedentes en el derecho norteamericano ya durante la Guerra Civil, aunque relacionados con los poderes del Presidente como comandante en jefe de las fuerzas armadas. O recordar –ya en el plano económico- que el alto tribunal norteamericano admitió en los llamados *legal tender cases* del año 1870 la posibilidad de emitir moneda a pesar de la restricción impuesta en el art. 10, sección 8, cláusula 5 de la Constitución, negando expresamente así que semejante medida afectara los derechos contractuales de los tenedores de títulos públicos¹²².

Si bien la invocación de la emergencia en el ámbito económico gozó de justificación expresa algunas décadas después en los votos emitidos por el justice Holmes al admitir la validez de la leyes que –tal y como ocurrió en nuestro país con la ley 11.157- controlaban los precios en materia de locaciones¹²³ fue, sin embargo, durante el New Deal cuando las medidas de emergencia y los pronunciamientos al respecto a ellas alcanzaron su plenitud.

Cabe recordar al respecto que aún cuando el alto tribunal norteamericano negó –con la disidencia del justice Brandeis- la validez de algunas medidas adoptadas tras la Gran Depresión¹²⁴, la Corte admitió –por cinco votos contra cuatro- en un célebre fallo emitido durante el año 1934 la validez de la moratoria de las obligaciones hipotecarias dispuesta por la legislatura del Estado de Minnesota¹²⁵. Invocado frecuentemente por nuestra jurisprudencia desde el dictamen del Procurador General Larreta en *Avico c/ de la Pesa* al fallo del alto tribunal en *“Videla Cuello”*, no fue éste, por supuesto, el último pronunciamiento relevante en la materia.

¹²² TAWIL, Guido Santiago, “Estudios de Derecho Administrativo”, Lexis Nexis, Buenos Aires 2012, págs. 771-773.

¹²³ “Block & Hirah”, 256 US 135, 156, 157 (1971).

¹²⁴ “New State Ice Co. vs. Liebman”, 285 US 262 (1932).

¹²⁵ “Home Building & Loan Association vs. Blaisdell et al”, 290 US 298 (1932).

Numerosas fueron, también, las disposiciones emitidas en nuestro país bajo invocación de circunstancias de crisis excepcionales, habiéndose recurrido así con frecuencia a términos tales como emergencias locativas, sociales, sanitarias, alimentarias, eléctricas y hasta morales.

En ocasiones –tal y como aconteció en el supuesto de la ley 3184 que prorrogó en 1894 las obligaciones civiles y comerciales de los habitantes de las provincias de San Juan y La Rioja por ciento ochenta días- la emergencia se vio limitada a determinados sectores geográficos. En otras, por el contrario, afectó en forma particular a algunas relaciones jurídicas en todo el ámbito de la república.

Lo cierto es que la proliferación de normas de emergencia fue especialmente amplia en nuestro país tras la crisis de 1890. En este aspecto no puede olvidarse las fuertes repercusiones que tuvo –no sólo en Estados Unidos- la grave situación económica producida tras el crack de 1929, tal como lo demuestra la sanción de la leyes 11.741, 12.310 y 12.544 de moratoria hipotecaria; 11.689 y 11.703 de suspensión de ejecuciones en situación de subasta; 11.157 en materia de locaciones urbanas, que extendió los plazos contractuales y suspendió los lanzamientos; 12.771 que incidió en el precio de los arrendamientos rurales; del decreto 1580/1943 que redujo los alquileres y numerosas otras normas que incidieron en este ámbito.

No pueden dejar de mencionarse en esta enumeración de normas de emergencia a la ley 12.591 de precios máximos –fundada en razones de necesidad derivadas de la segunda guerra mundial y estrechamente emparentada a la Emergency Price Control Act norteamericana- o las leyes 12.847, 12.911, 12.926, 12.998, 14.438, 14.556, 14.775 y 16.931 mediante las cuales se disponen la paralización de determinados juicios y al suspensión –por tiempo determinado- de la ejecución de ciertas sentencias judiciales.

13) La emergencia estatal – Análisis en profundidad de los fallos “Peralta”, “Guida”, “Smith”, “Provincia de San Luis”, “Bustos” y “Massa”.

Hasta ahora se expuso la emergencia socioeconómica, que afectaba a la propia sociedad, pero que, aunque indirectamente, no se extendía al propio Estado. Ahora se pasará a exponer la que afectaba al Estado, y se verá que, en definitiva, los paradigmas antes mencionados se harán extensivos a ésta para darle el barniz de constitucionalidad.

a) **El caso “Peralta”** (Fallos 313:1513, 1990)

Se ha constituido en los últimos años en el modelo para justificar cualquier disposición de emergencia o para dar razón del dictado de los denominados “decretos de necesidad y urgencia”. La sentencia comprende tres aspectos: la posibilidad de verificar a través de la acción de amparo la constitucionalidad de una norma (que, conforme a la jurisprudencia de la Corte anterior, dicha sentencia no era posible) que la admitió; la competencia constitucional del Poder Ejecutivo para dictar decretos de necesidad y urgencia, que también admitió; y, finalmente, determinar si en el caso se daba la emergencia que había llevado a adoptar las medidas adoptadas a través del decreto 36/1990. Ellas consistían en que se dispuso restituir a los ahorristas sus depósitos financieros en bonos externos, serie 1989. Merece destacarse que luego de la reforma constitucional de 1994 se receptó en el artículo 43 la habilitación para cuestionar la constitucionalidad de las normas mediante el amparo, y que en el artículo 99, inciso 3° se confirmó la potestad al Poder Ejecutivo de dictar decretos de necesidad y urgencia¹²⁶.

i) En cuanto al tratamiento de la emergencia, básicamente tuvo como apoyo jurisprudencial tanto “Avico” como “Russo”, de modo que cabe remitirse a lo ya tratado. Pero respecto del primero sí tiene diferencias en cuanto al modo de evaluarse en el caso la emergencia. Al respecto se puede citar una frase que puede servir en apoyo a lo dicho: en el considerando 24, que en realidad se refiere a los decretos de necesidad y urgencia pero que tiene estrecha vinculación con la emergencia, expresa el alto tribunal que es “público y notorio” que “ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquél decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos de los arbitrados”.

Esta cita del fallo no deja de llamar la atención, puesto que en realidad no está estudiando la razonabilidad de los medios empleados, sino que directamente arriba a esa meritución de lo que se hizo. Suena un tanto extremo que un tribunal diga que no puedan ser concebibles otros medios para solucionar un problema de política económica como el que se vivía.

ii) Me parece acertada la opinión de Bianchi, quién en su oportunidad, en un comentario al fallo, señaló que pese a su esmerada y extensa argumentación, tiene pasajes de fuerte dogmatismo, deteniéndose más en los fines y no en la posibilidad de indagar si no hubo en los medios elegidos

¹²⁶ COVIELLO, Pedro J.J., El control judicial de la emergencia, en Summa de Derecho Administrativo, Juan Carlos Cassagne, Director, La Ley 2013, ps. 2513-2514.

un exceso de poder, puesto que, dijo, “sólo así el control de razonabilidad funciona como una garantía efectiva”¹²⁷.

b) El caso “Guida” (Fallos 323:1566, 2000). La reducción de los salarios de los empleados públicos

Por el decreto de necesidad y urgencia 290/1995, invocándose la crisis financiera de los mercados internacionales, ocurrida hacia el fin del año 1994 (el decreto es del 27/2/1995), se dispuso la reducción porcentual de las retribuciones de determinados agentes, de acuerdo con los montos que percibieran mensualmente. Lo interesante del caso es que en la práctica se redujeron los salarios de los agentes de la Administración central y no los de los otros poderes –Legislativo y Judicial-, y, asimismo tampoco abarcó a toda la Administración. El otro dato es que todos los tribunales federales del país que intervinieron en las distintas acciones deducidas por los agentes afectados por la reducción habían declarado la inconstitucionalidad del decreto 290/1995. Sin embargo la Corte declaró la constitucionalidad del decreto¹²⁸.

i) Los distintos votos (jueces Nazareno, Moliné O’ Connor y López, y concurrentes individuales de los jueces Fayt, Boggiano, Bossert, Vázquez y Belluscio, y la disidencia parcial del juez Petracchi):

El primero partió de la base de que por la Ley de Presupuesto 24624 se había ratificado dicho decreto, con lo cual estaba cumplida la comprobación legislativa del decreto de necesidad y urgencia. Por lo demás, la doctrina que se invocó, tanto en este voto como en el resto, fue la tradicional en materia de emergencia, como, igualmente, se invocó la doctrina reiterada de la Corte en torno al ius variandi de la relación de empleo público.

ii) El voto del juez Belluscio, en cambio, ciñó sus argumentos en torno a la variabilidad de la relación de empleo público, sustentada en las prerrogativas estatales propias de los contratos administrativos.

Por su lado, el juez Petracchi, fiel a su idea de que mientras no se reglamentara por ley el régimen de los decretos de necesidad y urgencia (como lo hizo la ley 26122, del año 2007) el Poder Ejecutivo carecía de competencia para dictarlos, basó la constitucionalidad del decreto sólo a partir de su ratificación por la Ley de Presupuesto 24624.

¹²⁷ BIANCHI, “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, La Ley 1991-C-141.

¹²⁸ COVIELLO, Pedro J.J., El control judicial de la emergencia, en Summa de Derecho Administrativo, Juan Carlos Cassagne, Director, La Ley 2013, ps. 2514-2515.

iii) Más allá de las opiniones que pudiera merecer este pronunciamiento, lo cierto es que se observa que la Corte fue, a través de los votos que se pronunciaron por la validez de la emergencia, también dogmática, al tener por ciertos los argumentos del Ejecutivo. Y pese a que se buscó defender el argumento de que el decreto no afectaba el principio de la igualdad (art. 16 de la CN), lo cierto es que, como antes se dijo, sólo un sector de los empleados públicos sufrió la reducción salarial. Evidentemente, si hay emergencia del sector público, la situación por afectar las finanzas estatales, debe ser soportada por todos en forma proporcional. Fue aquí contradictoria la Corte con lo que dijo poco después en el caso “Risolia de Ocampo”.

c) El denominado “corralito” y los vaivenes de la Corte: los casos “Smith” (fallos 325:28, 2002), “Provincia de San Luis” (326:417, 2003), “Bustos” (fallos 327:4495) y “Massa” (fallos 329:5913, 2006).

Estos caso se embarcan, en torno a la particular situación de emergencia que en nuestro país se designó “corralito”, por la que, inicialmente, se había dispuesto por el decreto de necesidad y urgencia 1570/2001 la indisponibilidad por un breve lapso de los depósitos en dólares y la restricción a la extracción de los fondos en efectivo depositados en cuentas bancarias¹²⁹.

En cierto modo lo que se pretendía, aparte de la emergencia, era que la economía se moviera a través del sistema bancario, evitándose que todo se hiciera mediante dinero en efectivo. Por cierto que no puede escapar que en ese año, por desprolijidades en el manejo de la economía del país, miles y miles de millones de dólares depositados en cuentas bancarias de nuestro país habían sido retirados y transferidos a cuentas en otros países. El colmo en cuanto a ese problema, fatal en la economía de cualquier país, es que pese a ser públicamente conocida y reconocida por el gobierno de turno, nada se hizo, para tomar, oportunamente, las medidas de emergencia para evitarla, como cualquier país ordenado en sus finanzas lo habría hecho.

Ese problema fue reconocido por el propio Congreso, quien a través de la ley 25466 comprometió la palabra estatal de que los depósitos en moneda extranjera serían intangibles. Fue una forma de buscar generar la confianza en el público. Las entidades financieras del país, por su parte, siguieron prometiendo y percibiendo depósitos en moneda extranjera hasta el día anterior al “corralito”, mientras que por otra ventanilla en muchos casos en forma desesperada se retiraban los fondos invertidos. El panorama catastrófico provocó la caída del gobierno constitucional, y en un breve período, donde se sucedieron presidentes provisionales, se dictaron normas que, primero, dispusieron la emergencia, como la ley 25561, habilitando al Poder Ejecutivo para dictar

¹²⁹ COVIELLO, Pedro J.J., El control judicial de la emergencia, en Summa de Derecho Administrativo, Juan Carlos Cassagne, Director, La Ley 2013, ps. 2515-2518.

los reglamentos necesarios al efecto, hasta que, como si con ello no bastara, el propio Ejecutivo dictó, estando en sesiones el Congreso, el decreto de necesidad y urgencia 214/212, que, sin habilitación concreta de aquél poder estatal, varió la paridad cambiaria del dólar a un utópico \$ 1,40 por dólar, ajustado por un índice (denominado “CER”), mientras que en las casas de cambio y las propias entidades financieras vendían el dólar hasta casi cuatro pesos (\$ 4), en más de un caso, y según el momento que se vivía. Para aclarar: mientras que el gobierno establecía que a los ahorristas se le devolverían sus ahorros a un valor “oficial”, más un dos por ciento (2%) anual, la propia entidad financiera se los vendía a otro que lo triplicaba o cuadruplicaba.

Pocas veces en la historia argentina se vivió una situación así, puesto que los tribunales federales con competencia en lo contencioso administrativo se vieron en muy pocos días enfrentados con un aluvión de casi doscientos mil (200.000) juicios, la mayoría acciones de amparo, contra las medidas del gobierno.

La Corte, que en los dos primeros casos mostró una posición que pocas veces antes se había visto frente a la emergencia, puesto que declaró la inconstitucionalidad de las medidas tomadas, luego, en el caso “Bustos” produjo un giro de ciento ochenta grados (180°) al variar el criterio antes sostenido, con un voto sorprendente del juez Zaffaroni, quien se ve daba un giro equitativo a la variación jurisprudencial, atenuando los efectos del pronunciamiento, hasta, finalmente, en el caso “Massa”, aparece una solución que morigeró los efectos de dicho pronunciamiento y que más se aproxima a una decisión de naturaleza legislativa que a una sentencia.

1. Los casos “Smith” y “Provincia de San Luis”.

Se trataban ambos de acciones de amparo deducidas contra las medidas adoptadas a través de distintas normas, el decreto 1570/2001, la ley 25.461 (que declaró la emergencia hasta el 10/12/2003) y el decreto 71/2002, reglamentario de éste, aparte de otras normas.

En el primero –que, en una muestra de celeridad, la Corte falló dos meses después del dictado del decreto 1570/2001 –lo que estaba básicamente en juego era la indisponibilidad dispuesta respecto del retiro de los fondos depositados. Tanto en este como en el otro pronunciamiento no aparece una nueva doctrina sobre la emergencia; pero la Corte aquí insistió en la invocación de la doctrina de los derechos adquiridos, sobre todo a partir de lo dispuesto en la ley 25.466, cuyos efectos fueron afectados por las restricciones del decreto 1570/2001 y suspendidos por la ley 25.561.

Se entendió entonces que tales disposiciones perjudicaban derechos adquiridos de los ahorristas a través de la ley 25.466, y el derecho de propiedad, por ende, y, además, junto con

las modificaciones cambiarias, ya “no significa una simple limitación a la propiedad, sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento”.

La sentencia lleva el voto mayoritario de los jueces Nazareno, Moliné O’ Connor, López y Vázquez, y concurrente del juez Fayt.

En el segundo, dictado un año después que aquél, la Corte dio respuesta amparo deducido por la Provincia de San Luis, al quedar afectados sus fondos públicos por las medidas del gobierno nacional. En esta sentencia aparecía tratada la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 214/2012. También aquí poco se puede decir acerca de si hubo o no novedad en torno a la doctrina en la materia; la Corte siguió las líneas fijadas en “Smith”, pero puso la incidencia en la confianza que se había generado con el dictado de la ley 25.466. Ello aparece en los votos de los jueces Moliné O’ Connor y López, y concurrentes individuales de los jueces Nazareno, Fayt y Vázquez. En el voto del juez Fayt, por ejemplo, luce la siguiente frase, que es elocuente: “El orden jurídico de la Nación debe proteger la confianza suscitada por el comportamiento de otro porque la confianza resulta una condición fundamental para la vida colectiva y la paz social”.

Distinto fue el voto de los jueces Boggiano, Maqueda y Belluscio, que giró en torno a la improcedencia de la acción de amparo para resolver cuestiones como las planteadas, que sólo podían tramitar por la vía de un juicio ordinario.

2. Los casos “Bustos” y “Massa”.

El primero, dictado el 26/10/2004, significó como se dijo, el giro de la doctrina de la Corte fijada en aquellos pronunciamientos. Con la renuncia de parte de los jueces, se conformó la mayoría favorable a la asignación de validez de las medidas antes declaradas inconstitucionales. De tal modo, los votos de los jueces Maqueda y Belluscio, y concurrentes individuales de la juez Highton de Nolasco, Zaffaroni y Boggiano (en disidencia de juez Fayt), buscaron, a través de distintas articulaciones argumentales, dar razón jurídica a lo actuado, en algunos casos con ironía, como ocurrió con el voto de los jueces Maqueda y Belluscio —en el que se pretendía que era una ilusión de parte de los ahorristas pretender que cuando , pagando el cambio de moneda en pesos, estuvieran realizando un depósito en dólares a plazo fijo en las entidades financieras—. De tal modo se varió drásticamente, en el lapso de un año y siete meses, lo dicho por la Corte en su anterior composición y el criterio uniforme de todos los tribunales de inferior instancia del país, que habían sostenido todo lo contrario.

La variante, como se antes se dijo, la dio el voto del juez Zaffaroni, que en la práctica neutralizó los efectos de la sentencia, puesto que, aunque sostuvo la validez de lo actuado, postuló —por

razones que si bien no estuvieron explicitadas, más se aproximaban a una solución equitativa- que los efectos de la devaluación sólo alcanzarían a los depósitos superiores a los ciento cuarenta mil (\$140.000), de manera que los inferiores a esa suma percibirían sus depósitos en pesos al valor equivalente en el mercado de cambios, mientras que los que los superaran serían de acuerdo con el valor fijado por el gobierno. Dado que la mayoría de los depósitos era inferior a esos valores, los tribunales ordenaron la devolución de los depósitos al valor de plaza de la moneda estadounidense vigente el día de la entrega.

Entonces cabe preguntarse qué había pasado ya que no había mayoría en los votos y el acuerdo sobre la validez del valor oficial de cambio sólo correspondía a los montos superiores a ciento cuarenta mil (\$140.000), más no a los inferiores a éste.

La sentencia “Massa” buscó dar solución al caso. El pronunciamiento es de rara estirpe, porque si bien se lo ve, es más bien una solución política más que jurídica. En efecto, en torno a la idea de la “paz social” que era necesario alcanzar, los jueces hicieron manifestación expresa de la solución “consensuada” a la que arribaron en la búsqueda de ese objetivo. Votaron la sentencia los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni, y concurrentemente y en forma individual, los jueces Fayt, Lorenzetti y Argibay. Los dos primeros, y en cierto sentido el juez Lorenzetti, se alinearon en la misma directriz de “Bustos”; en cambio, el juez Fayt mantuvo su posición fijada en votos anteriores, y la jueza Argibay produjo un voto sorprendente por su realismo, que, en definitiva, apuntaba a la inconstitucionalidad de lo actuado¹³⁰.

Por ende visualizamos que era necesario el consenso, puesto que de cinco jueces, tres harían mayoría para sostener la constitucionalidad, mientras que dos no (en ese entonces era necesaria la mayoría de cinco jueces para formar sentencia). El consenso, para formar sentencia, fue que, en aras del objetivo señalado, los jueces estuvieron de acuerdo en que la restitución se haría al valor de uno cuarenta (\$1,40) por dólar, actualizado por el CER, más un interés máximo del cuatro por ciento (4%; las normas vigentes establecían un interés del 2%), no pudiendo la suma que se restituyera superar el valor del dólar vigente en el mercado el día del pago. Es decir, con el nuevo ajuste los ahorristas obtendrían la restitución al valor vigente al día de la entrega. El interés máximo del cuatro por ciento (4%) previsto superaba ampliamente el valor vigente del cambio; mas ese “techo” fue puesto para prever eventuales modificaciones en la paridad cambiaria.

¹³⁰ COVIELLO, Pedro J., “El voto de la jueza Carmen M. Argibay en la causa ‘Massa’”, comentario en ED Supl. Derecho Administrativo del 30/04/2007.

Cabría preguntarse y analizar si este pronunciamiento, que formalmente podría considerarse una sentencia, es en sustancia tal especie, puesto que busca la solución a través de un argumento no jurídico.

14) Relación entre emergencia y orden público

El ejercicio del poder de policía ha sido vinculado al ejercicio de las prerrogativas ejercidas por el legislador en aquellos casos en los que se consideraron de emergencia para alterar contratos ya celebrados, o sea contratos existentes¹³¹, tales como las normas referidas a locaciones urbanas, préstamos hipotecarios, precios máximos, intervención en determinada industria, caso de las carnes o en aquellos casos de deudas del Estado, difiriendo su cobro o suspendiendo la tramitación de los juicios contra éste.

La emergencia, la encontramos como una noción política que el legislador reserva para aquellas situaciones que considera de crisis, y pretende solucionar a través del dictado de una normativa que va a restringir por su propia decisión, los derechos de los particulares.

En este sentido se ha expresado Guibourg, al manifestar que “Emergencia es, ante todo, una palabra de la política, a la que ella provee de un pretexto adicional para hacer de las normas que ella misma crea una red en la que pueden caer los peces, pero jamás el pescador”¹³².

Así nos encontramos en la denominada emergencia con una nota distintiva y similar a la referida al orden público. En efecto, anteriormente nadie podía invocar derechos adquiridos contra una norma de esta naturaleza o, dicho de otra forma, aquel que invocara un derecho que se encontrara contrapuesto con una normativa que se encontraba elevada a un rango superior por ostentar la característica de orden público no tendría éxito en hacerlo prevalecer.

En la emergencia nos encontramos con el mismo principio con una diferencia: antes de la emergencia el derecho invocado sea viable, pero con posterioridad, por efectos de la crisis que se intenta revertir, se producía una mutación jerárquica y prevalecía la norma de emergencia sobre el derecho anterior, aunque se tratara de un derecho adquirido. Es decir, mientras la distinta normativa referida al orden público había sido tratada por el legislador como una forma de adecuar las

¹³¹ MARIENHOFF, Miguel, Tratado de derecho administrativo, t. IV, pág. 670.

¹³² GUIBOURG, Ricardo A., “Emergencia económica y Teoría del derecho”, Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley, agosto 2003.

regulaciones del individuo y la sociedad, a través de un juicio de valor, donde ciertos principios debían prevalecer para asegurar el bienestar general, la emergencia se constituye en una norma que prevalece a fin de asegurar la tranquilidad de los individuos frente a una crisis determinada. Mientras que la primera pueda ser permanente, lo esencial de la emergencia es que es transitoria¹³³.

La noción de emergencia se ha desarrollado en nuestro país de tal manera que ha llevado a nuestros gobernantes a intentar gobernar por sobre los derechos de los ciudadanos pues se ha interpretado como permisiva la convalidación de ordenamientos de este tipo, realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a lo largo de estos años, más precisamente a partir de 1922 y muy especialmente en el caso “Peralta”, con algunas excepciones, tal lo que sucediera en los casos “Mango” y en el caso “Smith”¹³⁴.

15) Condiciones para el ejercicio de poderes de emergencia

En lo tocante al tema mencionado en el título precedente, cabe mencionar que se trata del ejercicio de una actividad reglamentaria realizada sobre la base del ejercicio del poder de policía cuyo fundamento radica en la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto¹³⁵.

La intervención se realiza a través de la limitación de los derechos constitucionalmente reconocidos, teniendo en cuenta que la sociedad puede imponerla con fines de conveniencia social y seguridad común.

Siendo el bienestar y prosperidad general, precisamente, uno de los primordiales objetivos de todo estatuto constitucional y particularmente del nuestro según reza con toda claridad el Preámbulo, su fundamentación se extrae de la facultad establecida en el artículo 75, inciso 32, por el cual el Congreso se encuentra investido de la facultad de hacer todas las leyes y reglamentos que sean

¹³³ BARRAGUIRRE, Jorge, “Derecho y emergencia”, en la Emergencia económica, Revista de Derecho Público, 2002-1-17.

¹³⁴ Corte sup.B.32.XXXVIII, “Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención urgente en ‘Smith, Carlos A c/PEN s/sumarísimo’”, 1/2/2002, fallos 325:28, voto de la mayoría considerando octavo.

¹³⁵ fallos 136:161; 313:1513 y 317:1462.

convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la constitución al gobierno de la nación argentina.

A su vez, se basa en la no existencia de derechos absolutos, ya que el artículo 14 establece que todos los habitantes de la Nación gozaran de los derechos que en el mismo se enumeran conforme con las leyes que reglamenten su ejercicio.

El límite a su ejercicio lo encontramos en el artículo 28 de la Constitución Nacional, que expresa que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio”. En efecto, el control de razonabilidad se ha conceptualizado como la adecuación de causa y grado en las restricciones impuestas y los motivos de excepción¹³⁶ y la emergencia solo puede ser valorada por el legislador como medio que restringe los derechos de los particulares en miras al interés general- y solo puede invocarse en el caso de una situación de carácter imprevisible que puede generar un grave problema social y que requiere que se tomen las medidas en forma rápida y por un lapso determinado y breve de tiempo, siempre y cuando la restricción sea razonable y no produzca privación del derecho.

16) Distinciones entre emergencia y poder de policía de emergencia

En este punto resulta necesario pasar a hablar de las distinciones entre la emergencia y el poder de policía de emergencia. Así, podemos señalar que el procurador general, en el caso “Avico”, mencionó los requisitos que debe reunir una ley, con ciertas particularidades, para que su sanción esté justificada; es necesario entonces:

- Que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad.
- Que la ley tenga como finalidad legítima proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos.
- Que sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias.
- Que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria.

¹³⁶CSJN, “Zamorano”, fallos 298:443.

De lo que se trata entonces es de diferenciar el ejercicio del poder de policía y el ejercicio de este poder ante una situación de emergencia: así se considera que en ambos casos se reglamenta el derecho, pero que se trata de una cuestión de grados: en la emergencia la restricción del ejercicio del derecho se torna mucho más extrema que en condiciones de normalidad.

En el considerando 12 del caso “Smith”, la Corte expresó que “en tal sentido, cabe recordar que esta Corte ha establecido que la facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran un justo paliativo”¹³⁷

El ejercicio del poder de policía en la emergencia debe ser realizado con la estricta finalidad de superar la crisis planteada por lo que el control de razonabilidad, conceptualizado como una justa apreciación del medio concreto elegido por la Administración como paliativo de la crisis declarada como de emergencia y el fin propuesto, si bien no autoriza la sustitución de las facultades del legislador, en cuanto a los criterios de oportunidad, autoriza al ejercicio de dicho control a efectos de discernir si se han traspasado los límites que señala el artículo 28 de la Constitución Nacional¹³⁸.

Sin embargo en el caso “Bustos” se presenta el complejo normativo instrumentado como razonable, por no estar directamente destinado al cumplimiento de obligaciones con el exterior, y en la medida en que “el importe que se devuelva tenga el mismo o mayor poder adquisitivo que tenía el depósito originario, ya que ello no causa perjuicio alguno al acreedor”.

Entonces, emergencia y poder de policía configuran dos tipos de normas que reglamentan, condicionando a la voluntad, conductas permitidas restringiendo el derecho de los particulares. La distinción entre una y otra es el grado de afectación del derecho y su temporalidad: en la emergencia se lo altera, prácticamente en su esencia y por un plazo limitado, mientras que en el poder de policía la restricción no afecta los requisitos esenciales del derecho afectado.

17) El principio de proporcionalidad como presupuesto de control

Así las cosas, debemos destacar, en primer lugar, que el concepto de proporcionalidad no se refiere al examen de conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de

¹³⁷CSJN, fallos 316:1551; 318:1531 y sus citas y 1749.

¹³⁸ ABERASTURY, Pedro, La Justicia Administrativa, Lexis Nexis 2006, p. 113-114.

sus atribuciones¹³⁹, sino a los medios elegidos en consonancia con sus fines, para determinar la admisibilidad de restricción de los derechos individuales afectados¹⁴⁰.

El examen de proporcionalidad es aplicable tanto a los actos administrativos dictados en ejercicio de sus facultades discrecionales¹⁴¹, como también al examen de constitucionalidad de las leyes.

En el derecho alemán, el principio de proporcionalidad comprende los mandatos de: a) adecuación, b) exigencia o necesidad, y c) proporcionalidad en sentido estricto, que a su vez se ramifican sectorialmente en la obligación de considerar las cláusulas dispensatorias para supuestos excepcionales¹⁴².

En nada se opone el principio de proporcionalidad del derecho alemán al concepto de razonabilidad explicitado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. La diferencia radica en cuanto a la manera de explicitar el mencionado concepto: en la conceptualización de nuestro superior tribunal, el criterio se encuentra realizado no en forma concreta sino de manera abstracta y con contenidos laxos, lo cual es coherente con dos aspectos: 1º) tomamos una noción de razonabilidad que proviene del derecho anglosajón, en cuanto razonabilidad se relaciona con arbitrariedad pero sin términos concretos que permitan predecir la conducta más allá de que no es justa, 2º) nos es más conveniente esta noción al momento de examinar los excesos de los actos gubernamentales para no intervenir cuando se trata de justificar los mismos¹⁴³, autolimitando la revisión.

Como hemos expresado, tradicionalmente los antecedentes jurisprudenciales se han mantenido constantes en cuanto a no entrar a analizar la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines que el legislador se ha propuesto, por cuanto es ajeno a la competencia de la Corte Suprema, estableciendo que el concepto de oportunidad es una cuestión propia del legislador y a veces se la confunde con la denominada zona de reserva¹⁴⁴.

Lo que siempre la Corte reconocerá, aún en aquellos precedentes que permiten justificar procedimientos de confiscación o transferencia de la propiedad entre diversos sectores de la comunidad, tal el caso “Peralta” o “Bustos”, es que a ella le corresponde pronunciarse únicamente

¹³⁹ SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 349.

¹⁴⁰ “Bignone, Reynaldo Benito A.”, 1º/1º984, Fallos 306:655; “Timerman, Jacobo”, 1º/1º978, Fallos 300:816.

¹⁴¹ Conf. art. 7º, inc. f), ley 19.549, en cuanto dispone que “las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”.

¹⁴² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, INAP, Marcial Pons, Madrid, 2003, ps. 349-350.

¹⁴³ BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, t. II, 2º ed., Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 426.

¹⁴⁴ LUGONES, Narciso J., *Recurso extraordinario*, 2º ed., LexisNexis, 2002, Buenos Aires, p. 58.

acerca de la razonabilidad de la norma atacada, entendida como proporción entre medio y fin. Cuando esta relación se encuentra incumplida puede decirse, aunque no necesariamente, que la norma o su aplicación al caso es arbitraria.

Lo que diferencia nuestro concepto de razonabilidad con el principio de proporcionalidad alemán es que este último se encuentra en un nivel mayor de concretización, por los parámetros que deben tenerse en cuenta al efectuar el análisis sistemático del acto en crisis, y el efecto que ella produce, al tenerle que aplicar los cánones establecidos para llegar al resultado del análisis. El juez debe exteriorizar el análisis de la razonabilidad de la norma dando una mayor explicación, en cuanto argumentos, para considerar su ajuste o desajuste con el orden jurídico. Ya no se tratará de dogmatizar la decisión, expresando que la solución dada por el legislador es razonable, como lo encontramos en múltiples fallos en nuestro país, sino que será necesario la explicitación de una argumentación con mayor sustentación.

Así, el término *adecuación* se refiere a la aptitud del medio utilizado para obtener el fin requerido; el término *exigencia* o *necesidad* condiciona la flexibilidad del análisis pues prevé la consideración de utilizar el medio más benigno para el fin propuesto o, lo que es lo mismo, ocasionar la menor cantidad de prejuicios al particular para obtener el fin deseado: en nuestro derecho esta limitación es solamente de índole temporal y el término *proporcionalidad en sentido estricto*, que es el desarrollado por nuestra Corte Suprema se refiere a razonabilidad del medio con relación al fin. Si se hubieran aplicado estos preceptos interpretativos a nuestra normativa de emergencia, vigente desde 1990, no hubiera podido sobrevivir el examen no sólo en aspecto temporal sino en cuanto se ha valido de ella para modificar otros tópicos totalmente ajenos a la emergencia.

En consecuencia, el control judicial de razonabilidad faculta a realizar un análisis sobre la legalidad de la actuación del legislador y la aplicación que, en su caso, realiza la Administración al caso específico. Así, se ha sostenido que, precisamente en la razonabilidad con que se ejercen tales facultades se encuentra el principio que otorga validez a los actos de la Administración¹⁴⁵.

18) La razonabilidad en las restricciones reglamentarias.

¹⁴⁵ Fallos 305:1489 y 306:126.

Seguidamente se examinará si las pautas aplicables para el referido control son las mismas que pueden aplicarse cuando el legislador se basa en la emergencia para reglamentar y restringir los derechos constitucionales.

Podemos tomar como ejemplo la restricción al derecho de acceso a la justicia, donde se ha impedido, a través de suspensiones transitorias, la sustanciación de juicios contra el Estado y entre particulares. Tal el caso de las normas que suspendieron los remates judiciales o ejecuciones hipotecarias, siendo su finalidad tratar de superar determinadas crisis, caratulados de emergencia, a través de la restricción del derecho a la defensa en juicio, en pro del interés general o bienestar de la comunidad. Recientemente, a manera de ejemplo, se suspendieron las ejecuciones que tengan por objeto a la vivienda única, conforme con la ley 25.737, por el término de noventa días, o la ley 25.563, que suspendió por el plazo de ciento ochenta días las ejecuciones judiciales y extrajudiciales y los pedidos de quiebra, la ley 25.344 que suspendió transitoriamente las acciones contra el Estado nacional, la ley 21.299, de suspensión transitoria de los juicios y sus incidentes promovidos en razón de los diferendos entre el Estado y las empresas privadas incluidas en el dec. 223/1976, como también la ley 20.519 que suspendió la iniciación y los trámites en los juicios de desalojo y los plazos para desahucio de toda las locaciones urbanas, cualquiera sea su destino.

No se trata de una situación novedosa en la legislación de nuestro país, pues ya fueron materia de análisis en los precedentes “Russo” y “Nadur”, ya citados, donde la Corte convalidó este tipo de normas.

Lo que interesa, a los fines de su análisis, es si este tipo de actividad reglamentaria puede ser válidamente ejercida por el Legislativo, implicando ello la restricción del ejercicio de *imperium* del juez a otro poder del Estado y todo ello a la luz de la reforma constitucional de 1994 o, con otras palabras, si la tutela judicial efectiva como derecho de acceso a la justicia puede ser enervada por el legislador, en base a razones de emergencia, cuando ejercita su poder reglamentario.

A partir del caso “Sofía”, la Corte Suprema expresó que el control de razonabilidad de la decisión por la cual se declara el estado de sitio abarca la apreciación de circunstancias concretas a partir de la proporcionalidad entre el acto restrictivo y los fines perseguidos con la declaración de aquel estado¹⁴⁶.

Las reglas de interpretación, en este especial tipo de casos, es proceder con cautela, ponderando los antecedentes y las consecuencias del acto, por lo que el control judicial sobre la constitucionalidad de las medidas restrictivas presupone el control previo de constitucionalidad

¹⁴⁶ Caso “Antonio Sofía”, Fallos 243:504; también “Urteaga”, Fallos 304:1098; “Granada, Jorge Horacio v, Rodríguez, Horacio Daniel”, del 1º/1/85, Fallos 307:2284, 2320.

acerca de la existencia de la emergencia en sí misma y de las medidas tomadas en virtud de la aplicación de dicho instituto. Es necesaria la ponderación fáctica de la situación como único método para realizar un control efectivo de la proporcionalidad, como quedó explicitado en el caso “Zamorano”¹⁴⁷ y en el art. 4º de la ley 23.098, de *Habeas Corpus*.

Al disponer la suspensión de un trámite judicial, la iniciación de acciones judiciales, el desconocimiento de la cosa juzgada judicial o detener *sine die* a una persona por la situación de emergencia, derivada de un estado de conmoción interior, no sólo se viola el derecho de propiedad sino también el derecho a la defensa en juicio. Por ello, corresponde al Poder Judicial el rol de custodio de lo realizado por los otros poderes, y en tal sentido, cualquier intrusión de otro poder del Estado que le prohíba ejercer su rol será inconstitucional al entrar en pugna con el art. 116, ya que los constituyentes, al prever los alcances de la división de poderes, han adoptado el sistema de pesos y contrapesos como base del principio republicano previsto en el art. 1º de la Constitución Nacional.

No se trata de analizar la emergencia en sí misma, como justificativo de la finalidad perseguida por el legislador, sino de interpretar cuál es el límite de este tipo de normas cuando se subvierte el orden constitucional estatuido, cuando se afecta el principio de la separación de poderes y cuando no se permite al juez directamente intervenir en el trámite de una causa. Si bien se reconoce que se trata de una suspensión transitoria, y éste es uno de los requisitos insoslayables en el dictado de una norma de esta naturaleza, esta suspensión temporal significa prohibir el acceso a la justicia cuando no existe una suspensión de los derechos constitucionales puestos en juego.

La opinión consultiva nro. 9 de la Corte Internacional de Derechos Humanos resolvió, por unanimidad, en el punto 2, que “También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c) previstos en el derecho interno de los Estados parte como idóneos para garantizar la plenitud de los derechos a que se refiere el art. 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos”.

Cabe mencionar que en el precedente “Ekmekdjian”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, incorporado a nuestra norma fundamental a través del art. 75, inc. 22, debía guiarse por la jurisprudencia (debió decir opiniones) de la Corte Interamericana, entre cuyos objetivos se encuentra la interpretación de la Convención Americana. Al respecto, cabe subrayar que en la Opinión Consultiva 5/1985, la Corte en el punto 66 expresó que “No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los

¹⁴⁷ Fallos 298:441.

conceptos de 'orden público' y 'bien común', ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver art. 29 a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención"¹⁴⁸.

Cabe colegir que el ejercicio del poder de policía por parte del Congreso de la Nación, en virtud de la emergencia, aun invocando el orden público, no puede llegar a prohibir, aunque sea temporalmente, el ejercicio de las facultades asignadas al Poder Judicial, ni restringir, permanentemente o temporalmente, su acceso, pues ello significaría subvertir el orden constitucional vigente, con serio agravio a la seguridad jurídica. Genera un mayor descreimiento del ciudadano por el avasallamiento realizado a los principios del sistema republicano y un peligro a la vigencia del Estado de derecho.

19) Conclusiones

Finalizando, cabe mencionar que se ha señalado, hace ya algunos años, que los juicios de valor que despierta la emergencia se encuentran íntimamente ligados a la eficacia que se atribuya a las constituciones, en tanto éstas –surgidas frecuentemente de situaciones respecto a las cuales la convulsión resulta ajena- deberían resultar hábiles para sortear tanto los períodos de paz y prosperidad, como los de confusión y crisis¹⁴⁹.

Sin perjuicio de ello, no cabe duda de que justificada o injustificadamente ha obtenido un espacio relevante en nuestro ordenamiento jurídico.

En lo que respecta a la emergencia, podemos decir que para la Corte la emergencia es un hecho cuyo ámbito temporal difiere según las circunstancias modales de época y sitio. Es decir, que se

¹⁴⁸ BIDART CAMPOS - CALOGERO PIZZOLO (h), *Derechos humanos, Corte Interamericana*, t. I, Jurídicas de Cuyo, Mendoza, p. 352.

¹⁴⁹ RISOLÍA, Marco A., "Soberanía y crisis del contrato", 2° ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1956, pág. 296.

trata de una situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico y social; con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria e indigencia; y origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin.

El concepto de emergencia es, entonces, según el criterio del Tribunal, un presupuesto fáctico y, consecuentemente, resulta difícil fijar sus límites en términos conceptuales abstractos y genéricos, más allá de los casos concretos y sus circunstancias.

La Corte sostiene que el test de constitucionalidad que debe cumplir cualquier ley de emergencia, es el siguiente: a) una situación de emergencia que imponga al estado la obligación de amparar los intereses vitales de la comunidad; b) la ley debe tener como finalidad legítima proteger los intereses generales de la sociedad, y no a determinados individuos o sectores; c) las medidas estatales deben ser razonables, y d) su duración debe ser temporal, y limitada por el plazo indispensable para que aparezcan las causas que hicieron necesaria la declaración de la emergencia¹⁵⁰.

En síntesis, el tribunal convalidó la constitucionalidad de las leyes de emergencia, siempre que, al menos, la situación esté definida por el poder legislativo, la norma persiga un fin público, y la emergencia que tenga efectos transitorios. Por último, las medidas restrictivas de los derechos deben revestir carácter razonable y proporcional, es decir, el estándar de adecuación de los medios con los fines perseguidos¹⁵¹.

En definitiva, el criterio de la Corte, es que ante situaciones de crisis económicas, sociales o políticas de gravedad y peligro para el país, el Estado puede aplicar un derecho excepcional, que comprende un conjunto de herramientas jurídicas excepcionales, con el objeto de asegurar la defensa de la comunidad¹⁵².

En otros términos, es posible sostener que la Corte estableció el criterio de que “en circunstancias excepcionales y transitorias, cuando hay urgencia en atender a la solución de problemas que afligen a la comunidad, cuadra el ejercicio del poder de policía del Estado, en forma más enérgica que la que admiten los períodos de sosiego y normalidad, pero ello siempre en el marco del Estado de Derecho. ¹⁵³Dijo la Corte que “la regla básica del poder de policía de emergencia es...la medida del interés público afectado...”¹⁵⁴. Sin embargo, los medios deben ser razonables y no suprimir en ningún

¹⁵⁰ CSJN, fallos 313:1513.

¹⁵¹ CSJN, fallos 243:470.

¹⁵² CSJN, fallos 246:237, cons. 6; CSJN, “Perón, Juan Domingo”, sent. del 21 de junio de 1957, fallos 238:76.

¹⁵³ CSJN, “Muñiz, Barretto c/ Destefanis s/ reajuste arrendamiento”, sent. 10/05/68.

¹⁵⁴ CSJN, fallos 171:348.

caso, los derechos de las personas, sin perjuicio de su suspensión temporal¹⁵⁵. Así, “el resguardo del bien común concreto e histórico confiado al Congreso no lo autoriza a destruir, pero si a suspender por tiempo razonable”¹⁵⁶.

Entonces, en el estado de emergencia, igual que en los períodos de normalidad, los fundamentos de las conductas estatales de restricción de derechos debe ser necesariamente el reconocimiento o goce de otros derechos. Además el Estado debe respetar obviamente el mandato constitucional, en particular los artículos 14, 19 y 28. Sin lugar a duda, el concepto básico es que el estado de emergencia está sujeto en el marco de un Estado Democrático de Derecho a los mismos principios que en épocas normales.

Entonces para finalizar, cabe plantearnos la pregunta, ya realizada, sobre la diferencia entre el poder de regulación y su alcance en períodos ordinarios o de emergencia: la respuesta es que el Estado puede, en períodos de emergencia, no sólo restringir sino suspender temporalmente el goce de los derechos de contenido económico.

¹⁵⁵ CSJN, fallos 307:326.

¹⁵⁶ CSJN, fallos 313:1638.