

Poder de policía y poder de policía en la emergencia

SUMARIO: LA EMERGENCIA, LA LEY DE CONSOLIDACIÓN DE DEUDAS DEL ESTADO Y LOS HONORARIOS PROFESIONALES. 1. EMERGENCIA. PAUTAS GENERALES. a) *La defensa del sistema*. b) *El art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional*. c) *La emergencia y el estado de necesidad*. 2. LA EMERGENCIA Y EL ESTADO DE SITIO. 3. LA EMERGENCIA Y LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA. 4. LA PRUEBA DE LA EMERGENCIA. 5. LA EMERGENCIA Y SU TRANSITORIEDAD. 6. LA EMERGENCIA Y LA RAZONABILIDAD. 7. LA EMERGENCIA Y EL LÍMITE DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. 8. LA EMERGENCIA Y LA REVISIÓN JUDICIAL. 9. LA EMERGENCIA DESDE UN PUNTO DE VISTA AXIOLÓGICO. PODER DE POLICÍA. SU CONCEPTO. PODER DE POLICÍA. CLASIFICACIÓN. PODER DE POLICÍA. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.

LA EMERGENCIA, LA LEY DE CONSOLIDACIÓN DE DEUDAS DEL ESTADO Y LOS HONORARIOS PROFESIONALES

1. EMERGENCIA. PAUTAS GENERALES

Recurrir a la emergencia no es una novedad en la Argentina; desde principios de siglo, el Estado hizo un amplio uso del llamado poder de policía¹.

¹ Conf. Osvaldo M. BEZZI y otros, *La ejecución de sentencias condenatorias al Estado y la emergencia económica*, LL 1993-B-997; Alberto BIANCHI, *La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica*, LL 1991-C-145; Sergio DUGO, «Invocación del estado de emergencia: sus consecuencias en la legislación», *Revista del Colegio Público de Abogados de Buenos Aires*, t. 52, n.º, 1 pp. 39 y 46; José L. LAZZARINI, *La emergencia en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, LL 1991-E-1467 y ss.; María C. ÁLVAREZ MAGLIANO, *De «Nordesthol» a «Soengas»*. *La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a la situación de emergencia*, DTLIA-1991, p. 399; el fallo «Nordesthol c/ Sub-

En efecto, decidió así la suspensión de la conversión del papel moneda en oro sellado, limitó la libertad de contratar mediante moratorias hipotecarias, prorrogó las locaciones urbanas, reprimió el agio y la especulación, dictó disposiciones sobre abastecimiento y emergencias agropecuarias, entre muchas otras.

También se recurrió a la emergencia para paralizar los juicios previsionales, para crear impuestos transitorios, para suspender la vigencia de las convenciones colectivas de trabajo.

Frente a esta amplitud y diversidad se ha dicho: «Sin lugar a dudas, una de las nociones más devaluadas y desgastadas entre nosotros es la de emergencia; la emergencia previsional. La emergencia social, sanitaria y alimentaria, la emergencia económica, etc. El uso recurrente de los estados emergenciales en tal o cual área ha generado una suerte de erosión conceptual, a punto tal de convertir a la emergencia en una de las principales categorías jurídicas indeterminadas de nuestro ordenamiento, en una idea en sí misma en crisis»². Como enseña SAGÜES: «Las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho de emergencia no han sido ni claras ni pacíficas. En rigor de verdad, todavía se discute cuáles son las fronteras de la emergencia y si está comprendida, de modo completo, por la Constitución; el análisis de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho de emergencia es muy grave y complejo. El jurista debe reconocer que detrás de esta problemática existe otra, propia de la filosofía política, en torno a la ética de la necesidad»³.

Por ello es que se ha dicho que «el tiempo, sólo el tiempo, dirá si este nuevo derecho excepcional se funda en el abuso o en la necesidad»⁴.

Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la emergencia abarca un «hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de época y sitios. Se trata de una situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico-social; con su carga de perturbación

terráneos de Buenos Aires», del 2/4/85, ED 113-301, con nota de BIDART CAMPOS; la sentencia recaída in re «Soengas», del 7/8/90; Alfredo M. VÍTOLO, *Eventual nulidad de las disposiciones impositivas de la ley de emergencia económica*, LL 1989-E-989; Benito NAZAR ANCHORENA, *Suspensión de acciones dispuestas por el decreto 2186/86, su inconstitucionalidad*, Doctrina Judicial 1987-I-769; Julio César CRIVELLI, *La emergencia económica permanente. Comentario al Derecho Argentino de la emergencia: ley 25344. Legislación y jurisprudencia*, Editorial Ábaco De Rodolfo Depalma, 2001.

² Carnotta WALTER, *Defensa constitucional o contrato social de constitucionalidad*, ED 141-369.

³ Néstor Pablo SAGÜES, *Derecho constitucional y derecho de emergencia*, LL 1990-D-1036.

⁴ C. GRECCO y G. MUÑOZ, citados por O. M. BEZZI y otros, *La ejecución de sentencias condenatorias al Estado y la emergencia económica*, LL 1993-B-997.

acumulada, en variable escasez, pobreza, penuria e indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que poner fin» (CSJN, «Fallos 173-65, in re «Peralta», del 27/10/90, cons. 43, LL 1991-C-158).

«La emergencia económica es, entonces, un hecho externo, temporalmente limitado, que afecta aspectos esenciales de la organización del Estado, creando una situación de peligro colectivo que autoriza la adopción de medidas que afectan garantías individuales»⁵.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido, desde hace muchos años, la posibilidad de que el Estado, en situación de emergencia económica, ejerza un poder de policía de cuya aplicación se siga una restricción de derechos constitucionales que no sería admisible en circunstancias ordinarias⁶.

En efecto, si bien la emergencia no crea el poder, depara la razón y, con ello, la ocasión para su ejercicio (Fallos 172-21, 243-464, y otros). Aunque la emergencia no crea un poder que nunca existió, ella puede proporcionar una razón para el ejercicio de poderes existentes y ya gozados (CSJN, «PERÓN JUAN D.», 21/6/75).

Esta jurisprudencia está tan enraizada en la práctica constitucional que la Corte Suprema ha dicho: «Hállase en juego, pues, una tradición hondamente arraigada y revestida de la autoridad institucional que es inherente a la jurisprudencia de esta Corte y que constituye un importante factor de seguridad y previsibilidad jurídicas» (CSJN, «Videla Cuello Marcelo, suc c/ Gobierno de la Rioja s/ daños y perjuicios», ED 142-119).

«En Argentina, bien puede reputarse que hay un derecho constitucional consuetudinario a la validez constitucional del derecho de emergencia, satisfechas ciertas condiciones: realidad de la emergencia, legitimidad intrínseca de la norma de emergencia, transitoriedad de ella»⁷.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fundado la validez constitucional de la emergencia en una serie de principios y disposiciones constitucionales tales son, entre otros:

a) *La defensa del sistema*

Cuando se configura una situación de grave perturbación económica, social o política que representa máximo peligro para el país, el Estado democrático tiene la potestad, y aun el imperioso deber, de po-

⁵ Ricardo LORENZETTI, *Los contratos ante la emergencia económica*, LL, Boletín del 5/7/93.

⁶ José L. AMADEO, *Emergencia y derechos adquiridos*, JA 1989-IV-969; Carlos E. COLAUTTI, *Los derechos patrimoniales durante la emergencia*, LL 1991-E-1359.

⁷ Néstor Pablo SAGÜES, *Derecho constitucional y derecho de emergencia*, LL 1990-D-1056.

ner en vigencia un derecho excepcional (Fallos 246-23, cons. 6); o sea, un conjunto de remedios extraordinarios (Fallos 238-76) destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución requiere⁸.

b) *El art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional*

El poder de policía económico no sólo atribuye al Estado la defensa de los intereses económicos, sino también su promoción: el Poder Legislativo debe, entonces, promover el bienestar general interviniendo en la economía con sentido decisivamente planificador (v. Fallos 237-38, 247-121, 269-393, 277-147).

Sin embargo, resulta propio distinguir una evolución en el concepto. En efecto, hasta la década de 1960, el Estado intervenía cuando se enfrentaban intereses particulares (locadores y locatarios, prestamistas y deudores), pero el 15 de diciembre de 1967, en Fallos 269-416, la Corte declaró constitucional la Ley que suspendió las ejecuciones contra la Caja del Estado por haberes jubilatorios no actualizados, enfrentando al particular contra el Estado.

Paradójicamente, hoy el Estado no interviene para defender una parte débil de la sociedad frente a otra que juzga poderosa (p. ej., para compensar la pobreza de los locatarios con la supuesta riqueza de los locadores), sino que es el propio Estado quien se autoconsidera débil frente a la sociedad⁹.

c) *La emergencia y el estado de necesidad*

Hay consenso en considerar al estado de emergencia como un tipo o especie del género estado de necesidad.

Se discute si la necesidad importa un fenómeno fáctico, extra o a-jurídico, incluso antijurídico, o si forma parte del mundo del Derecho.

A la primera posición parece adherirse el adagio romano: «*Necessitas not habet legem*»; para la segunda, en cambio: «*Necessitas jus constituit*», la necesidad genera derecho (el derecho de necesidad, «*jus necessitas*»), que, por supuesto, está captado por el mundo jurídico¹⁰.

⁸ CSJN, in re «Videla Cuello», con nota de BIDART CAMPOS, *Emergencia, honorarios profesionales y suspensión legal de su cobro*, ED 142-123.

⁹ Sergio DUGO, «Invocación del estado de emergencia: sus consecuencias en la legislación», *Revista del Colegio Público de Abogados de Buenos Aires*, t. 52, n.º 1 p. 54.

¹⁰ Néstor PABLO SAGÜES, *Derecho constitucional y derecho de emergencia*, LL 1990-D-1036; Rafael BIELSA, *El estado de necesidad en el derecho constitucional y administrativo* 2.ª ed.,

Sin embargo, resulta propio advertir que los recaudos de la llamada emergencia económica son menos exigentes que los del estado de necesidad; tal lo que ocurre con la imprevisibilidad. Las situaciones de emergencia no se gestan repentinamente; el problema de la vivienda, la falta de recursos del Estado para pagar beneficios previsionales, la inflación, entre otros, se elaboran y soportan en procesos dilatados; son justamente situaciones de largo arrastre y, en buena medida, es su misma prolongación la que origina la situación de emergencia de mayor trascendencia¹¹.

La regla de la constitucionalidad, sin embargo, sólo rige si aparecen satisfechas ciertas condiciones, pues cualquiera que sea la gravedad de la situación originaria de esas leyes, las garantías constitucionales, a diferencia de lo que acontece durante el estado de sitio, no se hallan suspendidas.

En efecto, la utilización de la policía no aleja, sino que acentúa el control de constitucionalidad¹².

Los requisitos genéricos son: la existencia de un peligro excepcional; que exista proporcionalidad, pues las medidas deben estar limitadas a las exigencias de la situación; la temporalidad, la no discriminación y la intangibilidad de ciertos derechos fundamentales¹³.

2. LA EMERGENCIA Y EL ESTADO DE SITIO

Del mismo modo que ante las emergencias políticas se puede declarar el estado de sitio, ante las emergencias económicas cabe establecer lícitamente restricciones en el campo económico. Esta similitud ha llevado a algunos autores a hablar de un «estado de sitio económico»¹⁴, y a otros a afirmar que el único medio de constitucionalizar las medidas

Depalma, Bs. As., 1957, p. 71; ambos autores se suman a la segunda posición, debiéndose aclarar que BIELSA no se refiere a la consolidación de deudas ni a medidas similares.

¹¹ Horacio GARCÍA BELSUNCE, *Las emergencias en la Constitución nacional*, Boletín ED 1/10/93.

¹² V. votos de los Dres. Orgaz, Oyhanarte y Aráoz de Lamadrid, in re «Russo c/ Delle Donne», Fallos 243-467; Miguel PADILLA, «Los estados de emergencia ante la Constitución», en *Rev. Jur. de Bs. As.*, 1988, t. III, p. 115, nota 15; Sergio DUGO, «Invocación del estado de emergencia: sus consecuencias en la legislación», *Revista del Colegio Público de Abogados de Buenos Aires*, t. 52, n.º 1 p. 46.

¹³ Susana FRAINDEENRAI, *La protección de los derechos económicos y sociales en situaciones de emergencia*, ED 146-748; Germán BIDART CAMPOS, *Estamos enfermos de emergencias*, ED 140-155.

¹⁴ Alberto BIANCHI, *La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica*, LL 1991-C-141; y *Control de constitucionalidad*, Abaco Bs. As., 1992, p. 453.

drásticas exigidas por la emergencia requiere la previa declaración del estado de sitio¹⁵.

3. LA EMERGENCIA Y LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

La facultad por parte del Poder Ejecutivo nacional de dictar decretos de necesidad y urgencia basados en razones de emergencia económica ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido fallo «Peralta Luis c/ Estado Nacional s/ Amparo», fallado el 27/10/90, a cuyos extensos fundamentos cabe remitirnos¹⁶.

4. LA PRUEBA DE LA EMERGENCIA

Ha dicho nuestro más Alto Tribunal que la veracidad del aserto no requiere prueba *stricto sensu*, bastando las exposiciones hechas en el debate parlamentario, los datos provenientes del Poder Ejecutivo y, fundamentalmente, los hechos de público conocimiento; así, por ejemplo, para tener por acreditada la crisis de la vivienda bastó decir que ella era de inmediata evidencia (conf. Fallos 172-21; 243-449).

«El estado de las cosas invocado por el legislador forma parte de la realidad vital del país que todos sus habitantes tienen ante sí y que integra la verdad jurídica objetiva, a cuya ponderación los jueces no pueden renunciar conscientemente»¹⁷.

5. LA EMERGENCIA Y SU TRANSITORIEDAD

«La temporalidad que caracteriza a la emergencia, como que resulta de las circunstancias mismas, no puede ser fijado de antemano en un número preciso de años o de meses. Todo lo que cabe afirmar razona-

¹⁵ Miguel A. EKMEKDJIAN, *El instituto de la emergencia y la delegación de poderes en las leyes de reforma del Estado y de emergencia económica*, LL 1990-A-1125.

¹⁶ Jorge BARBEGELATA, *Emergencia y consolidación de deudas del Estado*, LL 1992-B1288; Osvaldo M. BEZZI y otros, *La ejecución de sentencias condenatorias al Estado y la emergencia económica*, LL 1993-B-997; Mario BONFANTI, *Una sentencia avisada*, ED 145-249; Marcelo G. CARATTINI *Reflexiones sobre el caso Peralta*, ED 146-666; Alberto BIANCHI, *La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica*, LL 1991-C-141; Mario MICEL, *Depósitos a plazo fijo. Disponibles e indisponibles. Actos de autoridad: de la razonabilidad a la justificación*, LL 1991-C-900; Rodolfo R. SPISSO, *Ley de consolidación de deudas del Estado*, Depalma, Bs. As., pp. 89 y ss.; Germán BIDART CAMPOS, *Los plazos fijos ¿una confiscación?*.

¹⁷ CSJN, in re «Videla Cuello», con nota de BIDART CAMPOS, *Emergencia, honorarios profesionales y suspensión legal de su cobro*, ED 142-123.

blemente es que la emergencia dura todo el tiempo que duran las causas que la han originado» (conf. voto del Dr. ORGAZ en Fallos 243-449).

En los hechos, este criterio ha sido deformado y la razonabilidad, la transitoriedad y las demás limitaciones que deben rodear a las medidas de emergencia para que aprueben el texto constitucional vienen, las más de las veces, a quedar desvirtuadas¹⁸.

En opinión de numerosa doctrina nacional, el plazo de dieciséis años previsto para el pago de las deudas consolidadas por la Ley 23982 excede razonablemente pautas temporales y, consecuentemente, viola la finalidad tenida en miras por la Ley¹⁹. En tal sentido se ha dicho: «Empleando las propias pautas fijadas en el caso “Videla Cuello”, se puede sostener que un plazo tan desmesurado, como el establecido en las leyes de consolidación, genera absoluta incertidumbre en las posibilidades del efectivo cumplimiento, entrando en juego las contingencias de la vida humana cuyo alongamiento presupone a priori»²⁰.

Mas cabe advertir que la Corte Suprema de Justicia en ninguna de las sentencias en que ha resuelto sobre la Ley 23982, ha puesto en duda la razonabilidad constitucional del plazo de dieciséis años.

Sin perjuicio de lo cual, cabe apuntar que tal término fue una de las principales objeciones vertidas por el diputado de la oposición Ortíz Pellegrini durante el debate parlamentario de la Ley 23982: «Es necesario que la emergencia sea transitoria, y no es posible considerar en la Argentina de hoy que un lapso de 16 años es transitorio. Esto es legislar con permanencia, con estabilidad en el tiempo. Un período de 16 años no puede ser considerado transitorio en ninguna parte del mundo; es una generación, como decía Ortega y Gasset»²¹.

6. LA EMERGENCIA Y LA RAZONABILIDAD

La consolidación de pasivos parece una medida que guarda razonabilidad con la gravedad de la crisis económica del país al momento de la sanción de la Ley, aunque es exacto, como dice CASSAGNE refi-

¹⁸ Germán BIDART CAMPOS, *Las emergencias y la teoría del acto propio*, ED 152-257.

¹⁹ Roberto REPETTO, *La Constitución, la emergencia y las deudas del Estado*, ED 146-805; Jorge BARBEGELATA, *Emergencia y consolidación de deudas del Estado*, LL 1992-B-1288.

²⁰ Osvaldo M. BEZZI y otros, *La ejecución de sentencias condenatorias al Estado y la emergencia económica*, LL 1993-B-997; Rodolfo R. SPISSO, *Ley de consolidación de deudas del Estado*, Depalma, Bs. As., pp. 89 y ss.; José R. CHIRICO, en prólogo al libro de Juan Carlos FAIRSTEIN, *El incumplimiento de las sentencias y la responsabilidad del Estado*, Ley 23.982, Ed. Ad Hoc. Bs. As., 1991, p. 17.

²¹ Julio C. CRIVELLI, *Consolidación de pasivos del Estado*, Ed. Ábaco, Bs. As., 1992, p. 51.

riéndose a los decretos que paralizaron temporalmente los juicios contra el Estado, que lo verdaderamente razonable hubiera sido la consagración de un sistema, con base legal, por el cual el Estado establezca cómo pagará sus deudas en el futuro; ésta es la conducta legal y honesta que cabe esperar del Estado, pues todos sabemos que por ley se puede, de alguna manera, limitar los derechos individuales, respetando las garantías constitucionales²².

7. LA EMERGENCIA Y EL LÍMITE DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

La emergencia no crea potestades ajenas a la Constitución, pero sí permite ejercer con mayor hondura y vigor las que ésta contempla, llevándolas más allá de los límites que son propios de los tiempos de tranquilidad y sosiego²³.

Las leyes de emergencia reglamentan los derechos constitucionales del mismo modo que las leyes ordinarias, o sea, en función del art. 14 de la Constitución Nacional. En tal quehacer regulatorio la ley de emergencia no podrá frustrar un derecho constitucional, pero sí podría suspender su goce de modo razonable. La suspensión no importa desnaturalización del derecho constitucional regulado²⁴.

8. LA EMERGENCIA Y LA REVISIÓN JUDICIAL

Cabe preguntarnos, en términos genéricos, si es revisable la declaración de emergencia.

Cabría decir que del mismo modo que el juez no puede revisar la declaración del estado de sitio, aunque sí su aplicación a los casos particulares²⁵, tampoco puede negar la emergencia declarada por el legislador. O sea, así como el juez no tiene competencia para examinar todos los datos de la realidad que lo rodean y decidir luego si existe o no

²² Juan Carlos CASSAGNE, transcripción de su intervención en la mesa redonda del 9/4/91, *Revista del Colegio de Abogados de Bs. As.*, t. 51 n.º 1, mayo de 1991, pp. 38 y ss.

²³ Orgaz, Boffi Boggero, Oyhanarte y Aráoz de Lamadrid, in re «Nadsur, Amar c/ Borelli», JA 1959-III-459, con nota de Germán BIDART CAMPOS, *La actual legislación de emergencia en materia de locaciones*; el concepto se reiteró in re «Videla Cuello Marcelo, suc. C/ Gob. de La Rioja s/ daños y perjuicios», ED 142-123, con nota de BIDART CAMPOS, *Emergencia, honorarios profesionales y suspensión legal de su cobro*.

²⁴ Voto del Dr. Boffi Boggero, Fallos 200-450.

²⁵ Para la evolución jurisprudencial de la revisibilidad de los actos fundados en el estado de sitio, Alberto BIANCHI, *La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica*, LL 1991-C-167 y ss.

conmoción interior en grado suficiente para justificar el estado de sitio, pues una inevitable disparidad de criterios y juicios de valor llevaría al dictado de sentencias opuestas, con la consiguiente confusión y duda entre los particulares, tampoco puede controlar si se da o no la situación de crisis económica que justifique el dictado de una ley de emergencia²⁶.

En otros términos, el medio más apto para prevenir las arbitrariedades del Poder Legislativo o del Ejecutivo radicaría en acentuar las posibilidades de control del Poder Judicial sobre los actos y las medidas cumplidas con motivo del estado de sitio o la emergencia²⁷.

Sin embargo, en el *leading case*, del 15/5/59, «Russo Ángel y otra c/ Delle Donne», la Corte dijo que el control jurisdiccional puede referirse a cualquiera de los requisitos de los cuales depende la validez de las leyes de emergencia (Fallos 243-470), es decir, la situación de emergencia definida por el Congreso, la transitoriedad de la regulación y la razonabilidad del medio elegido. «Fuera de ello –se lee en el voto de los Dres. Oyhanarte y Aráoz de Lamadrid– cesa la competencia autorizada del control jurisdiccional. Si pretendieran fundar un pronunciamiento de inconstitucionalidad en razones ajenas a los cuatro requisitos antedichos, penetrarían en un terreno del que han sido excluidos por obvias razones vinculadas a la forma de Gobierno que la Constitución adopta».

Esta doctrina judicial se reiteró en el caso «Videla Cuello», antes citado, cuando la Corte afirmó: «Estos poderes, desde luego, no son ilimitados y han de ser utilizados siempre, dentro del marco del art. 28 de la Constitución nacional y bajo el control de jueces independientes, quienes, ante el riesgo menos teórico de extralimitación de los órganos políticos de gobierno, tienen que desempeñar su función de custodios de la libertad de las personas».

9. LA EMERGENCIA DESDE UN PUNTO DE VISTA AXIOLÓGICO

La emergencia es un accidente grave de la sociedad; pero es menos grave si se mantiene la referencia al Estado de Derecho y, con él, a la Constitución y a la democracia representativa²⁸, pues la fortaleza de un gobierno democrático reside no sólo en superar una situación de crisis,

²⁶ Miguel MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1965, n.º 70, p. 255.

²⁷ Miguel PADILLA, *Los estados de emergencia ante la Constitución*, en *Rev. Jur. de Bs. As.*, 1988, t. III, pp. 112 y ss.; Carlos I. SALVADORES DE ARZUAGA, *Apuntes sobre la emergencia y la suspensión de juicios contra el Estado*, JA 1991-II-901.

²⁸ Pedro J. FRÍAS, *Entre la emergencia y el Estado de derecho*, LL Actualidad, Boletín del 28/11/91.

sino en hacerlo sin una absoluta derogación del sistema constitucional²⁹.

PODER DE POLICÍA. SU CONCEPTO

El poder de policía entendido genéricamente –en su acepción más evolucionada– es «... la potestad jurídica en virtud de la cual el Estado, con el fin de asegurar la libertad, la convivencia armónica, la seguridad, la moralidad, la salud y el bienestar de la población, impone por medio de la ley limitaciones razonables al ejercicio de los derechos individuales, a los que no puede alterar» (conf. «Frías, Pedro y Otros», citado en el Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación n° 21/94, del 3/2/94, publicado *in extenso* en *Rev. Impuestos*, 1995, t.LIII A, pp. 308 y ss.) (Consid. XIII).

El concepto de poder de policía describe una facultad de esencia legislativa que implica la posibilidad de reglamentar, y por ende limitar, derechos, mientras que la «función de policía» importa la aplicación administrativa de esas regulaciones (conf. Dicts. 159:600 y 132/93 de la Procuración del Tesoro de la Nación) (Consid. XIII)³⁰.

Al BCRA incumbe –en su calidad de órgano titular del poder de policía en materia financiera– vigilar, mediante los dispositivos adecuados, el cumplimiento de las exigencias legales y reglamentarias en el desenvolvimiento de la actividad de las entidades financieras (29/11/91, «Mendoza, Osvaldo y Otro c/ BCRA»). Concepto coincidente con otros tribunales que sostienen que el BCRA tiene a su cargo el ejercicio del llamado poder de «policía bancario o financiero» y puede dictar normas reglamentarias cuya validez depende de su razonabilidad (Fallos 256:241, 256:366, 303:1776), poder de policía que comprende la facultad de fiscalizar y hacer cumplir las normas bancarias (C. N. Civil y Com. Fed., Sala II, 22/5/91, «Mizrahi, Isaac y otro c/ E.N. –BCRA», Doc. Jud. 1992-I p. 1195; Sala I, de esta Cámara, 29/11/91, «Mendoza Osvaldo y otro c/ BCRA»). (del voto en disidencia del Dr. Galli)³¹.

No es pacífico en nuestra doctrina el significado de «poder de policía».

²⁹ Gabriel NEGRETTO, *Emergencia y crisis constitucional en la Argentina*, ED, Boletín del 1/10/93.

³⁰ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, in re «Cámara de Industrias Frigoríficas Argentinas y Otros c/ E.N. –SENASA– s/ amparo», sentencia del 5/07/96.

³¹ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV: «Banco Caja de Ahorro S.A. c/ Sec. de Comercio e Inversiones –Disp. DNCI. 2641/96», sentencia del 10/02/00.

Considerado, en principio, como limitación a la libertad, puede decirse que entre los autores existe una imprecisión extraordinaria. Las definiciones revelan discordancias en la determinación en la naturaleza, su objeto y contenido³².

Para algunos hace referencia únicamente a la facultad de limitar, mediante una ley formal, el ejercicio de la libertad individual (arts. 14, 19 y 28 de la Constitución Nacional)³³.

GORDILLO, por su parte, sostuvo que debe suprimirse la noción de poder de policía ya que no es propio del Estado de Derecho. Manifestó que: «En lugar de establecer un principio general de coacción y poder estatal (poder de policía) al que luego se le buscarían restricciones en los derechos individuales ... lo correcto es ... sentar la premisa opuesta de que el principio general establecido son los derechos individuales a los que luego, en los casos concretos y por expresa determinación de la ley, se les encontraría restricciones y limitaciones en la eventual coacción estatal»³⁴.

Para BIANCHI, el poder de policía debe ser entendido como el poder genérico y ordenador que el Estado posee para hacer que los derechos constitucionales de los individuos sean ejercidos en forma armónica y compatible con los derechos de los demás. Por ello, el poder de policía no sólo tiene una fase visible, que sería la de la prohibición, sino una fase de protección de los derechos, que es su fundamento último³⁵.

Cabe tomar como punto de partida que el poder de policía representa una potestad del Estado por la cual el legislador reglamenta el ejercicio de derechos de forma tal de hacerlo compatible con el ejercicio de los derechos de los demás. En una visión más moderna del instituto puede decirse que el mismo no sólo tiene una faceta de prohibición con relación a quien ejerce un derecho, sino que como contracara de ello se ensanchan o protegen derechos de otros³⁶.

Esté potestad estatal puede ejercerse en tiempos de normalidad o en tiempos anormales; o sea, esta reglamentación del ejercicio de un derecho

³² Benjamín VILLEGAS BASAVILVASO, *Derecho Administrativo*, t. V, Tea, Bs. As., 1949, p. 11, .

³³ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4.º ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987, t. 4, p. 522; Juan F. LINARES, *Derecho Administrativo*, Astrea, Bs. As., 1986, pp. 421 y ss.; José R. DROMI, *Derecho Administrativo económico*, Astrea, Bs. As., 1979, t. 2, p. 289.

³⁴ Agustín GORDILLO, *Estudio de derecho administrativo*, 1963, p. 9-21.

³⁵ Alberto B. BIANCHI, «El estado de sitio económico», *Revista del Colegio de Abogados de Bs. As.*, t. 50, mayo 1990, pp. 13 y ss. Daniel Edgardo MALJAR, *Antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como límite*, Suplemento de Derecho Constitucional de ED 8-5-2002 y del 17-5-2002.

³⁶ Alberto B. BIANCHI, *Marco constitucional del poder de policía de emergencia en materia económica*, en la obra colectiva *Comentarios a la ley 23.696 de reforma administrativa*, Bs. As., 1989, pp. 13 y ss.

puede efectuarse en épocas de gravedad institucional o económica, situación esta última que no tiene expresa recepción constitucional.

Cuando se dan estos acontecimientos extraordinarios que llevan a una situación de gravedad en materia económica es que se pone en marcha el denominado «poder de policía de la emergencia»³⁷.

Afirma BIELSA que: «El poder de policía, en general, ha existido siempre en el Estado, cualquiera haya sido su naturaleza jurídica y funciones en punto a la realización de los fines de la sociedad a él referida, así haya tenido un carácter amplio de política interior (concepción originaria de la policía como gobierno) o bien haya sido concebido como una institución esencialmente administrativa o como administración jurídica, o administración social del Estado. La idea del Estado es inseparable de la de policía. Y precisamente esto importa precisar el concepto de poder de policía en toda Constitución, ley o jurisprudencia, tanto en lo que concierna a su naturaleza y extensión como al poder jurisdiccional de su ejercicio ... todo lo esencial del poder de policía es materia del derecho constitucional ... luego la actividad concreta de la policía es materia de derecho administrativo»³⁸.

También se ha hablado del llamado poder de policía de prosperidad, cuya base de sustentación es el art. 67, inc. 16, de la Constitución Nacional; por lo que ha de considerarse legítimamente incluida la facultad de sancionar disposiciones legales encaminadas a prevenir, impedir, morigerar o contrarrestar, en forma permanente o transitoria, los graves daños económicos y sociales susceptibles de acaecer³⁹.

El origen del concepto de poder de policía hay que buscarlo en la idea renacentista que intenta consolidar y unificar el poder estatal mediante un dispositivo de unificación anti-feudal en beneficio del monarca; así, el «Edicto de lugartenencia general» de la policía parisina de 1667, generalizado en su aplicación a toda Francia a partir de 1693, define a la policía como todos aquellos dispositivos que tienden a asegurar el reposo del público y de los individuos, a proteger las villas y ciudades de todas aquellas causas que puedan originar desórdenes públicos, a procurar la abundancia y a tratar de que cada individuo viva según su condición y caracteres⁴⁰.

³⁷ Armando N. CANOSA y Gabriel MIHURA ESTRADA, *La emergencia y una nueva degradación a la tutela judicial efectiva*, ED 190-2001, pp. 722 y ss.

³⁸ Rafael BIELSA, *Ciencia de la Administración*, Depalma, Bs. As., 1955, pp. 349 y ss.

³⁹ Juan Martín GONZÁLEZ MORAS, «Poder de policía de prosperidad y potestades de intervención del Estado argentino», en *Actualidad en el Derecho Público*, vol.n 14-2000, Ed. Ad Hoc, Bs. As., pp. 129 y ss.

⁴⁰ Carlos M. GRECCO, *Poder de policía*, en «*Actualidad en el Derecho Público*, vol. 12-2000, Ed. Ad Hoc, Bs. As., pp. 69 a 84.

PODER DE POLICÍA. CLASIFICACIÓN

Tradicionalmente se ha referido que existen dos criterios básicos para delimitar el contenido del poder de policía. Un criterio restringido en el que las limitaciones a los derechos individuales sólo ocurren fundadas en la seguridad, salubridad y moralidad públicas, y un criterio amplio en el que a dichas motivaciones se le agrega el bienestar general⁴¹.

Por otro lado, la noción de emergencia que atraviesa en forma transversal a los diversos supuestos del poder de policía se estudia dentro de su contenido. Dice la Corte: «... la emergencia no crea el poder, ella puede dar ocasión para el ejercicio del poder...»⁴².

Las pautas que pueden caracterizar al poder de policía según distintas concepciones son:

Por su extensión:

- restringido (salud, moral, seguridad);
- amplio (bienestar general):

promoción del bienestar;
defensa del bienestar.

Por la competencia:

- provincial;
- federal.

Por las justificaciones excepcionales:

- emergencia;
- bienestar general.

Creemos que no hay dificultad en entender la diferencia entre el concepto amplio y estricto del poder de policía. En cuanto a la competencia, existen materias primordialmente provinciales (por ejemplo, referidas a las profesiones liberales, atinentes a moralidad –calificación de

⁴¹ Nicolás ELIASCHEV, *Poder de policía*, en *Actualidad en el Derecho Público*, vol. 17-2001, Ed. Ad Hoc, Bs. As., pp. 245 y ss.

⁴² Fallos 172:21; ver, asimismo, Guillermo F. TREACY, *El poder de policía de emergencia*, en Alberto Ricardo DALLA VÍA, *Derecho Constitucional*, LL 2002, Bs. As., pp. 768 y ss.; Javier L. BARRAZA y Fabiana H. SCHAFRIK, *Actualidad en la jurisprudencia sobre el poder de policía en la Constitución Nacional*, LL 1998-F-1051; Santiago LEGARRE, *El poder de policía en la historia, la jurisprudencia y la doctrina*, LL 2000-A, pp. 999 y ss.

películas—, etc.); en cuanto a las situaciones excepcionales, se refiere a las justificaciones para alterar el cuadro general (sea la extensión del concepto o la competencia)⁴³.

PODER DE POLICÍA. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

Veamos cómo comprobó nuestra Corte tales pautas para resolver los casos que se le presentaron.

Podemos clasificar cuatro etapas:

a) 1860-1922: La Corte sólo admitió el concepto restringido de poder de policía: seguridad, salubridad y moralidad⁴⁴. Con respecto a la jurisdicción y con relación a estas causales, estableció que este poder es primordialmente provincial⁴⁵. En «Hilaret c/ Provincia de Tucumán» (1905, Fallos 98-20) expresamente excluyó al bienestar general como causal de limitación de derechos, argumentando que la Provincia demandada había esgrimido una crisis de la industria azucarera que era necesario conjurar.

La emergencia no había sido desconocida por la Corte durante este período. Pero en el último caso citado se la rechazó porque, en tanto fundada en el bienestar general, se la utilizaba como forma de reglamentar derechos.

Los argumentos de la Corte en este fallo son importantes. Sostuvo que no se podía limitar los derechos cuando no existía perjuicio a la moral, el orden público o a los terceros (art. 19 de la Constitución Nacional), y agregó que la promoción del bienestar general tiene como límite a las garantías individuales.

b) 1922-1957: Se dictó «Ercolano c/ Lantieri de Reinshaw» (1922, Fallos 136-161), sobre la emergencia locativa. La Corte aceptó la reglamentación de derechos por motivos de la emergencia fundada en la defensa del bienestar general. Así se aceptó luego emergencia en otros rubros y que afectaron diferentes derechos («Avico c/ De la Pesa», el caso «CAP» —«Inchauspe c/ Junta Nacional de Carnes», Fallos 199-483—, el caso «Swift», entre otros). El bienestar social apareció como un dilema: los principios *versus* la emergencia. La Corte, en «Ercolano» y

⁴³ Mónica GONZÁLEZ BIONDO y Marcelo OCTAVIO DE JESÚS, *Perspectivas institucionales de la Corte Suprema de Justicia: El poder de policía y la policía de emergencia*, ED, t. 144-1991-819 y ss.

⁴⁴ «Empresa Plaza de Toros», 1869.

⁴⁵ «Los saladeristas Podestá Bentham y otros c/ Provincia de Buenos Aires», 14-5-1887; Juan Manuel SERANTES PEÑA, «Las emergencias en el período 1865-1930», *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*.

tanto en los votos de la mayoría como de la minoría, entendió que la emergencia se extendía más allá de lo que constitucionalmente podía hacerse.

c) 1957-1983: Esta etapa tiene un cambio muy sutil pero trascendente. La Corte entendió que la reglamentación de los derechos podía hacerse fundándolos en el bienestar general. La Corte consideró que el Estado podía limitar derechos por el poder de policía en forma ordinaria y no excepcional, como hasta entonces. A partir de esa etapa consideró que el poder de policía incluye como causal también al bienestar general fundado en el art. 67, inc. 16, de la Constitución Nacional (dejándose atrás la doctrina del caso «Hileret»). Ya no se necesitarán hechos extraordinarios (emergencias) para limitar derechos por razón del bienestar social. El bienestar general viene a ser una causal autónoma y común del poder de policía.

Otro cambio sutil pero relevante para el país y el Estado es que la causal del bienestar social no es sólo su «defensa», sino también su «promoción». El Estado puede intervenir activamente en el ámbito socio-económico por razón del bienestar general («Cavic c/ Juan Maurin y (cía. S.R.L.)», 1960; Fallos 277:158).

d) A partir de 1983: Cuatro cambios registra esta etapa.

El primero es un mayor centralismo, es decir, un desdibujamiento de la división de las competencias entre la nación y las provincias. Tradicionalmente, la Corte distinguía materias propias de las provincias como profesiones liberales, moralidad, salubridad. Por otra parte, también sostuvo que en los casos de concurrencia entre el interés provincial y el nacional, este último tenía preeminencia.

A partir de ahora, prácticamente todo viene a ser materia de interés nacional. No es que esa tendencia fuera nueva, pero lo cierto es que ahora se consolida. En todos los casos la tendencia se fundó en el bienestar general (art. 67, inc. 16, de la Constitución Nacional), por el que debe velar el Congreso. Por ejemplo, en «Belcastro de Peris c/ Provincia de Corrientes», Fallos 308:943; «Deloitte, Plender & Griffith s/ inscripción», Fallos 305:1094, y «Consejo Profesional de Ciencias Económicas c/ Henry Marín & Cía.», Fallos 307:1107, sostuvo la preeminencia de la ley nacional en materia de regulación de profesiones liberales; en «Serafín Zurita c/ Estado Nacional» sostuvo igual criterio sobre salubridad en materia de vinos.

El segundo de los cambios es el reconocimiento de la existencia de una jerarquía de derechos, protegiendo algunos y desconociendo otros. Aparecieron así «Basterrica» (ED 120-236), «Ponzetti de Balbín» (ED 112-2421) y «Sejean» (ED 121-521), privilegiando la intimidad; o «Rólón Zappa» (ED 120-563) desechando la emergencia contra derechos

previsionales; o se privilegió al derecho del Estado en «Palluri» (1984) o «Grosso c/ San Sebastián» (1990), rechazando cuestionamientos al Poder Ejecutivo nacional sobre la razonabilidad o no sobre la fijación del salario mínimo vital y móvil.

El tercer cambio es que las transferencias de riquezas no son ya entre sectores de particulares, sino desde los particulares hacia el Estado. Así, los casos surgidos del plan Bonex 89 y la apropiación de dinero de los ahorristas «Peralta c/ Estado Nacional». Estas transferencias están basadas en un nuevo concepto de emergencia. Antes la emergencia afectaba a un sector social (los locatarios, por ejemplo) y otro sector social soportaba los costos (los locadores, por ejemplo). Pero ahora son transferencias desde un sector social a favor del Estado, directo beneficiario de las medidas que él dicta.

El cuarto cambio es el desdibujamiento de la división de poderes, en donde el Poder Ejecutivo asume funciones legislativas y judiciales (emergencia judicial, indultos masivos, decretos de necesidad y urgencia), como por ejemplo el caso «Peralta»⁴⁶.

ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

La emergencia trae algo diferente en el avance del Estado a partir de los noventa. Si antes se partía de un concepto limitado del poder de policía para avanzar excepcionalmente sobre derechos individuales, ahora este avance parte de un concepto amplio ya consolidado del poder de policía. Por lo tanto, hay un nuevo significado de la emergencia que trae un avance conceptual, que es que el Poder Ejecutivo sea quien, en lugar del Legislativo, se erige en regulador de los derechos individuales. Se produce así un desdibujamiento, por la siempre invocada emergencia de la división de poderes que afecta tanto al Poder Legislativo como al Poder Judicial⁴⁷.

⁴⁶ Mónica GONZÁLEZ BIONDO y Marcelo Octavio DE JESÚS, *Perspectivas institucionales de la Corte Suprema de Justicia: El poder de policía y la policía de emergencia*, ED, t. 144-1991-819 y ss.

⁴⁷ Mónica GONZÁLEZ BIONDO y Marcelo Octavio DE JESÚS, *op. cit.*