

PODER DE POLICÍA
Y
PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Pablo J. Davoli
Mayo de 2023

CONCEPTO BÁSICO

- El **poder de policía** constituye la **potestad reglamentaria** que inviste la autoridad pública (en representación de la comunidad nacional y para bien de la misma).
- Se trata de una facultad propia de la **soberanía** y el **gobierno** (*Suñé*, F. 258:322).

* La expresión *poder de policía* es polisémica. Posee otras acepciones (v.gr.: *policía*).

CONSTELACIÓN NORMATIVA FUNDAMENTAL

Constitución Nacional:

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

Art. 28: *Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.*

Otros preceptos constitucionales (alusivos o relacionados):

Arts. 4°, 17, 19 *in fine* y 75 inc. 1°, 2° y 22.

CONSTELACIÓN NORMATIVA... (cont.)

Pacto de San José de Costa Rica:

Art. 1º: *Obligación de Respetar los Derechos.*

*1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a **garantizar su libre y pleno ejercicio** a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

CONSTELACIÓN NORMATIVA... (cont.)

Art. 27: Suspensión de Garantías.

1. En caso de **guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte**, éste podrá adoptar disposiciones que, **en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación**, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones **no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.**

2. La disposición precedente **no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos:** 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

CONSTELACIÓN NORMATIVA... (cont.)

Art. 29: Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) *Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*

b) *Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;*

c) *Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*

d) *Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros pactos internacionales de la misma naturaleza.*

CONSTELACIÓN NORMATIVA... (cont.)

Art. 30: Alcance de las Restricciones.

*Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino **conforme a leyes** que se dictaren **por razones de interés general** y con el propósito para el cual han sido establecidas.*

Art. 32: Correlación entre Deberes y Derechos.

- 1. Toda persona tiene **deberes** para con la **familia**, la **comunidad** y la **humanidad**.*
- 2. Los derechos de cada persona están limitados por los **derechos de los demás**, por la **seguridad de todos** y por las **justas exigencias del bien común**, en una **sociedad democrática**.*

[Más allá de su expresa adhesión al régimen democrático, puede advertirse en las pautas aquí adoptadas un *eco* de la concepción aristotélica de la justicia: *conmutativa* y *general*, con especial focalización en el aspecto *legal* de la dimensión *general*].

Otros preceptos de la misma convención:

Arts. 7°, 12, 13, 15, 16, 22 y 23 [referidos a diversos derechos, en particular].

CONSTELACIÓN NORMATIVA... (cont.)

Otras convenciones internacionales:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

Arts. XXVIII y XXXVIII.

Declaración Universal de Derechos Humanos:

Arts. 14, 29 y 30.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Arts. 4°, 5°, 8° y 13.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Arts. 4°, 5°, 12, 14, 18, 19, 21, 22 y 25.

Convención sobre los Derechos del Niño:

Arts. 10, 13 a 15, 17, 18 y 29.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial:

Arts. 4°.

ESTRUCTURA FUNDAMENTAL DEL PODER DE POLICÍA

I.- PRESUPUESTOS:

Aclaración previa: entre corchetes (“[]”) se consignan nuestras opiniones.

a) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

a.1. No hay derechos absolutos:

- No poseen tal carácter. Tampoco los consagra así la C.N.

De Stoll, F. 304:319; *Juzgado Federal de Resistencia*, F. 312:318; *Ascencio*, F. 304:1293).

[El límite es intrínseco; constituye forma y determina alcances; no cercena al derecho sino que lo constituye. Es concepción contraria a la liberal].

- La idea de un derecho ilimitado constituye una *concepción antisocial* del mismo (no resulta admisible ni siquiera frente a la ausencia de norma reglamentaria).

Font, F. 254:56.

[Los derechos son, en sí mismos, buenos o positivos].

[**Funcionalidad del derecho respecto del Bien Común.** En virtud de la misma, el ejercicio del derecho supone un beneficio personal y social. Criterio aristotélico: complementación y compenetración sinérgica entre Bien Particular y Bien General; se suponen y refuerzan mutuamente].

[La **dignidad humana**, en tanto valor de la naturaleza humana y principio del que nacen los derechos esenciales, del hombre, posee un carácter absoluto (incondicionado). No se puede llegar al Bien Común afectando la Dignidad Humana de nadie].

a.2. Todos los derechos son reglamentables:

Loisi, F. 307:2262.

[Sostenemos el criterio del ***ejercicio funcional óptimo***. No puede reglamentarse de modo concreto y detallado. Sin perjuicio de su esencia, los alcances/límites del derecho son *flexibles, móviles y adaptables*, según las circunstancias, conforme a justicia y en aras del Bien Común].

ESTRUCTURA FUNDAMENTAL DEL PODER DE POLICÍA

PRESUPUESTOS (cont.)

b) CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH.:

b.1. Principio de legalidad (presupuesto formal):

- En principio, ley en sentido formal (actos normativos enderezados al Bien Común, emanados de un P.L. democráticamente electo y promulgados por un P.E.).
- También se admite la delegación legislativa (condiciones: autorización constitucional; respeto a los límites de tal autorización y a los establecidos por la ley delegante; control eficaz para evitar que se desvirtúen derechos y libertades del pacto).

O.C. 6, 35 y 36.

b.2. Principio de legitimidad (presupuesto sustancial):

- Vinculación con el Bien Común.

O.C. 6, 32.

ESTRUCTURA FUNDAMENTAL DEL PODER DE POLICÍA (cont.)

II.- TOPES:

*** Dimensión permitida (aspecto positivo):**

La ley regulatoria puede implicar una **limitación** al derecho (*Garibotto*, F. 304:1636). Es decir, acarrearle **restricciones** (*Vega*, F. 311:1565).

Ello, *per se*, no implica inconstitucionalidad alguna (*Carbillo*, 240:323).

[Concepción liberal: el **derecho** se proyecta al infinito; su **límite** es *amputación* extrínseca y contraria al mismo, impuesta por las circunstancias, a modo de mal necesario; la **reglamentación** tiende a ser simplista y rígida; y la **restricción** es concebida y evaluada por grados, en forma meramente cuantitativa].

*** Dimensión prohibida (aspecto negativo):**

El derecho reglamentado NO debe ser:

- *desnaturalizado, desvirtuado o impedido* (*Berraz Montyn*, F. 156:290).
- *prohibido* (*Ionata*, F. 288:240).
- *allanado totalmente* (*Vda. de Marino*, F. 294:434; *Producciones JCJ*, 297:201).
- *alterado* (*Dordal*, F. 189:234; *A.F.I.P.*, 324:3345).

ESTRUCTURA FUNDAMENTAL DEL PODER DE POLICÍA (cont.)

III.- PAUTAS:

A efectos de determinar el límite entre la *dimensión permitida* y la *dimensión prohibida* y, de ese modo, efectuar el *Test de constitucionalidad*, se postulan dos tipos de ponderación. A saber:

a) Test de legalidad:

- Verifica el cumplimiento del principio formal u orgánico.
- Sagüés: dicho principio requiere de una ley u otra norma jurídica basada en ley.
- Base constitucional: constituida por la constelación normativa ya delineada.

* Praxis: deterioro muy grave (exceso de delegaciones y subdelegaciones legislativas, así como de D.N.U.; tendencia a la *protocolización* del ordenamiento jurídico: pobre legitimidad democrática; baja jerarquía normativa; simplismo notorio; *reglamentarismo* excesivo; rigidez anquilosante y estandarización sofocante; ausencia de matices y excepciones; *espíritu* administrativo; relegación de los derechos fundamentales; efecto *elefante en bazar*).

ESTRUCTURA FUNDAMENTAL DEL PODER DE POLICÍA PAUTAS (cont.)

b) Test de razonabilidad:

- *Debido proceso sustantivo* (doctrina estadounidense).
- Se trata de un control sustancial: *de contenido o de fondo*.
- Verifica la **razonabilidad** de las normas reglamentarias (*De Barneche*, F. 300:67; *Ríos*, F. 300:700).
- También que NO se alteren principios, garantías y derechos (*Itzcovich*, JA, 2005-II-725).

ESTRUCTURA FUNDAMENTAL DEL PODER DE POLICÍA. PAUTAS (cont.)

* 3 niveles:

a) Razonabilidad normativa:

Coherencia con la C.N. (*Carrizo*, F. 304:972; *Bco. Vicente López*, F. 308:418; *Itzcovich*, F. 328:566).

[Destacamos la importancia del **Preámbulo**].

b) Razonabilidad práctica o técnica:

Principio de idoneidad o aptitud.

Adecuación entre los fines y los medios previstos por la norma reglamentaria (*Linares; Flores*, F. 307:906).

Correspondencia entre obligaciones y propósitos establecidos por la misma (*Cine Callao*, F. 247:121).

c) Razonabilidad ética o axiológica:

Justicia de la reglamentación dispuesta (o bien, de la medida prescripta).

Cuota básica de la justicia intrínseca de la norma reglamentaria. Ergo, inconstitucionalidad de la regulación grave y notoriamente injusta (*Sagüés, Vigo*, etc.).

Inconstitucionalidad de la regulación notoriamente inicua; que exhibe manifiesta inequidad (*Flores*, F. 307:906; *Miguel*, F. 308:1631; *Coutinho*, F. 304:1259).

El legislador no puede obrar antojadiza o caprichosamente (*Pedro Inchauspe Hnos.*, F. 199:483; *CAVIC*, F. 277:147).
Reprobación de la arbitrariedad legislativa.

[Cuestión: *no se puede conformar a todos*; patología conceptual jurídica (paradoja): hipertrofia de los derechos subjetivos -por asimilación a mero deseo o antojo- conduce a la atrofia del derecho objetivo, provocando el cercenamiento arbitrario de alguno de los primeros -efecto *elefante en bazar*-].

IRRAZONABILIDAD POR MODIFICACIÓN DEL CONTEXTO

- * Se trata de una variante de la doctrina de la irrazonabilidad (inconstitucionalidad *evolutiva*).
 - * Consiste en una irrazonabilidad sobreviniente (una regulación se torna disvaliosa por el cambio de las circunstancias, sobre todo, las de orden social y económico).
 - * Ha sido reconocida por la C.S.J.N.: *Chocobar* (F. 319:3241); *Itzcovich* (J.A. 2005-II-725).
 - * En virtud del peso de los hechos concretos, los contextos de emergencia constituyen *escenarios* que habilitan la constitucionalidad de medidas que, en tiempos normales, son inconstitucionales.
 - * Tal habilitación es meramente temporaria (*Ercolano*, F. 136:171; *Vivante Martini*, F. 200:450).
- [Cuestión: presupuesto de la temporalidad del escenario de emergencia; denuncia de **Giorgio Agamben**: *¿estado de excepción permanente?*).
- * Antecedentes remotos y aplicaciones actuales (reflejos de la misma idea; ejemplos):
 - *Se acata pero no se cumple* (contexto virreinal en la América hispana).
 - *El juez debe ponderar las consecuencias sociales de sus sentencias* (doctrina del juez **Oliver Wendell Holmes, jr.**, EE.UU.).
 - Doctrina civilista de las condiciones generales de la contratación (Alemania, década del '90).

INTENSIDAD DEL CONTROL JUDICIAL

I.- EN RELACIÓN AL ACIERTO:

Topino (F. 261:409): a la Justicia no le compete verificar el acierto o desacierto ni la ventaja o desventaja de la norma reglamentaria (en rigor de verdad, de su contenido dispositivo).

De Martínez (F. 290:245): tal evaluación implicaría vulnerar la *política legislativa*; entrometerse en la esfera de competencias del legislador (principio de división de Poderes).

Portillo (F. 312:496): sin embargo, la norma reglamentaria debe ser razonable y ello requiere de control. Por eso, la reglamentación debe:

- Estar justificada por los hechos y circunstancias, y la necesidad de salvaguardar el interés público.
- Estar proporcionada a los fines pretendidos.
- Dictarse con el objeto de coordinar el interés público con el interés privado (el derecho individual con el derecho social).

Coutinho (F. 304:1259): no concierne a la Justicia decidir sobre el acierto de las medidas de los otros Poderes estatales para conjurar una crisis.

Pero sí le compete controlar el uso del Poder estatal para preservar el Bien Común y otros bienes jurídicos consagrados en la C.N. (también *Alvez s Pereira*, F. 303:1319).

[Sagüés: difícil conciliación entre sendas pautas directrices].

Olcese (F. 296:340): las exigencias del Bien Común justifican la reglamentación del ejercicio de los derechos (refería a limitaciones y condiciones establecidas por la Ley N°18.880, de 1970, referida a locaciones urbanas, ya derogada).

Medaglia (F. 292:517): admitió que la reglamentación del ejercicio de ciertas actividades profesionales es viable en aras de tutelar el *bien público*.

Vega (F. 311:1565): legitimó restricciones específicas al ejercicio de algunas industrias en virtud de los *intereses generales y permanentes de la colectividad*.

INTENSIDAD DEL CONTROL JUDICIAL EN RELACIÓN AL ACIERTO (cont.)

EN SUMA (SAGÜÉS):

- * En principio, compete a la Justicia averiguar si la reglamentación de un derecho constitucional está dentro de las posibilidades de regulación que la C.N. otorga al Congreso.
- * Para determinar si una norma es razonable o no, el juez también debe ponderar, en alguna medida, *algo* sobre su **conveniencia, ventajas, eficacia o acierto** [medios y fines].
- * Ergo, resulta necesario evaluar:
 - Correspondencia mínima de medios y fines de la norma reglamentaria con los valores constitucionales [es cuestionable la *reductio* al mínimo de la exigencia, desde la perspectiva de la justicia y el Bien Común].
 - Un ***acierto mínimo*** relativo a medios y fines [examen de idoneidad práctica o técnica].

INTENSIDAD DEL CONTROL JUDICIAL (cont.)

II.- EN RELACIÓN AL MOMENTO U OPORTUNIDAD:

* **Regla general:** NO compete a la Justicia evaluar el momento o la oportunidad del dictado de la norma reglamentaria (*SA Córdoba Goma*, F. 295:814; *Halladjian*, F. 302:457).

* **Excepción:** la Justicia sí debe considerar si la medida regulatoria se dicta en un contexto de emergencia o excepcional (*Bustos Núñez*, F. 240:223; *Contreras Hnos.*, F. 312:57).

[Cuestión: ponderar la razonabilidad de la declaración de emergencia].

INTENSIDAD DEL CONTROL JUDICIAL (cont.)

III.- EN RELACIÓN A LOS RESULTADOS:

* **Mandato genérico:** es inadmisibile declarar la inconstitucionalidad de una ley por contingencias atinentes a su cumplimiento o a los resultados arrojados por su aplicación (*Bonfante*, F. 288:325; *Feito García*, F. 299:45; *Vega*, F. 311:1565; *A.F.I.P.*, F. 324:3345).

[Criterio basado en concepción *abstracta* o *purista* de la norma jurídica, afín al positivismo; resulta harto discutible; máxime considerando las características y alcances de nuestro sistema de control de constitucionalidad: judicial, difuso, en caso concreto y con efectos *inter partes*].

* **Doctrina de interpretación revisora:** respecto de la norma reglamentaria, recomienda a la Justicia *considerar sus consecuencias y verificar sus resultados* (*Baliarda*, F. 303:917; *Saguir y Dib*, F. 302:1209; *Vialco SA*, 303:248).

[Aquí el juicio de constitucionalidad abarca ámbitos extra-normativos, prácticos, concretos y circunstanciales. Tiene a evitar o conjurar efectos no queridos e, incluso, contraproducentes].

PAUTAS ELEMENTALES DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

* Las leyes se presumen legítimas y constitucionales (*Cine Callao*, F. 247:121; *Trentini*, F. 220:1458).

* La declaración de inconstitucionalidad requiere de claridad y certeza al respecto (*Perisse*, F. 209:200; *Bignone*, F. 306:655). Consecuentemente, en caso de duda, debe sostenerse la validez de la norma cuestionada (*Bignone*, recién citado).

[En principio, pauta más que pertinente; sin embargo, bajo determinadas circunstancias y ante ciertos peligros, podría dar lugar a graves injusticias].

* Se trata de un caso de extrema gravedad institucional. Por tanto, constituye una solución de *ultima ratio* que, como tal, requiere de especial *prudencia y cautela* (*Malenky*, F. 264:364; *Bonfante*, F. 288:325; *Philco Argentina SA*, F. 306:1597).

[Cuestión: en la actualidad se verifica cierta tendencia jurisprudencial a apartarse de la disposición legal correspondiente al caso concreto, pero sin declarar la inconstitucionalidad de aquélla].

MODELO DE LOS DOS PLANOS (EE.UU.)

Doble criterio para evaluar la razonabilidad de las normas reglamentarias de los derechos constitucionales. A saber:

a) Mero test de razonabilidad:

Test básico o elemental (considerando las tres dimensiones *ut supra* indicadas).

Se aplica a derechos constitucionales comunes.

Implica la presunción de legitimidad y sólo descarta las normas notoriamente irrazonables.

b) Test del escrutinio riguroso:

También llamado *prueba de libertades preferidas*.

Se aplica a las normas que reglamentan libertades fundamentales u otros derechos que son reputados muy significativos e importantes (por la sociedad, la doctrina jurídica y la jurisprudencia).

Implica una examinación de mayor rigor y exigencia.

Parte de la premisa de una constitucionalidad dudosa.

Casos emblemáticos:

- *Frontiero v. Richardson* (1973; caso de mujer teniente de la USAF por beneficios familiares discriminadas por sexo).

- *Massachusetts v. Murgis* (1976; caso de policía jubilado contra su voluntad).

TEST DE RAZONABILIDAD BASADO EN LA DOCTRINA ALEMANA

* Basándonos principalmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, postulamos un *test* estructurado así:

1. Existencia del fin.

2. Legitimidad del fin.

3. Adecuación del medio.

4. Necesidad del medio.

5. Proporcionalidad del medio (la proporcionalidad presenta **tres dimensiones**; dicha **tridimensionalidad** se encuentra en relación a: **a.** el fin de la norma reglamentaria; **b.** el Bien Común como fin último; y **c.** el principio de igualdad en sus dos aspectos: aritmética y geométrica).

6. Respeto a la garantía del contenido esencial de los derechos (art. 19.2, Ley Fundamental de Bonn; art. 53.1, Constitución española; art. 28, C. N.).
Principio de la dignidad humana.

TEST DE RAZONABILIDAD BASADO EN LA DOCTRINA ALEMANA (cont.)

- * Desde luego, el test de razonabilidad tiene por *insumo* vital a la **información** (y su correcta comprensión) con la que se responden los interrogantes respectivos (debe ser **clara, cierta y completa**).
- * La función del **juez** consiste en determinar cuál es el derecho presente en cada caso, de quién es y en qué proporción se ha presentado.
- * También debe haber razonabilidad en la **ejecución** y la **aplicación** de las normas reglamentarias, así como en los sistemas, métodos y dispositivos de **control** de dicha puesta en acto.
- * Su correcta aplicación permite descubrir la **armonía recíproca de los derechos** (no entran en conflicto); así como la **coherencia y consistencia entre Bien Común y Bien Particular** (siendo la **JUSTICIA** el eje vertebrador respectivo).

EXTENSIÓN DEL PODER DE POLICÍA (alusión somera)

- * Hace a la *política legislativa* y, más específicamente, a los fines y los contenidos dispositivos de las leyes.
- * Su determinación guarda directa relación con la concepción relativa al Estado, su estructura y, sobre todo, sus funciones.
- * Consecuentemente, la extensión del poder de policía dependerá de la doctrina política plasmada en el ordenamiento constitucional.
- * Al respecto, el debate principal gira en torno a la antinomia entre dos tipos extremos: *intervencionismo - no intervencionismo* (más hipotéticos que concretos).
- * Esta antinomia, en los hechos, reconoce muchas posiciones intermedias (existen diversos muy grados y modalidades del *intervencionismo*).
- * El *constitucionalismo clásico o liberal* programa un *Estado de mínima o abstencionista* (la doctrina francesa le llamó *Estado-gendarme*) cuyas funciones propias son *justicia, defensa y seguridad* (**Locke**) y que -a lo sumo- reglamenta el ejercicio de derechos por razones de *seguridad, salubridad y moral* públicas (doctrina francesa del *Estado-gendarme*).
- * El *constitucionalismo social*, en cambio, establece un Estado *intervencionista* (en la cultura, la economía, la educación y otras dimensiones de la vida social). Los grados y modalidades de *intervencionismo* dependen de las vertientes (*neoliberal social, marxista, corporativa autocrática, corporativo democrática o social-cristiana*).

¡Muchas gracias!