

## 1. Introducción [1]

La noción del poder de policía es, sin lugar a dudas, una de las más discutidas en la disciplina ius-administrativa [2]. La razón principal de las diferencias reside probablemente, en que a partir de esa noción se restringen, con mayor o menor intensidad, los derechos individuales de las personas.

Por otra parte, debido a la oscilante intervención del Estado en la actividad económica y social, en los últimos años se ha generalizado el empleo del vocablo regulación que también hace referencia al quehacer estatal que incide en el campo de los derechos.

Si bien los vocablos poder de policía y regulación no son técnicamente sinónimos ni intercambiables, ambos connotan a una porción de la actividad desarrollada por el Estado que tiene por objeto limitar, modular o simplemente establecer el modo en que deben ser ejercidos los derechos que el ordenamiento positivo reconoce a los particulares sobre materias diversas [3].

El propósito de este trabajo consiste en poner en evidencia algunas tendencias o nuevas perspectivas de abordaje de la actividad interventora del Estado, las cuales muestran, por un lado, una finalidad cada vez más tuitiva de los derechos de los particulares y, por el otro, una preocupación creciente en las consecuencias derivadas de esa intervención [4].

Tiene sentido práctico referirse a esas perspectivas y tendencias dadas las implicancias que ellas y sus corolarios importan tanto sobre el ejercicio de la función de administrar como sobre el control judicial que recae en esa actividad. Más aún, podría decirse que esas tendencias cristalizan, en realidad, una nueva visión sobre la naturaleza y concepción misma del rol del Estado en su vínculo con los particulares. Al mismo tiempo y más en detalle, se observa una complejidad creciente en identificar las fuentes de las que breva la disciplina ius-administrativa en la actualidad.

El plan de exposición será el siguiente. En primer lugar formularé algunas precisiones terminológicas. Luego, me referiré muy brevemente a la polémica suscitada en torno a la conveniencia o no de mantener la noción de poder de policía y el modo en que este debate se vería incidido por la evolución en la materia. Posteriormente, describiré brevemente las principales teorías que se esgrimen para explicar las limitaciones de derechos. En cuarto, término, expondré una recapitulación procurando despejar los aspectos en los que se ponen de relieve las tendencias actuales en esta materia. Finalmente, constan las conclusiones del trabajo.

La noción del poder de policía es, sin lugar a dudas, una de las más discutidas en la disciplina ius-administrativa [5]. La razón principal de las diferencias reside probablemente, en que a partir de esa noción se restringen, con mayor o menor intensidad, los derechos individuales de las personas.

Por otra parte, debido a la oscilante intervención del Estado en la actividad económica y social, en los últimos años se ha generalizado el empleo del vocablo regulación que también hace referencia al quehacer estatal que incide en el campo de los derechos.

Si bien los vocablos poder de policía y regulación no son técnicamente sinónimos ni intercambiables, ambos connotan a una porción de la actividad desarrollada por el Estado que tiene por objeto limitar, modular o simplemente establecer el modo en que deben ser ejercidos los derechos que el ordenamiento positivo reconoce a los particulares sobre materias diversas [6].

El propósito de este trabajo consiste en poner en evidencia algunas tendencias o nuevas perspectivas de abordaje de la actividad interventora del Estado, las cuales muestran, por un lado, una finalidad cada vez más tuitiva de los derechos de los particulares y, por el otro, una preocupación creciente en las consecuencias derivadas de esa intervención [7].

Tiene sentido práctico referirse a esas perspectivas y tendencias dadas las implicancias que ellas y sus corolarios importan tanto sobre el ejercicio de la función de administrar como sobre el control judicial que recae en esa actividad. Más aún, podría decirse que esas tendencias cristalizan, en realidad, una nueva visión sobre la naturaleza y concepción misma del rol del Estado en su vínculo con los particulares. Al mismo tiempo y más en detalle, se observa una complejidad creciente en identificar las fuentes de las que breva la disciplina ius-administrativa en la actualidad.

El plan de exposición será el siguiente. En primer lugar formularé algunas precisiones terminológicas. Luego, me referiré muy brevemente a la polémica suscitada en torno a la conveniencia o no de mantener la noción de poder de policía y el modo en que este debate se vería incidido por la evolución en la materia. Posteriormente, describiré brevemente las principales teorías que se esgrimen para explicar las limitaciones de derechos. En cuarto, término, expondré una recapitulación procurando despejar los aspectos en los que se ponen de relieve las tendencias actuales en esta materia. Finalmente, constan las conclusiones del trabajo.

## 2. Algunas precisiones terminológicas

Las expresiones “poder de policía” y “regulación”, si bien poseen una utilización frecuente en la doctrina y jurisprudencia, no están exentas de ambigüedades y confusiones.

La noción de “poder de policía” parte del reconocimiento del carácter no absoluto de los derechos de los ciudadanos y su posibilidad de reglamentación razonable por parte del Congreso de la Nación en los términos de los artículos 14, 19, 28 y 75 inc. 30 de la Constitución Nacional.

El término regulación no ha tenido una utilización frecuente entre nosotros, donde, en cambio, se ha preferido la palabra reglamentación de derechos. Para un sector de la doctrina, la palabra regulación es sinónimo de reglamentación en sentido jurídico y no son una especie jurídica nueva. Las regulaciones son reglamentaciones al ejercicio de los derechos constitucionales.

Sin embargo, en el common law y en el derecho comunitario europeo, la palabra no suele usarse en el sentido de reglamentación de derechos –según la entendemos nosotros–, sino para describir la actividad del Estado en cuanto interviene en el funcionamiento de ciertas actividades económicas. Esta última actividad, entre nosotros, en cambio, puede comprenderse dentro de la noción de policía administrativa.

Un relevamiento del uso del vocablo en países europeos y en los Estados Unidos muestra que su utilización en la doctrina y jurisprudencia no ha estado exento de debates y ambigüedades.

En tal sentido, la doctrina muestra al menos cinco significados del término regulación y señala que importantes distinciones entre el uso de este vocablo en Europa y en Estados Unidos. Las mismas corrientes doctrinarias, tomando elementos de definiciones amplias y otras acotadas, concluyen en que el uso central de la palabra regulación se refiere a las intervenciones públicas que afectan las relaciones entre las personas a través de directivas y control (PROSSER, 1997, p. 4). Por ello, señalan que cualquier intento de proveer una definición omnicompreensiva de regulación resulta de poca utilidad, por dos razones, porque la variedad de definiciones del vocablo competencia posee diferentes niveles de generalidad y por la deficiencia en pretender incluir los usos más comunes en una única definición. Se argumenta que un más productivo abordaje de la cuestión es, siempre según la doctrina, examinar los fundamentos de propósitos de varias formas de regulación, y especialmente notar las tensiones entre ellos ya que dichas tensiones son de una importancia práctica considerable.

También son frecuentes los intentos de definir el vocablo regulación describiendo el conjunto de actividades y/o funciones que el mismo contiene o refiere. En ese sentido, Ariño Ortiz sostiene que cuando se habla de regulación se hace referencia a dos ámbitos distintos, una es la regulación externa, que en España se ha llamado “policía administrativa” (refiriendo a las condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente de la actividad de que se trata, pero sin entrar en el interior de ésta ni predeterminar las decisiones empresariales). (ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, 1993, p. 42).

Otro tipo de regulación es la llamada “regulación económica” (éste sería el nuevo sentido en que suele utilizarse el vocablo según Ariño): que afecta a sectores intervenidos (en muchos casos, de servicio público. La misma se centra fundamentalmente en los aspectos referidos a la entrada y salida de la actividad (en muchos casos, mediante concesiones) y afecta a las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla, al quantum de producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, a los precios o retribuciones que se perciben por ella y, en definitiva, al negocio mismo en que consiste la actividad.

En la doctrina española, en camino a establecer el concepto y las características de la regulación, destaca que la doctrina económica y jurídica realizaron algunos intentos de definición del término acotándolo e identificándolo a la noción de policía administrativa, siendo –según el citado autor– la definición ensayada por Argadoña la más representativa en ese sentido: “Un conjunto de reglas generales o de acciones específicas,

impuestas por una autoridad o por una agencia administrativa, que interfiere directamente en el mecanismo de asignación de recursos en el mercado, o indirectamente alterando las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y de las empresas”.

En un sentido similar, Yarrow destaca que con el término regulación se puede designar toda actividad del gobierno o de los organismos dependientes de él, encausándola a influir en los comportamientos tendientes al dictado de normas que orienten o restrinjan las decisiones económicas.

Para Mitnick las acciones de regulación constituyen una interferencia con las actividades objeto de la regulación, que se expresa en una desviación de lo que acontecía, un bloqueo una restricción o modificación de las opciones que tenía un sujeto, debiéndose destacar que la actividad regulada no es sustituida, ni la regulación es parte de ella. (MITNICK, Barry M., 1988, p. 180).

Por lo señalado, si bien podríamos señalar ciertas diferencias lingüísticas entre las expresiones “poder de policía” y “regulación”, las mismas no importan distinciones conceptuales de fondo. En ambos casos se hace referencia a una intervención estatal que modula, con mayor o menor intensidad, los derechos de los ciudadanos. Debe reconocerse, al mismo tiempo, que la expresión regulación responde a una visión crítica del libre funcionamiento de los derechos en los acuerdos entre las personas procurando alterar el resultado en un sentido o en otro, por razones de equidad o eficiencia.

### 3. La noción de poder de policía en la doctrina. Diferentes posiciones

Las nociones de policía y poder de policía son objeto de diferentes interpretaciones en los estudios especializados. Entre las voces más críticas del concepto de poder de policía se encuentra la del Prof. Dr. Gordillo, quien ha propiciado la inutilidad práctica de la noción y su peligrosidad de cara a la defensa de los derechos individuales [8]. Sin embargo, esta posición, ha merecido también la réplica fundada de un sector de la doctrina que, contrariamente a la posición anterior, postula el mantenimiento de la noción y justifica su contenido útil en el marco del Estado de Derecho [9].

En los apartados siguientes, analizaremos brevemente los principales argumentos expuestos en relación a las críticas expuestas y, al mismo tiempo, las réplicas que éstas han merecido.

#### 3.1. Las críticas a la noción de poder de policía.

Los principales cuestionamientos a la noción de poder de policía, se sustentan en consideraciones de naturaleza ideológico-políticas y jurídico-prácticas que seguidamente mencionaremos por separado.

##### a) *razones de índole ideológico político*

La posición crítica argumenta que hablar de Policía o de Poder de Policía es tomar como punto de partida el

poder del Estado sobre los individuos.

La crítica expresa que “el que explica y analiza el sistema jurídico administrativo no puede partir de la limitación para entrar después inevitablemente a las limitaciones de las limitaciones. En un contrasentido explicarles en primer año a los alumnos cuáles son sus derechos y limitaciones reiterarlo luego en Derecho constitucional y dar una volteface a contramarcha en el Derecho administrativo, elaborando toda una teoría dedicada exclusivamente a las limitaciones a tales derechos [...] Se parte del poder, se lo enuncia a nivel de principios, inconscientemente en algún caso se llega el punto máximo y se lo idolatra.” (GORDILLO, Agustín, 2000).

Este punto de partida –se afirma– resulta inaceptable, por ser contrario tanto a la realidad jurídico positiva como al sentido histórico del Instituto Poder de Policía.

Respecto del orden jurídico imperante, la crítica recuerda que “Al haber sido incluidas las Convenciones de Derechos Humanos en el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, no pueden sus juristas partir del Poder del Estado como noción fundante de un sistema. Deben partir de las libertades públicas y derechos individuales, les guste o no, el derecho positivo vigente (GORDILLO, Agustín, 2000, p. V-2).

Atendiendo a su origen histórico, se ha señalado que el Poder de Policía fue, antiguamente, un valladar al Poder por constituir “una esfera de libertad hallada por exclusión”, siendo que hoy “en lugar de que la noción sirva para proteger a los individuos, hay que proteger a los individuos contra la noción” (GORDILLO, Agustín, 2000, p. V-19).

A resultas de ello, se postula su reemplazo por una nueva proposición, resumida en la “tensión entre regulación y desregulación”, concluyéndose que “Sostener esta noción (Poder de Policía) es negar la finalidad misma del Derecho administrativo, es en definitiva deliberadamente preferir el poder y no la libertad, la autoridad y no los derechos” (GORDILLO, Agustín, 2000, p. V-19, 20).

## *b) Razones de índole jurídico-prácticas*

Además de las objeciones formuladas en los párrafos precedentes, la posición crítica sostiene que el planteo de la noción de poder de policía pues esencialmente uno de técnica jurídica”. Ahora bien, cabe detenerse en la referencia a tales razones técnicas jurídicas.

La principal de ellas, radica en que el concepto de Poder de Policía suele ser considerado “como una atribución implícita en el ordenamiento jurídico, una atribución meta-jurídica que el Estado tiene a su disposición por su naturaleza o esencia [...] antes o por encima de un orden jurídico positivo”.

Así, (una gran cantidad de limitaciones a los derechos individuales son justificadas [...] sustentándolas en dicho concepto, cuando en realidad muchas de ellas son antijurídicas y lo que ocurre es que se a empleado la impropia noción de Policía como aparente fundamentación de ellas”.

En consecuencia, desde esta posición crítica se propicia la supresión del concepto pues “Allí reside tal vez el valor fundamental de la eliminación que efectuamos: en evitar el empleo oculto de criterios políticos o sociológicos autoritarios para convalidar actuaciones administrativas al margen de la ley y en infracción a los derechos individuales”.

### 3.2. La réplica de las críticas

En respuesta a las críticas de la noción de poder de policía se ha recordado que la noción de poder de policía –diferente de las otras formas de actuación de la Administración tales como el servicio público y fomento [10]– aquella no es sino la ejecución concreta de las leyes que, en ejercicio del denominado Poder de Policía, emite el Poder Legislativo.

La noción de poder de policía no implica, según la posición que reivindica su utilización, una preferencia del poder sobre la libertad sino que, por el contrario, su existencia y razonable aplicación (policía) facilita el ejercicio coordinado de los derechos y la realización del interés general.

En ese sentido, la doctrina que aquí seguimos y tomamos como referencia, señala que –como nos lo recuerda Vignocchi– “la existencia en todo ordenamiento jurídico –aunque esté inspirado en principios de máxima libertad– de normas y prescripciones limitativas no puede ser puesta en duda [...] Las limitaciones en general, y particularmente aquellas impuestas en función de exigencias público administrativas, se presentan pues, como algo íntimamente ligado a la existencia de los derechos [...] haciendo con ello posible la coexistencia con los derechos y los poderes de los otros asociados, en una armónica atenuación de las distintas posiciones subjetivas”.

Dicen quienes reivindican esta posición que, lejos de estar a contrapelo de la realidad jurídico positiva nacional e internacional, se ve confirmada por los Pactos Internacionales que integran nuestra Constitución pues en todos ellos se reconoce el carácter no absoluto de los derechos, preceptuándose que serán gozados con sujeción a las limitaciones que se establezcan para asegurar los derechos de los demás y la satisfacción del interés público (“de la moral, el orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”, reza la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Tampoco parece, se dice, que a la luz de la jurisprudencia existente en materia de Poder de Policía y Policía, que la noción resulte peligrosa por permitir que, a su sólo amparo, la Administración pretenda justificar restricciones y limitaciones a los derechos que no hayan sido, previamente, establecidas por vía legal formal (CANDA, op. cit., p. 123 y ss.).

En cuanto a su vaguedad y carencia de régimen jurídico, sostiene la réplica –respecto de los primero– que es una consecuencia de la actividad administrativa toda, que se deja describir más que definir. Adviértanse que la misma crítica se suele formular respecto del servicio público (la otra gran forma de actividad administrativa) pero hasta la fecha no parece existir un criterio distintivo superador de la clásica tríada (Policía, Servicio Público y Fomento).

## *c) El debate sobre la noción poder de policía a la luz de la nueva visión. Remisión*

Las nociones de policía y poder de policía, aún con todas sus imprecisiones, posee profundo arraigo y prédica en el discurso jurídico.

Por esa razón y como ha afirmado una calificada doctrina, la noción de policía no desaparece con sólo ignorarla, de allí que la normativa y jurisprudencia hablan de poder de policía señalando que su función es precisamente la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos [11]. En ese sentido, en la actualidad, la noción de poder de policía no debe interpretarse en la actualidad como una forma sin más de limitación de derechos, sino precisamente como una forma de legitimación del Estado sobre la actividad de los particulares dirigida esencialmente a la protección de sus derechos y libertades, considerando estos últimos como el eje –principio y fin– de toda y cualquier protección del ordenamiento jurídico.

Como vemos, tanto la doctrina como la jurisprudencia al examinar la noción de poder de policía suelen invocar la sujeción de los ciudadanos a las normas de policía para declarar que son compatibles con los derechos y libertades públicas y, por tanto, ajustadas al ordenamiento jurídico. Ahora bien, ello no obsta –como veremos– que el ejercicio del poder de policía por parte del Estado deba tener una cobertura legal que habilite su actuación y que la jurisprudencia delimite también claramente los límites jurídicos de dicha actuación haciendo foco, precisamente para su resguardo y protección, en los derechos y libertades de los ciudadanos, tal como veremos en los apartados siguientes.

Por tanto la noción de poder de policía continúa siendo útil como elemento de legitimación y para explicar la actuación del Estado en determinados ámbitos materiales, como es la esfera jurídica de los particulares, siempre dentro de los límites que marca el ordenamiento jurídico. Ahora bien, es necesario hacer referencia a las diferentes teorías que se enuncia para justificar y/o fundamentar una limitación de los derechos de los particulares, tarea que realizamos seguidamente.

**Leonardo F. Massimino en <https://dialnet.unirioja.es/>**

Notas:

- <sup>1</sup> El presente trabajo fue expuesto por el autor en el marco del “Instituto de Derecho Administrativo” (IDA) de la Facultad de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Córdoba, cuya dirección está a cargo del Dr. Julio Altamira Gigena.
- <sup>2</sup> La “crisis” del poder de policía y la conveniencia o no de mantener ese concepto es motivo de constantes debates en el derecho público. Al respecto ver (GORDILLO, Agustín, 2003 p. V-12.)
- <sup>3</sup> Una explicación sobre las vicisitudes que suscita el lenguaje jurídico ver (CARRIÓ, Genaro, 1990, p. 26).
- <sup>4</sup> La complejidad inherente a la determinación y características de las fuentes del derecho administrativo en la actualidad es reflejada por RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, SENDÍN GARCIA, Ángel, PEREZ HUALDE, Alejandro y FARRANDO, Ismael en el prólogo a la obra Fuentes del derecho administrativo, IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina. Ediciones Rap, 2010.

# La intervención estatal, la regulación económica y el poder de policía I

Publicado: Sábado, 05 Octubre 2024 08:43

Escrito por Leonardo F. Massimino

---

- 5 La "crisis" del poder de policía y la conveniencia o no de mantener ese concepto es motivo de constantes debates en el derecho público. Al respecto ver (GORDILLO, 2003, p. V-12).
- 6 Una explicación sobre las vicisitudes que suscita el lenguaje jurídico ver (CARRIÓ, Genaro, 1990, p. 26).
- 7 La complejidad inherente a la determinación y características de las fuentes del derecho administrativo en la actualidad es reflejada por RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, SENDÍN GARCIA, Ángel, PEREZ HUALDE, Alejandro y FARRANDO, Ismael en el prólogo a la obra Fuentes del derecho administrativo, IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina. Ediciones Rap, 2010.
- 8 En tal sentido, ver GORDILLO, 2003, p. 237 y ss.
- 9 Ver CANDA, 2003, p. 123 y ss. En este apartado, a los fines del análisis de los argumentos críticos a la noción de poder de policía, y su réplica seguimos el provechoso trabajo precitado de Fabián Canda.
- 10 Recuérdese la triple clasificación decimonónica de la intervención estatal de Jornadas de Pozas (servicio público, fomento y poder de policía). Ver Jordana de Pozas, Luis, Ensayo de una teoría de fomento en el derecho administrativo", en Revista de Estudios Públicos N° 48 (1949), p. 41 y ss. (cit. Por CANDA, op. cit., p. 123 y ss.).
- 11 En el mismo sentido, AGUADO I CIUDOLA, Vicenc, Derecho de la seguridad privada, Thomson, 429, 2005, p. 45, El autor propicia, del mismo modo, el mantenimiento del concepto poder de policía en relación a la noción de auto-tutela administrativa, proveniente de la doctrina italiana (en concreto, BENEVISTE, 1959, p. 539 y ss)