

El poder de policía en las políticas públicas

Por MARÍA LAURA ALFONSO

SUMARIO: I. Introducción; II.1. El poder de policía. Concepto; II.2. Poder de Policía y Policía. Su distinción; III. El poder de policía local. Actividad de policía. El comercio farmacéutico y servicio de taxi; IV. El poder de policía y la emergencia; V. El poder de policía de la emergencia; VI. Conclusión; VII. Bibliografía.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad recordar antiguos institutos del derecho, como lo son el poder de policía y la actividad de policía.

Los mismos, representan el poder que tiene el estado de fijar el límite para el goce de los derechos de los habitantes, con raíz en la constitución tanto nacional como local, a nivel de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como habré de desarrollar.

Por otra parte, es importante destacar como el goce de los derechos se modifica en tiempos de crisis. Nuestro país ha pasado por diferentes declaraciones de emergencia, en las cuales con mayor acento se ha necesitado fijar esos límites a los cuales me refería en el párrafo anterior.

Extremo que demuestra, que los institutos a los cuales refiero son potestades ínsitas del estado, más allá de los cuestionamientos que los límites de su ejercicio pueden acarrear.

Es por ello, que los invito a que juntos podamos profundizar los alcances del poder de policía y la actividad de policía. Comencemos.

II.1. El poder de policía. Concepto

El poder de policía ha sido definido como la *facultad legislativa* de regular la amplitud y límites de los derechos individuales expresamente consagrados o implícitamente reconocidos en la Constitución de un Estado.

También ha sido definido como una potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes, con el fin de conservar la armonía de todos.

El concepto de Poder de Policía es producto de la creación de la jurisprudencia americana. Fue por primera vez empleada por el juez Marshall, presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso “Brown v. Maryland” para referirse a la facultad que corresponde al legislador reglar en cada caso el alcance de los derechos individuales.

Es posible hablar de poder de policía, bajo un concepto restringido, limitándolo a la seguridad, moralidad y salubridad pública; o bien en un sentido amplio extendiéndose a otras cuestiones tales como la defensa y promoción de los intereses económicos de la

sociedad y a su bienestar. De ahí que se admite de una policía de la prosperidad y una policía de la emergencia.

El Poder de Policía limita el ejercicio de derechos individuales para proteger otros y salvaguardar bienes jurídicos que el legislador debe preservar por su incidencia social. Es decir que busca compatibilizar la vida social con el ejercicio y protección de los derechos individuales, de modo que no sólo es el ejercicio de una atribución de limitación de derechos sino también de tutela de éstos y del interés general.

Las normas de policía pueden implicar un *hacer* o un *no hacer*, siendo más comunes éstas últimas, aunque excepcionalmente pueden consistir en hacer (ej. Vacunarse, distinguir con un determinado color los autos como en el caso del taxi. Podemos entonces decir que el poder de policía se destaca como una forma de mantener el orden y el respeto de los derechos individuales pero limitándolos a fin de que la necesidad de reglamentar el ejercicio de derechos constitucionales para armonizar la utilización de diferentes derechos por un individuo impida a otro ejercer la misma facultad.

El fundamento de este concepto, reside en que el goce de los derechos y garantías constitucionales no son absolutos, sino que deben ser reglamentados. Tal como lo consagra la 1ª parte del artículo 14 de nuestra Constitución Nacional cuando dice *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”*. Pues resulta necesario compatibilizar el goce de los derechos de toda la sociedad, pero asegurando que la reglamentación de los mismos no suprima estos derechos ni los distorsione.

Cabe preguntarnos si es posible que el Congreso transfiera el poder de policía, es decir la facultad de reglamentar derechos, a través de la transferencia y la delegación. En principio el poder de policía es inalienable, es un atributo propio de la soberanía por tanto no resultaría ni transferible ni delegable, pero por excepción la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aceptado la validez de la delegación en el Poder Ejecutivo.

Nuestro más Alto Tribunal ha dicho en el fallo *Delfino de 1927* que *“...no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella...Existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. Lo primero no puede hacerse lo segundo es admisible...”*

II.2. Poder de Policía y Policía. Su distinción

Esta posibilidad de reglar los pormenores y detalles necesarios, es lo que conocemos como Policía. Debemos hacer una distinción entre ambos conceptos. La Policía alude a la actividad y Poder de Policía a la potestad. La Policía sería el comportamiento consistente en ejercer el Poder de Policía. Hay unanimidad en la doctrina que corresponde al Poder Legislativo ejercer el poder de policía a través de leyes en sentido formal, sin perjuicio de ello se ha admitido que también lo ejerza el poder ejecutivo en cumplimiento de leyes del Congreso (y no por reglamento autónomo).

III. El poder de policía local. Actividad de policía. El comercio farmacéutico y el servicio de taxi.

Existe un importante sector de la doctrina que entiende que la actividad de farmacia constituye un servicio público impropio, desarrollada por particulares y sobre la cual el estado sólo se encarga de reglamentarla.

Sobre esta actividad Bolla ha sostenido en uno de sus trabajos que *“...la farmacia, ente con características polifacéticas, reúne todas las condiciones que jurídicamente la constituyen en un servicio público de carácter impropio y su regulación es parte del poder de policía de Estado, siendo aprehendido por tal concepto dentro de la esfera del derecho administrativo, reuniendo caracteres de actividad sui generis”*¹

Por su parte Sayagués Laso calificó a esta actividad como una “actividad de interés público”; en tanto García Trevijano Fos la calificó como una actividad encuadrada en un ordenamiento seccional y de interés público, y Garrido Falla la calificó como un “servicio público impropio”.

Si tomamos la postura sentada por Sayagués Laso y García Trevijano Fos, a la cual adhiero, la actividad de farmacia sería parte del poder de policía sanitaria y como todo poder de policía de carácter local².

Al respecto, Villegas Basalvbaso ha dicho que el poder de policía es *“... una potestad legislativa reguladora de los derechos reconocidos por la ley fundamental, esto es, en una función del órgano legislativo y desde el punto de vista de la técnica jurídica, esa manifestación es de naturaleza normativa...”* Su función es regular la amplitud y límites de los derechos individuales expresamente consagrados o implícitamente reconocidos en la Constitución de un Estado.³

Como ya lo adelantara el término *policía o actividad de policía* refiere a la aplicación administrativa de esas regulaciones de derechos, que se traduce en la posibilidad de reglar los pormenores y detalles necesarios.

La *policía* alude a la actividad y el poder de policía a la potestad. La policía sería el comportamiento consistente en ejercer el poder de policía. Hay unanimidad en la doctrina que corresponde al Poder Legislativo ejercer el poder de policía a través de leyes en sentido formal, sin perjuicio de haberse admitido que también lo ejerza el poder ejecutivo en cumplimiento de leyes del Congreso, como en el precitado caso *“Delfino”*.

¹ Bolla, Mario Edgardo Naturaleza jurídica de la farmacia. Su conceptualización como servicio público impropio”. Rev. LA LEY, T. 142, Pag 1055.

² Así lo ha reafirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Plaza de Toros” del 13 de abril de 1989, en cuanto establece que el poder de policía es local, inherente a los gobiernos locales, por disposición constitucional. “Las atribuciones al poder de policía, que en el derecho público argentino, son inherentes a los gobiernos locales, entendiéndose incluidos en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos”.

³ Al respecto, la Carta Orgánica de la CABA establece en su artículo 80: “La Legislatura de la CABA...apartado 2. Legisla en materia: inciso h) de la: “De obras y servicios públicos...”.

En el punto anterior de este trabajo decía que el goce de los derechos y garantías constitucionales no son absolutos, sino que deben ser reglamentados. En ese sentido Bianchi ha dicho que el poder de policía, es aquel poder genérico y ordenador del estado, a fin de hacer compatible el ejercicio de los derechos individuales con los derechos de los demás, es decir que, además de restringir derechos también los tutela.

Al respecto, cabe señalar que la actividad de farmacia encierra un interés público especial ya que, puede ser prestada de modo eficiente por un régimen predominante de derecho privado, aunque los sujetos que la llevan adelante la actividad se encuentren bajo una fuerte regulación de la actividad, fiscalizados, sujetos a autorizaciones administrativas previas, sin configurar concesiones ni licencias, bajo un régimen de libre concurrencia entre la actividad estatal y los particulares, en un plano de igualdad en cuanto a la titularidad de competencia, y sin necesidad de ser conceptualizada como servicio público.

La actividad de farmacia en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, se encuentra regulada por la Ley N° 17.565 –Ley Nacional de Ejercicio de la Farmacia-⁴ la cual establece que la preparación de recetas, la dispensa de drogas, medicamentos, incluidos los denominados de venta libre y de especialidades farmacéuticas, sólo podrá efectuarse en las farmacias habilitadas, conforme las previsiones del Decreto N° 41/GCABA/14 –habilitación técnica de farmacias-.

Asimismo, dicho texto legal, establece diversos extremos que deben cumplimentar las farmacias, entre los que cabe destacar la exigencia de una habilitación otorgada por autoridad competente: Es decir que para prestar el servicio es necesaria la existencia previa de un título habilitante.

Además, prevé que la actividad debe ser conducida por un director técnico, quien será el responsable de la actividad y quien dará cuenta ante las autoridades del cumplimiento de las leyes, disposiciones y reglamentaciones vigentes en su ámbito de actuación. No obstante, prevé que la responsabilidad del director técnico no excluye la responsabilidad personal de los demás profesionales o colaboradores, ni de las personas físicas o ideales propietarias de la farmacia⁵.

Por otra parte, la normativa contempla un sistema de turnos dispuestos por la autoridad sanitaria, o bien dispuestos de manera voluntaria, a fin de asegurar la satisfacción continua del interés público comprometido en la actividad⁶.

⁴ Sancionada el 5 de diciembre de 1967, bajo el gobierno de facto del entonces Presidente Onganía.

⁵ “Artículo 18. — Las farmacias deberán ser dirigidas por un director técnico, el que será responsable ante las autoridades del cumplimiento de las leyes, disposiciones y reglamentaciones vigentes en el ámbito de actuación de la entidad bajo su dirección y de las obligaciones que le fija esta ley. La responsabilidad del director técnico no excluye la responsabilidad personal de los demás profesionales o colaboradores, ni de las personas físicas o ideales propietarias de la farmacia. Todo cambio en la dirección técnica de una farmacia, sea definitivo o temporario, deberá ser previamente autorizado por la autoridad sanitaria”

⁶ Ley N° 17.565, “Artículo 6° — En las farmacias deberá efectuarse despacho nocturno al público, cuando les sea requerido por casos de urgencia. La autoridad sanitaria podrá establecer turnos de cumplimiento obligatorio, nocturnos o para días feriados, cuando lo estime conveniente. Cuando por razones de turno, esté cerrada la farmacia, deberá colocarse en lugar visible un cartel en el que consten las más próximas que se encuentren de guardia. Las farmacias podrán cumplir turnos voluntarios debiendo comunicarlos a la autoridad sanitaria”.

Se puede advertir al leer la norma, que estamos frente a una clara disposición de policía, en la que se regulan los derechos de quienes ejercen la actividad de farmacia, a fin de compatibilizar los derechos individuales con las necesidades públicas del conjunto de la sociedad.

Asimismo, se prevé que los programas nacionales, provinciales, municipales o comunales, vinculados a la actividad de farmacia deberán establecer que la misma debe realizarse con supervisión de farmacéuticos, conforme lo disponga la autoridad jurisdiccional competente⁷. En lo que es el ejercicio propio de lo que hemos reseñado *ut supra* como actividad de policía.

Por su parte, la Ley N° 153 –Ley básica de salud de la Ciudad de Buenos Aires-⁸ prevé que la autoridad de aplicación deberá regular y controlar la producción, comercialización y consumo de medicamentos, insumos médico-quirúrgicos y de curación, entre otros.

En relación a ello, cabe recordar que por el artículo 138 de la Carta Orgánica de la Ciudad de Buenos Aires⁹, se prevé que el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos ejerce su control, seguimiento y resguardo de la calidad, cuya prestación o fiscalización, realice la administración central, descentralizada o terceros.

Así las cosas, podría entenderse que en esta noción de “fiscalización” podría quedar incluida la actividad de farmacia, por ser una actividad regulada y controlada por la administración. No obstante, ello se desvanece cuando leemos la Ley N° 210 –Ente Único Regulador de Servicios Públicos- en cuyo artículo 2°¹⁰ se enumeran las diversas actividades

⁷ Ley N° 17.565, “Artículo 2° — Las farmacias deberán ser habilitadas por la autoridad sanitaria competente quedando sujetas a su fiscalización y control; la que podrá suspender la habilitación o disponer su clausura cuando las condiciones higiénico-sanitarias, la insuficiencia de elementos, condiciones técnicas o deficiencias de las prestaciones, así lo hicieren pertinente. Las máximas autoridades sanitarias a nivel nacional y provincial se encuentran facultadas para autorizar a título precario, en zonas en donde no actúen farmacéuticos, el establecimiento de botiquines de medicamentos, debiendo determinar las condiciones administrativas e higiénico sanitarias de los mismos. Los programas nacionales, provinciales, municipales o comunales destinados a la provisión de medicamentos o productos mencionados en el artículo 1º de la presente ley, deben contar con la supervisión de farmacéuticos conforme lo regule la autoridad jurisdiccional competente”.

⁸ Sancionada el 25 de febrero de 1999.

⁹ “Artículo 138.- El Ente Unico Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad, instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo, es autárquico, con personería jurídica, independencia funcional y legitimación procesal. Ejerce el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos cuya prestación o fiscalización se realice por la administración central y descentralizada o por terceros para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto”.

¹⁰ “Art. 2° - Objeto. El Ente ejerce el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos prestados por la administración central o descentralizada o por terceros, así como el seguimiento de los servicios cuya fiscalización realice la Ciudad de Buenos Aires en forma concurrente con otras jurisdicciones, para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto.

Se entiende como servicios públicos a los efectos de la aplicación de la presente ley:

- a) Transporte público de pasajeros.
- b) Alumbrado público y señalamiento luminoso.
- c) Higiene urbana, incluida la disposición final.
- d) Control de estacionamiento por concesión.

que son declaradas como servicio público, a los fines de la aplicación de la ley. No encontrándose entre ellas la actividad que nos ocupa. Reafirma ello, el artículo siguiente al establecer las funciones del ente, sólo en relación a las actividades consignadas en el mencionado artículo 2°.

Frente a ello, cabe entonces preguntarse si la actividad de farmacia, se trata en realidad de un servicio público impropio o una de las denominadas actividades de interés público, más parecida a las *public utilities* del derecho anglosajón que al concepto tradicional de servicio público.

Más allá de las incuestionables apreciaciones doctrinarias sobre el tema, lo cierto es que la normativa local, no considera servicio público a la actividad de farmacia.

Por otra parte la jurisprudencia local de la Ciudad de Buenos Aires tuvo oportunidad de pronunciarse en materia del servicio de taxis en el fallo “Minali, Angélica I. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”¹¹. En esta causa la actora demandó al Gobierno de la CABA y SACTA SA, cuya acción fue desestimada, tras aceptar la excepción de prescripción interpuesta por las codemandadas.

La acción tuvo por objeto reclamar los daños y perjuicios derivados del hecho de que las codemandadas dieron de baja, erróneamente, la licencia de taxi del marido de la demandante, tras su fallecimiento. El a quo para admitir la excepción interpuesta por las codemandadas, entendió que la licencia de taxi constituye por parte de la CABA un servicio público derivado del poder de policía e inspección (impropio) sobre el transporte público que detenta, la razón por la cual consideró que su responsabilidad era extracontractual en los términos del artículo 4037 del Código Civil, que prevé una prescripción de 2 años.

La Cámara se remitió a la Ordenanza 41815 de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, derogada por la Ley N° 3622¹², la que definía a la licencia de taxi como un “permiso municipal que habilita a la prestación del servicio de taxi”. Asimismo, determinaba que el control de transporte de autos de alquiler y taxis, el otorgamiento de licencias, su renovación, vigencia y transferencia y el régimen de habilitación constituía servicio público por estar afectado a la satisfacción de necesidades públicas.

e) Conservación y mantenimiento vial por peaje.f) Transporte, tratamiento, almacenamiento y disposición final de residuos patológicos y peligrosos.

g) Televisión por cable o de transmisión de datos con el alcance previsto en el artículo 3 inciso m) de esta ley.h) Servicios públicos que se presten en el ámbito de la Ciudad cuya prestación exceda el territorio de la misma, sin colisionar con la competencia atribuida a otros órganos del Gobierno de la Ciudad, a los entes de otras jurisdicciones y a los entes de la Nación, con los que se complementa, conforme lo establecido en el Art. 3 inciso m).

i) Sistema de verificación fotográfica de infracciones de tránsito por concesión.

j) Servicio de transporte escolar.

La inclusión de nuevos servicios públicos, debe ser aprobada por la Legislatura”.

¹¹ Cámara Nacional Civil, fallo del 12 de noviembre de 2008.

¹² sancionada el 11 de noviembre de 2010

Para sostener su postura, la Cámara entendió que se encontraba frente a un servicio público impropio, que es aquel que realizan los particulares a fin de satisfacer necesidades colectivas, como ocurre en el caso del servicio de taxi o la actividad de farmacia. Estos servicios, por su finalidad se encuentran sometidos a un régimen de derecho público, lo cual implica que el particular se subordina a la administración, que será quien imponga las normas de regulación de prestación de dichos servicios.

Recordemos que dicha prestación se basa en una autorización o permiso, otorgada por la administración para que el particular despliegue la actividad. Es decir que la misma excede el terreno del derecho privado y se ubica en el ámbito del derecho público, sin que ello implique una relación contractual del particular con el estado, sometiéndose solo a su control y reglamentación.

Es decir que en el caso la actora, no era concesionaria ni usuaria de un servicio público, sino un particular titular de una licencia para ejercer el servicio de taxi, a fin de satisfacer el interés colectivo bajo la regulación que fijaba la administración, razón por la cual el tribunal de 2ª instancia confirmó la sentencia del juez de grado¹³.

Cabe destacar que los servicios públicos impropios son controlados por el estado a fin de procurar que no se dañe el interés general, de ahí proviene la razón por la cual se impone un control de precios, de servicios, etc.

En definitiva, reiterando lo sentado por Piaggio, la diferencia entre las actividades de interés público reguladas por el estado en ejercicio del poder de policía y aquellas que son declaradas como servicio público, es que en esta última existe una subordinación al ámbito del derecho público en las relaciones jurídicas existentes entre el estado (titular de la actividad) y sus prestados (público o privado) sino también en la relación jurídica existente entre el prestador y el usuario, consumidor o cliente¹⁴

Posteriormente en el fallo “Gagnotti, Santiago J. c. Dirección General de Educación Vial y Licencias de la Ciudad de Buenos Aires”¹⁵ en los cuales la mencionada Dirección General rechazó la solicitud de renovación de licencia profesional de conducir clase D, realizada por quien poseía antecedentes penales. Frente a ello, el actor interpuso una acción de amparo, la cual fue acogida favorablemente. La administración apeló la sentencia la que fue a posteriori confirmada por la Cámara.

¹³ El Gobierno de la Ciudad de Bs. As. delegó en SACTA SA sus facultades de control y modificaciones del registro de licencias de automóviles de alquiler y taxis, de acuerdo a la reglamentación que dictó para regir la actividad, mediando en dicho caso un contrato de concesión entre las partes, lo que no implicaba la existencia de una relación contractual entre ésta última y el titular de licencia de taxi.

¹⁴ Salomoni hace una distinción entre usuario de servicio público y consumidor o clientes, en base a la garantía constitucional prevista en el artículo 42 de nuestra Carta Fundamental “Teoría General de los Servicios Público).

¹⁵ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, de fecha 14 de febrero de 2002.

En sus fundamentos el Tribunal argumentó que la actividad de taxi, ha sido calificada por la doctrina como servicio público impropio y también por la derogada Ordenanza Municipal Nº 41.815.

El Tribunal expresó que *“...las actividades de titularidad privada originaria el derecho a ejercerlas por parte de los particulares es pleno, lo que no significa, si embargo, que sea absoluto, ya que en principio, todo derecho subjetivo tiene que ejercerse conforme a las leyes que lo reglamentan (art. 14, Const. Nac.), teniendo en cuenta, además, que reglamentar un derecho no es degradarlo ni suprimirlo o limitarlo irrazonablemente, sino hacerlo, compatible con el derecho de los demás, y en este caso, con el interés general o público”*.

“...En este sentido, se ha dicho que "Es necesario enfatizar que, a tenor del principio de "relatividad", todos los derechos de rango constitucional lo son con el alcance y extensión que les asignen "las leyes que reglamenten su ejercicio" (art. 14, CN), más allá de que dicha legislación requiera satisfacer la regla de la "razonabilidad" (art. 28, CN) (...) el derecho constitucional de trabajar y ejercer toda industria lícita no es un derecho de todos los habitantes para todos los empleos, oficios o profesiones en que se descompone el vasto catálogo de quehaceres laborales, ya que, independientemente de las restricciones económicas a la demanda de trabajo -que injustamente resultan de un modelo productivo que genera marginalidad y exclusión- se suman las "razonables limitaciones jurídicas" que establecen condiciones, exigen aptitudes, imponen recaudos e, incluso, contemplan exclusiones, las cuales serán válidas desde la perspectiva superior del atalaya del ordenamiento normativo en tanto no estén inspiradas, al conformarse notas y categorías de habilitación e impedimento, en subalternas motivaciones de persecución o indebido privilegio, carentes de respaldo constitucional" (del voto del Dr. Casás en los autos "Vera, Miguel Angel c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Dirección General de Tránsito) s/ amparo s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", sentencia del 8 de mayo de 2002)...”¹⁶

Por otra parte, en el fallo *“Mancuso c. Gobierno de la CABA s/ amparo”¹⁷*, trata sobre el acta que se le labró al chofer no titular de un taxi cuya habilitación se encontraba vencida por más de 120 días, para dar pago voluntario del titular de la licencia de la multa por la infracción cometida por su dependiente ante la Unidad Administrativa de Control de Faltas y la posterior prosecución de las actuaciones administrativas ante la Dirección General de Educación Vial y Licencias con el fin de suspender el uso de la licencia, lo cual no implicaba una violación al principio *non bis in idem*, puesto que son manifestaciones de potestades diversas por lo que no hay irrazonabilidad o ilegitimidad en la coexistencia de ambas sanciones.

En dicho fallo, el Tribunal afirmó que la actividad de taxi ha sido calificada por la doctrina como servicio público impropio. Asimismo, reitera que el otorgamiento de la licencia del servicio de taxi importa la concesión de un servicio público. Es decir que no es un derecho del que gocen todas las personas sino un privilegio que le asiste a aquellos elegidos por la administración, conforme reglas de selección de naturaleza legislativa y sobre quienes pesa, a partir del otorgamiento, cargas de las que depende su mantenimiento.

¹⁶ párrafo 2º del considerando 11 del fallo.

¹⁷ Tribunal Superior de Justicia de fecha 21 de mayo de 2005

En la misma línea de pensamiento, en los autos “Ambrosi, Leonardo c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”¹⁸, el Tribunal reitera los argumentos de la causa “Mancuso”, afirmando que el otorgamiento de la licencia de servicio de taxi importa conceder un servicio público. No es un derecho del que goce toda persona, sino un privilegio que asiste a aquellos que la Administración escoge, siguiendo reglas de selección de naturaleza legislativa, y sobre quienes pesan, a partir del otorgamiento, cargas de las que depende su mantenimiento, a partir de la cual existe entre la Administración y el sujeto una relación de supremacía especial.

En los fallos en comentario, se advierte la potestad estatal para reglamentar el derecho a trabajar y ejercer industria lícita (art. 14 de la Constitución Nacional, art. 43 de la Carta Orgánica de la Ciudad de Buenos Aires y tratados internacionales sobre derechos humanos) en ejercicio del poder de policía. Al respecto en el último fallo comentado, el tribunal expresó que *“...tal situación amerita la obligación irrenunciable del Estado de ejercitar cuidadosa, responsable, prudente y atinadamente el “poder de policía” -en su acepción tradicional-, potestad con la cual la sociedad y el ordenamiento constitucional y legal lo han investido...”*

IV. El poder de policía y la emergencia

La emergencia se caracteriza por tratarse de una situación de carácter *transitorio* o *excepcional*. La misma, sin dudas para conformarse como tal debe ser grave, ya que no cualquier crisis autoriza a tener por configurada la emergencia, toda vez que es su singularidad la que permite tomar medidas excepcionales, de lo contrario bastaría con la actividad propia de los poderes ordinarios del estado.

Las instituciones regulares de emergencia básicamente contempladas en nuestro ordenamiento jurídico son la declaración de guerra, la conmoción interior, la intervención federal y los gobiernos de facto. Y fuera de ella, existe otro tipo de emergencia, de carácter anormal, a las que podemos denominar “estado de necesidad”, que sólo puede legitimarse a través de una habilitación expresa; por ello por vía legal se han ampliado las situaciones de emergencia, razón por la hoy podemos hablar de emergencia en materia económica, financiera, habitacional etc.

El derecho de emergencia debe encuadrarse dentro del más amplio derecho de necesidad, ya que el estado de emergencia caracteriza una situación excepcional y transitoria de carácter accidental.

- Urgencia: es la simple urgencia
- Estado de necesidad y urgencia: el estado de necesidad en general lleva de manera implícita o explícita la noción de urgencia, la misma funciona simplemente como calificativo de aquel estado de necesidad pero no es fundamental su presencia. Ej. La posible quiebra en el 2001 de nuestro sistema financiero, las inundaciones en la década del '90 en la provincia de Sta. Fe. Frente a estas situaciones se ha entendido que deben ceder los principios y normas del orden jurídico si es que no existe previsión normativa para ello, *porque es la*

¹⁸ Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires del 24 de noviembre de 2011

magnitud del hecho y no la urgencia o apremio temporal, lo que tiene mayor peso en el concepto.

No obstante, la necesidad no puede justificarlo todo ni puede escapar al derecho, debe ser valorada en función de su compatibilidad o incompatibilidad con la Constitución Nacional, conforme las previsiones del artículo 28 (*Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*).

Pero la existencia de un estado de necesidad pública, si bien puede llegar a eximir de responsabilidad al Estado no configura de por sí como legítima la conducta realizada. Toda vez que lo que ha mediado es una valoración realizada por el Estado entre los bienes jurídicos tutelables, frutando la realización de algunos de ellos a favor del todo.

Pero desde un punto de vista jurídico político la *emergencia* y la *necesidad y urgencia*, si bien guardan cierta similitud tienen implicancias distintas. La emergencia que justifica el Poder de Policía de emergencia, fue elaborada por nuestra Corte Suprema, y se relaciona con un contenido legislativo caracterizado por una restricción de los derechos individuales. En tanto que la necesidad y urgencia que justifica los reglamentos de ese nombre dictados por el Poder Ejecutivo, implican en cambio, un *desplazamiento de competencias constitucionales*, en tanto que aquel regula materias atribuidas por la Constitución al Poder Legislativo.

Pero además de esa “necesidad” que es la razón de ser para poner en marcha el mecanismo de emergencia, implica que el mismo sea adecuado para enfrentar la situación que se está tratando de regular, es decir que debe existir “razonabilidad” entre medios y fines.

Siempre la declaración de emergencia debe tener por finalidad superar graves situaciones a fin de satisfacer el interés público, bajo la adopción de medidas razonables. Su legitimidad estará dada por la defensa y el amparo al orden constitucional, al que tiende garantizar mediante remedios extraordinarios.

La Constitución Nacional establece expresamente los límites de la emergencia, en cuanto a los poderes competentes para su declaración –en primer lugar el Poder Legislativo y en segundo lugar el Ejecutivo-, a las causales para su declaración y el procedimiento para su dictado. Quedando en manos del Poder Judicial analizar la razonabilidad de las normas y de los actos que se dictan en consecuencia. Es decir que le corresponde verificar los supuestos fácticos con la finalidad de declarar la legalidad o no de la medida adoptada. El Poder de Policía de emergencia, acentúa este control ya que la validez del derecho de emergencia debe ser celosamente vigilada por la justicia a fin de evitar arbitrariedades y excesos.

Otro aspecto relevante, es el plazo de la emergencia ya que no es razonable que la misma se prolongue indefinidamente en el tiempo. La emergencia por su propio carácter excepcional es *ocasional o momentáneo*, porque de lo contrario ya no estaríamos frente a una situación de emergencia sino ante una realidad fáctica cotidiana, respecto de la cual en tal caso podremos plantearnos la eficacia de las medidas adoptadas.

La emergencia debe cumplir con los siguientes extremos:

- La situación de emergencia debe ser real y efectiva.

- Debe ser accidental y temporaria.
- Ninguna emergencia confiere poderes superiores o ajenos a la Constitución ni suspende su vigencia.
- Implica poner en funcionamiento mecanismos excepcionales del Estado, guardando siempre una razonabilidad entre medios y fines.

V. El poder de policía de la emergencia

El Poder de Policía de la emergencia fue gestado y desarrollado en nuestro país a partir de la década del `90, pero a nivel mundial tuvo lugar durante la primer parte del siglo XX a consecuencia de las guerras mundiales y la depresión económica.

El Poder de Policía de emergencia se caracteriza por: a) la utilización en general de decretos de necesidad y urgencia y decretos delegados, b) la protección por la excepción al ordenamiento jurídico del estado, del poder público en su variada conformación y organización, por encima de los intereses particulares o sociales.

Si bien es cierto que mediante decretos de necesidad y urgencia se ha instrumentado en diversos casos la emergencia legitimadora de una mayor restricción de derechos, eso no significa que la emergencia exija el dictado de decretos de dicho carácter, como ya lo hemos visto.

El poder de policía en épocas de emergencia habilita la reglamentación de los derechos con una mayor intensidad, lo cual no sería admisible, en circunstancias normales. Funciona así como un derecho de excepción que tiene por finalidad proteger los intereses de los más vulnerables. Podemos afirmar entonces que el derecho común es la regla ordinaria en tiempos normales y el derecho excepcional es la regla común en tiempos excepcionales.

En el fallo de “Avico c. De la Pesa” del año 1934, en el recuso extraordinario de Avico, tomando jurisprudencia americana –“Home Building v. Blaisdell” de la Corte Federal Americana- se enumeran los requisitos que debe contemplar una ley de emergencia para que su sanción esté justificada:

- 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, la de proteger intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos,
- Que la moratoria 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.

Es decir que la regla básica del poder de policía de emergencia enuncia que la medida del interés público afectado determina la medida de la regulación necesaria para tutelarla.

Asimismo, los tratados internacionales a los que nuestro país ha adherido, contienen previsiones relativas a la materia como sucede con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El 1º prevé en su art. 4º, que cuando situaciones excepcionales pongan en *riesgo la vida de la Nación*, los Estados Parte podrán

adoptar medidas que suspendan temporalmente las obligaciones contraídas. Pero que significa que pongan en riesgo la vida de la Nación? Se ha interpretado que debe tratarse de situaciones en las que medie un peligro excepcional, inminente, que afecte a la población en general y que traiga aparejada consecuencias para la sociedad.

En el 2º documento internacional, en su artículo 27 prevé expresamente 3 situaciones que permiten la declaración del estado de emergencia por tiempo determinado: 1. Guerra; 2. Peligro público; 3. Otra emergencia, que amenace la independencia o seguridad del estado. Pero en su 2º párrafo establece que *“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”*.

Por otra parte el artículo 30 de dicho documento internacional al establecer los alcances de las restricciones prevé *“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”*.

Pero además contamos con numerosa cantidad de decretos de sustancia legislativa que ejecutaron políticas de emergencia. En este sentido ha sido nuestro máximo tribunal el que ha salido a convalidar esta clase de decretos toda vez que muchos de ellos han sido dictados varios años antes de la reforma constitucional del año '94. Ejemplo de ello han sido entre otros, los fallos Cocchia y Peralta. En este último fallo la Corte Suprema señaló entre otras cuestiones que el derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución sino dentro de ella; el problema no se circunscribe al análisis del ejercicio del poder de policía, sino que reside en un juicio axiológico en el que están involucrados principios constitucionales diversos y que debe resolverse atendiendo a las circunstancias de la causa. Es decir que comienza a delinearse un derecho de policía con características propias y con finalidades también propias, un “derecho de policía de emergencia”.

En “Peralta” nuestro más Alto Tribunal también expresó que *“El fundamento de las leyes de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, fijando plazos, concediendo esperas, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones a la vez que atenuar su gravitación sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto”*. Asimismo, ha entendido que la emergencia implica una situación extraordinaria que gravita sobre todo el orden económico-social, originando un “estado de necesidad” al que resulta imprescindible poner fin. Incluso prevé de forma expresa que el ejercicio del poder público puede extenderse al ámbito económico y social en procura del bienestar general

Por otra parte, la Suprema Corte de Mendoza en el fallo “Merga c/ Municipalidad de Las Heras” de fecha 15.02.94, con idéntico criterio dijo que el estado de excepción encuentra su legitimación en la protección al estado de derecho y a los derechos esenciales de los individuos, amenazados por las graves perturbaciones al orden público. De modo que cuando se recurre a la emergencia se lo hace a fin de amparar y defender el orden

constitucional, ya que la emergencia no suprime la legitimidad constitucional sino que la garantiza por medio de vías extraordinarias.

En autos "Merga, Fernando c. Municipalidad de Las Heras", el Superior Tribunal Mendocino declaró que "emergencia... es un estado en el que los derechos individuales ceden al bien común general porque está en juego la propia existencia del todo; sólo así puede llegar a justificarse, en un estado democrático que el bien de cada uno no se considere parte integrante del bien de todos. Pero si tal excepcionalidad ha pasado, no hay razón alguna para que los derechos amparados por la Constitución queden postergados en aras de un supuesto bien común abstracto...".

VI. Conclusión

El poder de policía y la actividad de policía, como se puede advertir, se tratan de institutos que resultan procedentes tanto en épocas de normalidad institucional como en épocas de emergencia, tal como lo demuestra nuestra historia nacional.

Es decir que la necesidad de compatibilizar el goce de los derechos e intereses de los administrados, es necesaria en cualquier circunstancia más allá de los tiempos vividos. Ni la emergencia ni las épocas de estabilidad institucional, han sido óbice para el ejercicio de estos dos institutos, pues son la expresión de la potestad estatal.

El poder de policía, como lo señalara, se trata de un instituto que permite fijar el límite para el goce de los derechos, en tanto que la actividad de policía establecerá como se habrán de fijar esos límites. Alcanzando su mayor desarrollo en nuestro país desde la década del 90, en la cual comenzó a gestarse la idea de un poder de policía de la emergencia, que entiendo aún hoy, como una herramienta que permita con mayor laxitud compatibilizar el goce de los derechos.

Por su parte, en el ámbito local el poder de policía y la actividad de policía a la fecha se vinculan con mayor intensidad a actividades desplegadas por particulares, lo cual pareciera estar más apegado a ese concepto restringido de poder policía al que me referí al inicio del presente trabajo.

Extremo que demuestra que a nivel nacional este antiguo concepto ha alcanzado un desarrollo producto de las reiteradas emergencias, que aún a nivel de la Ciudad de Buenos Aires no ha tenido lugar. Quizás esto último, lejos de ser un error, sea la señal un futuro auspicioso.

VII. Bibliografía

RODOLFO BARRA, "Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público". Comentario del fallo Fundación San Martín de Tours (CNCAF, Sala IV), La ley on line AR/DOC/16837/2001.

LAURA DELFINO, "El ente único regulador de servicios públicos de la Ciudad de Buenos Aires",. La ley on line – AR/DOC/7245/2001.

OSVALDO M. BEZZI, "La propiedad de la farmacia: modalidad inherente al ejercicio profesional", La Ley on line AR/DOC/2328/2001.

JOSÉ LUIS CORREA, "Servicios Públicos Municipales", La Ley on line AR/DOC/2564/2006.

CARLOS A. R. STEFANELLI, “Las transformaciones en el servicio público”, La Ley on line AR/DOC/1675/2008.

PABLO TONELLI, “Bases actuales de la responsabilidad del Estado en la Ciudad de Buenos Aires Es necesario que se sancione una ley de responsabilidad estatal en la Ciudad de Buenos Aires?”, El Derecho 13 de junio de 2014, N°13.504.

JOSÉ CRETILLA JUNIOR , “Conceito moderno de Serviço Público”. Revista da Faculdade de Direito, 1966.

Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, “La naturaleza jurídica del servicio de provisión de conexión de internet”, Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, 2004.

LUCAS PIAGGIO, “La banca como servicio público: una ficción legal contra natura”, 2 de julio de 2010. Federación Latinoamericana de Bancos FELABAN. Concurso de monografías jurídicas para jóvenes abogados menores de 35 años, 2010.

MARIO EDGARDO BOLLA, “Naturaleza jurídica de la farmacia. Su conceptualización como servicio público impropio”, La Ley 1971-142.

ESTELA B. SACRISTÁN, “Regulación y control de la empresa estatal en el derecho comparado (con especial referencia al Reino Unido), Revista RaP 2012.

DANIEL EDGARDO MALJAR, “Intervención del estado en la prestación de servicios públicos”, Hammurabi. 1998.

NÉSTOR OSVALDO LOSA, “El derecho municipal en la constitución vigente. Su análisis jurisprudencial y doctrinal en lo nacional, provincial y contravencional”,. Abaco de Rodolfo Depalma, 1995.

HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, “Derecho municipal”, Rubinzal Culzoni. Revista de derecho público, 2005.

HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, “Constitución de la Ciudad de Buenos Aires”, comentada, Rubinzal Culzoni, 1996.

BARTOLOMÉ FIORINI, “Manual de Derecho Administrativo”, LA LEY, 1968.

MANUEL MARÍA DIEZ , “Manual de Derecho Administrativo”, Plus Ultra, 1981.

AGUSTÍN GORDILLO “Tratado de Derecho Administrativo”, FDA 2000.

MIGUEL MARIENHOFF , “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, 2011.

BENJAMÍN VILLEGAS BASALVIBASO, “Tratado de Derecho Administrativo”, T.E.A., 1951.