

1. Introducción

"... Que ni el gobierno libre ni la bendición de la libertad pueden ser preservados por un pueblo sin una adhesión firme a la justicia, la moderación, la templanza, la frugalidad, y un retorno frecuente a los principios fundamentales..." (1).

Toda sociedad humana procura asegurar, mediante el ejercicio del poder y la puesta en vigencia de un sistema normativo que responde a los valores comunes, el orden social. Sin embargo, desde tiempos inmemoriales, han existido normas cuyo exclusivo cometido final no ha tenido relación alguna con dichos valores comunes, sino únicamente con el aseguramiento de la paz social entre los integrantes de cada sociedad particular, sin la cual la convivencia no sería posible.

En este sentido, la paz social ha sido un valor comunitario tan importante que su búsqueda y aseguramiento han ocasionado el dictado de infinidad de normas sociales cuya única finalidad ha consistido en su mantenimiento, con total prescindencia o consideración de los valores sociales que dieran origen al dictado del resto de las normas sociales. Estas dos categorías de normas —"normas-valores" y "normas-pacificadoras", o meramente asegurativas de la paz social—, en tiempos de normalidad se fusionan para constituir en conjunto un sistema normativo coherente. Sin embargo, y si bien toda sociedad requiere del mantenimiento de ciertos valores que forman una parte esencial de la cultura social y que están internalizados como propios por sus integrantes, en los momentos de crisis en los cuales el sistema social se siente en peligro de disolución o de irrupción de la violencia entre sus miembros, dicho sistema comienza a sentir la tentación de sancionar y aplicar las normas sociales que sean necesarias para asegurar el orden y la paz comunitarias, aun cuando dichas normas "pacificadoras" hagan caso omiso, deroguen o avasallen algunas de las "normas-valores" del sujeto colectivo. Toda vez que las "normas-valores" y las "normas-pacificadoras" entran en colisión, la sociedad debe realizar una elección que casi nunca está exenta de dramatismo.

La derogación de las "normas-valores" por parte de las "normas-pacificadoras" ocurre de manera creciente en la medida en que:

- a) el peligro de "crisis social" sea percibido por el sistema social como mayor; y/o
- b) las "normas-valores" sociales ignoradas, derogadas o avasalladas formen una parte no esencial del sistema social, o no estén suficientemente internalizadas en la cultura de sus integrantes.

No es infrecuente que las normas "pacificadoras" estén en contradicción con el

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(*) Trabajo galardonado con el premio Estímulo otorgado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).

(1) Art. XV de la Declaración de Derechos de Virginia, 1776.

(2) Como lo ve Ortega, "Imagínese que sobreviene en la vida pública de un país cualquier dificultad, conflicto o problema: el hombre-masa tenderá a exigir que inmediatamente lo asuma el Estado, que se encargue directamente

Poder de policía y crisis del derecho constitucional (*)

Por
GUSTAVO ARIEL KAUFMAN

SUMARIO: I. Introducción. — II. Evolución histórico-conceptual del poder de policía. — III. Génesis de la colisión entre el poder de policía y los derechos constitucionales. — IV. Implicancias político-constitucionales del poder de policía. — V. Propuesta para una reinterpretación constitucional. — VI. La seguridad jurídica y la "teoría de la revolución inminente". — VII. Los límites de la interpretación constitucional. — VIII. La dignidad del ciudadano y el derecho de propiedad. — IX. La teoría de la razonabilidad y la reconstrucción de una teoría de interpretación de la Constitución.

resto de los valores sociales, ya que en muchas ocasiones implican diferentes modalidades de ejercicio de la fuerza contra ciertos integrantes de la comunidad a los cuales se les adjudica —justa o injustamente— la responsabilidad por el desorden social, o cuyo castigo tendría como efecto esperado la paz social tan anhelada. La justificación para proceder en este sentido consiste en que toda sociedad, o sus gobernantes invocando su representación, se considera con derecho a hacer todo lo que sea necesario para asegurar la paz social por sobre todas las cosas.

En el campo de la teoría jurídica, esta antigua facultad gubernamental de hacer "todo lo que sea necesario" tiene un estrecho vínculo con el ejercicio del poder de policía, y otorga legitimidad para que las normas pacificadoras sean sancionadas y aplicadas contra determinados integrantes de la sociedad, a los cuales se les adjudica alguna clase de "responsabilidad" por la situación de inestabilidad social con la que se pretende terminar de manera efectiva a través de la "norma pacificadora". En algunas ocasiones, y dependiendo de las condiciones arriba señaladas, con prescindencia del resto de las "normas-valores" de dicho sujeto colectivo; en particular, con prescindencia de los derechos fundacionales-constitutivos ("constitucionales") de la sociedad.

Esta concepción del derecho del sujeto colectivo a tomar todas las medidas que aseguren su autopreservación como absolutamente prevalente sobre los derechos individuales de los integrantes de dicha sociedad había sido progresivamente limitada por el desarrollo del derecho constitucional, desde el otorgamiento por Juan sin Tierra en el año 1215 de la Carta Magna hasta la sanción de las Constituciones contemporáneas. La razón de ser de una Constitución consiste en la protección de los derechos de los individuos, en especial y precisamente cuando los gobernantes consideran que su avasallamiento constituye la manera más expeditiva de restaurar el orden o de solución rápida y eficazmente determinado problema social (2). Por

de resolverlo con sus gigantescos e incontrastables medios... El estatismo es la forma superior que toman la violencia y la acción directa constituidas en norma. A través y por medio del Estado, máquina anónima, las masas actúan por sí mismas" (compilado por SANCHEZ AGESTA, "Documentos constitucionales y textos políticos", ps. 418 y 421).

(3) Como claramente lo acota García Belsunce, "La deformación política del concepto (de bienestar general o bien común) es alarmante. Es materia prima de demagogos y dictadores. Es signo de hombre justo y hasta quizás altruista

ello, no existe mejor expresión de la esencia filosófica de la idea constitucional que la máxima kantiana que dice que "cada hombre es un fin en sí mismo: ningún hombre puede ser considerado como un medio para otros fines".

Sin embargo, luego de dictadas las constituciones, las naciones inevitablemente atraviesan crisis de mayor o menor envergadura que recurrentemente ponen a prueba la voluntad social de atenerse a lo que ellas estatuyen y de procurar remontar dichas crisis por la vía constitucional que, frecuentemente, es la vía más lenta, sacrificada y menos "eficaz" en la solución del problema existente. Mientras la profundidad de la crisis no atraviese ciertos umbrales socialmente considerados como tolerables, los derechos individuales son resguardados y la sociedad se sacrifica para superarla mediante los mecanismos constitucionalmente establecidos. Sin embargo, la no creencia en los valores insitos en los preceptos de la Constitución ocasiona que dicho umbral de tolerancia descienda peligrosamente, hasta el punto que crisis de mínima magnitud justifiquen la suspensión o derogación de los derechos constitucionales. La gimnasia de suprimir los derechos que acuerda la Constitución cada vez que le conviene al sujeto colectivo o a sus gobernantes incrementa la capacidad de proceder en el mismo sentido, frente a estímulos —emergencias— de cada vez menor entidad, o de otra naturaleza completamente diferente.

En nuestro país, las principales justificaciones doctrinarias y jurisprudenciales para que los derechos constitucionales sean de una u otra manera dejados de lado han sido justificadas por la doctrina del "poder de policía amplio", cuyo real significado es la facultad del Estado para dictar y aplicar las normas que sean necesarias para asegurar la paz social o el bienestar general, bendiciendo su propia conducta bajo el pretexto emotivamente irrefutable de estar así asegurando el "bien común" (3).

Dichas justificaciones se han formulado sin considerar la intrínseca contradicción

ta el querer que la gente sea lo más feliz posible y, en esta testitura, hay quienes —hombres o gobiernos— arrogarse el monopolio del bien común; poniendo su ideario bajo tal advocación, desarmar al contrincante, a quien además pueden entonces presentar como desalmado explotador deseoso tan sólo de favorecer a unos pocos privilegiados, con daño grave para las honradas masas. Bien dice VON MISES que la tragedia de Occidente estriba precisamente en que es posible recurrir a tan pobres artificios retóricos sin que nadie ose oponer seria resistencia dialéctica..." ("Garantías constitucionales", p. 92).

existente entre: a) la teoría de gobierno que considera que los gobernantes deben hacer todo lo que sea necesario para asegurar el "bien común"; con b) la teoría de gobierno establece que, en ningún caso, los gobernantes pueden contradecir las disposiciones constitucionales. La teoría de que el gobierno debe proceder a asegurar, sobre todas las cosas, el bien común no es una doctrina política ajena a la teoría constitucional que pueda ser, en algunas situaciones de "crisis" o "emergencia", compatible con ella: es la teoría antitética, es lo que precisamente se procura evitar a través de la promulgación de los capítulos de derechos y garantías en los textos constitucionales.

Una vez que la sociedad a través de sus gobernantes ha determinado que el camino más expeditivo para resolver ciertos problemas sociales consiste en la sanción y aplicación de normas que contradicen la Constitución, la solución para mantener las apariencias de continuidad constitucional es la tergiversación de su texto: leer e interpretar en sus palabras lo que ella —aun para el lector más desprevenido— no dice.

En la Argentina, como ocurriría en otros países, la irrupción de ideas políticas a comienzos del siglo XX contrarias al ideario liberal que inspirara a sus constituyentes, relativizando los derechos de propiedad y las libertades económicas de los ciudadanos, transformó una discusión de derecho constitucional en un debate puramente ideológico en el cual quienes defendían los arts. 14 y 17 de la Constitución eran identificados como partidarios del statu quo, mientras que los propulsores del cambio se convertían en los paladines de la reforma social sin reforma del texto constitucional. Mientras tanto, no se advertía que la degradación del debate ocasionaba la degradación de la propia esencia de la Constitución, sin que se notara que en el argumento presuntuosamente "progresista" de la posibilidad de flexibilizar el texto constitucional, estaba en realidad implícita la aceptación de que el gobierno puede hacer lo que sea para superar lo que el gobierno considere constituye una "crisis", utilizando los medios que entienda necesarios para lograr el fin de restaurar la paz social.

El Estado omniprotector del bien común recurre a todo arbitrio para lograr su cometido. Sin embargo, la consecuencia final de su accionar ilimitado resulta en la destrucción del derecho constitucional, en la eliminación de los derechos y garantías de los ciudadanos y, finalmente, en el sacrificio religioso en el altar del "bien común" de las inocentes víctimas de la omnipotencia

Sumario

Pág.

DOCTRINA

Poder de policía y crisis del derecho constitucional, por GUSTAVO ARIEL KAUFMAN (continúa)

1

SUPLEMENTO ACTUALIDAD

EDITADO POR LA LEY S. A. E. I.
PRESIDENTE: CARLOS A. VANASCO

social, incumpliendo la sociedad su propio compromiso escrito de que dicho sacrificio jamás ocurriría, de que jamás los seres humanos que la integran serían considerados como medios para otros fines.

La teoría constitucional "pura" es, más que la concretización de determinadas ideas políticas, una teoría esencialmente pragmática que procura encontrar los medios institucionales para lograr determinados fines de gobierno (4); la propia división de poderes no tiene sentido en sí misma, sino como una solución ingeniosa "simple, casi geométrica" al problema de cómo lograr un gobierno eficiente y limitado a la vez. Razones de la misma naturaleza, eminentemente pragmáticas y desprovistas de todo contenido ideológico, nos deben llevar a reafirmar que los límites impuestos por el texto constitucional no pueden ser, en ningún caso, rebasados por los actos de los gobernantes, bajo peligro de que dejemos de que la Constitución deje de tener validez efectiva, para transformarse en una mera expresión de deseos sin fuerza normativa. La envergadura de una crisis no puede ser sopesada contra sí misma, sino contra la alternativa de que su superación por vías inconstitucionales pueda conducir a un país a las secuelas de crisis futuras irreversibles y recurrentes que se derivan de la degradación progresiva de su Constitución. La escalada de soluciones cada vez más inconstitucionales a problemas cada vez más serios, ocasionados en buena medida por las tergiversaciones constitucionales del pasado, no pueden conducir sino a una espiral de crisis económico-sociales recurrentes o a una ruptura constitucional definitiva. Es el sentido práctico y no un idealismo ingenuo el que aconseja el sacrificio social para la superación de las crisis respetando los mecanismos, derechos y garantías establecidos por la Constitución.

Para confirmar la tesis expuesta en el párrafo anterior, entendemos que la experiencia política recogida nos impone un reexamen de los orígenes y de las consecuencias de la doctrina jurídica que convalida la sobre-expansión del accionar estatal hasta desbordar todo límite constitucional: la doctrina del "poder de policía amplio", así como las alternativas para retornar los derechos y garantías de los habitantes a lo que claramente estatuye nuestra Constitución Nacional.

II. Evolución histórico-conceptual del poder de policía

La palabra "policía" se emparenta con el vocablo "política". Como lo cita Marienhoff (5), "política" significaba gobierno o administración de la ciudad y, en Grecia, la policía se refería a todas las formas diferentes de gobierno, y era equivalente a la actividad total del Estado. En la medida en que todo Estado pretende en primer lugar su autopreservación, la actividad policial consistía en llevar a cabo la política, en el sentido de obligar a todos los habitantes a cumplimentar las normas necesarias para la convivencia y para la consecución de los fines sociales.

Esta noción de la "policía" como aquella institución que hace "lo necesario" para la

convivencia social, legitimada por el derecho de toda sociedad a la autopreservación, es una creencia que forma parte de nuestra cultura jurídica occidental (6). Por ello, no debe extrañar que los autores se refieran de continuo al poder de policía como un atributo "obvio" de la soberanía, o como un derecho natural del Estado a ponerlo en práctica, aun en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, o incluso que algunos lean en la Constitución que el Congreso ha sido expresamente investido con dicho poder. En nuestra cultura jurídica, nos es difícil concebir un Estado sin derecho a asegurar el orden social mediante el uso de la fuerza.

Según lo advierte Garrido Falla, había en Alemania "una serie de asuntos civiles cuya decisión estaba en manos de los tribunales de justicia; para otros asuntos, en cambio, estos tribunales no tenían competencia. Así como los asuntos civiles judiciales están dominados por el principio de legalidad y por la posibilidad de recurrir siempre a una instancia judicial independiente, hay otros asuntos que resuelve inapelablemente el Príncipe en virtud del viejo principio *im Polizeisachen gilt Keine Appellation* (en los asuntos de policía no hay apelación). La existencia de este importante poder discrecional en manos del Príncipe es un rasgo tan fundamental del régimen, que la literatura jurídico-política ulterior lo ha configurado por antonomasia como *Estado policía*" (7).

"Prefiero la injusticia al desorden", decía San Agustín en el Medievo. La actividad totalmente discrecional del monarca alemán en lo referente a los asuntos de "policía" se diferenciaba del resto de los asuntos jurídicos que eran resueltos por los jueces de manera independiente de acuerdo al siguiente criterio: aquellos casos en los cuales la concretización de la justicia objetiva no ocasionaba el desorden social y aquellos otros que, por sus implicancias, era preferible que los resolviera el rey con criterios primordialmente políticos y con independencia de alcanzar o no en ellos un resultado justo. La creencia insita consistía en que, como lo sostiene la máxima de San Agustín, el ser "justo" en ciertos casos podría llevar a ciertas formas de desorden social y, por ende, siendo preferible la injusticia al desorden, resultaba mejor que dichos asuntos sean alejados de la potestad judicial y solucionados en donde "corresponde". La preferencia por una sociedad ordenada a una sociedad justa es un elemento esencial de toda teoría que justifique la existencia del poder de policía o que amplíe su ámbito de aplicación.

La creencia en la necesidad de que el Estado cuente con el poder de policía ha llevado a la doctrina a sostener que la idea de Estado es inseparable de la de policía (8), a calificarlo como "el más esencial de los poderes" y "el menos limitable" —pues "se extiende a toda fase posible de lo que las Cortes vinculan al bienestar general o prosperidad pública (9)"—; también a sostener que resume la totalidad del poder gubernamental, y que todos los demás poderes no son sino incidentales y subordinados al ejercicio del poder de policía. Asimismo, que la existencia del gobierno depende verdaderamente de él, así como la seguri-

dad del orden social, la vida y la salud del ciudadano, el goce de la vida privada y social y el uso beneficioso de la propiedad (10).

En la jurisprudencia de los estados constitucionales como la Argentina y los Estados Unidos, el arraigado concepto de "poder de policía" se inserta en la jurisprudencia cuando los jueces comienzan a encontrarse con ciertos casos en los cuales, a simple vista, ciertas normas jurídicas que resultaban sumamente razonables y aceptables para los cánones jurídicos de la sociedad, parecerían vulnerar algunas garantías constitucionales leídas de manera textual y formal. Por ejemplo, el juez Marshall, en el caso "Brown vs. Maryland", avaló que los Estados puedan regular el transporte de pólvora (11) —lo cual el lector advertirá jamás podría ser entendido de otra manera—. Una vez que se reconoce la necesidad de "regular" la convivencia social, al entrar dicha regulación en colisión aparente con los derechos constitucionales si ellos fueran absolutos, los jueces y la doctrina encuentran buen refugio en la clásica teoría del "poder de policía" para proceder a justificar dicha capacidad de regulación estatal —con la implícita facultad de reducir mediante la misma la vigencia de los derechos constitucionales en la exacta medida de la necesidad pública en cuestión—.

Podemos resumir las justificaciones centrales de dicho retorno a la teoría del poder de policía así:

1) La existencia de una sociedad ordenada es un requisito necesario para el goce de los derechos, por lo cual aun cuando lo principal sea la vigencia de los derechos individuales, debemos resignarnos a limitar algunos de ellos en la medida en que ello sea necesario para el mantenimiento del orden social (12).

2) El grupo es más importante que el individuo. Ergo, los ciudadanos deben limitar el ejercicio de sus derechos si ello es necesario para el bien común.

3) El ejercicio de los derechos no debe ser perjudicial a los demás. Por ende, el Estado, cuyo deber consiste en tutelar el orden público y la seguridad pública contra las causas que lo perturban (13), puede limitar dicho ejercicio cuando se produzcan situaciones que considere perjudiciales al resto de la comunidad.

Cooley provee una definición bastante comprensiva del tema estudiado: "la Policía de un Estado, en su sentido amplio, comprende su total sistema de regulación interior, por el cual el Estado busca, no sólo preservar el orden público y prevenir ofensas contra el Estado, sino, también, establecer para la vida de relación de los ciudadanos, aquellas reglas de buenas maneras y de buena vecindad que se suponen suficientes para prevenir un conflicto de derechos y para asegurar a cada uno el goce ininterrumpido de lo suyo propio, hasta donde es razonablemente compatible con igual goce de derechos de los demás" (14). Asimismo, el juez Chadwick decía en el caso "State vs. Mountain Timber Co." que "... El poder de policía es al pueblo lo que la ley de la necesidad es al individuo. Está

contenido en la máxima *salus populi suprema lex est*. No es una regla, es una evolución... El poder ha sido siempre tan amplio como el bienestar público y tan fuerte como el poderío del Estado" (15).

Si bien la teoría del poder de policía nace para justificar la reglamentación estadual de ciertas situaciones que, de otra manera, convertirían a las garantías constitucionales en absurdas en ciertos casos, la teoría sigue su curso independiente y justifica cada vez más la reglamentación creciente de las más diversas clases de situaciones que el Estado "desea" controlar. El poder de policía, paulatinamente, se convierte en la justificación del poder del Estado para condicionar cualquier derecho de los ciudadanos sin límite alguno. Recordemos que dicho avance se justifica, como en Grecia o en Alemania, en que la sociedad acepta que ciertas situaciones "deben" ser reguladas por la autoridad para preservar el orden social. Veamos cómo la propia teoría evoluciona y queda fuera de todo control. En el capítulo siguiente analizaremos las razones por las cuales ello no podría haber ocurrido de otra manera.

II. 1. Evolución del concepto en la jurisprudencia de la Corte

El primer caso en el cual la Corte Suprema convalidó una ley que "aparentemente" era contraria a las garantías constitucionales data de 1887, y es el caso de una ley provincial que dispuso la erradicación de los Saladeros de Barracas (16). En el mismo, se justificó la ley porque el permiso para establecer los saladeros se había otorgado "bajo la condición implícita de no ser nocivos a los intereses de la comunidad" y "porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública y de esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente en el ejercicio de una profesión o industria".

Como vemos, el reingreso post-constitucional del principio del poder de policía se funda, como antaño, en la vieja máxima *salus populi suprema lex est*. Sin embargo, el núcleo del razonamiento de la Corte consiste en el grave daño que se ocasiona a la salud de los vecinos con las actividades de los saladeros: un derecho constitucional que se limita en aras de proteger otro derecho de la misma entidad.

La primera ampliación de la noción analizada la realiza la Corte en el caso "Ercolano vs. Lanteri de Renshaw" (17) de 1922. En el mismo, ese tribunal convalidó la constitucionalidad de la ley 11.157 (Adla, 1920-1940, 79) que dispusiera el congelamiento de los alquileres, basado en que de esa manera se respondía a "circunstancias que transitoriamente han suprimido de hecho la libertad de contratar para una de las partes contratantes" (18). Asimismo, se sienta el principio de que el poder de policía se basa en que los derechos reconocidos por la Constitución no revisten el carácter de absolutos. "Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social... como son las (limitaciones) que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas: y

(16) Fallos 31: 273.

(17) Fallos 154:259.

(18) "En la situación preexistente a la Ley, el propietario podía ultrapasar con sus exigencias la capacidad económica del inquilino, podía hacerse pagar cualquier alquiler por desproporcionado que fuese con el valor del inmueble, desde que había desaparecido el juego regular de los factores económicos respecto de ese negocio especial... el legislador... (se ha propuesto) ... librar a la sociedad de las consecuencias de carácter general que fatalmente debían resultar en la irregular condición en que se hallaba una gran parte de sus miembros..."

(4) Como dice SUSTEIN, "Constitutional law is often an uneasy mixture of substantive theory and institutional constraint" ("Lochner's Legacy", 87, "Columbia Law Review", 873, p. 912, año 1987).

(5) MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de derecho administrativo", t. IV, núm. 1517.

(6) Como dice Merkl, la teoría de la policía ha procedido universalmente de un concepto del pasado al que se le quiere dar un contenido jurídico (citado por Florini).

(7) GARRIDO FALLA, "Las transformaciones del régimen administrativo", p. 111, citado por Marienhoff.

(8) BIELSA, "Derecho administrativo", t. IV, p. 3.

(9) WILLOUGHBY, "The Constitutional law of the United States", vol. 2, p. 1774, citado por Vázquez.

(10) American Jurisprudence, t. XI, párr. 246. Citado por Linares Quintana.

(11) 12 Wh. 419, citado por Linares Quintana.

(12) Como define MARIENHOFF al poder de policía: "... una potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes" ("Tratado de derecho administrativo", t. IV, núm. 1505).

(13) Orlando, citado por BIELSA, "Derecho administrativo", t. IV, p. 10.

(14) COOLEY, Thomas, "A treatise on constitutional limitations", p. 839, citado por Vázquez.

(15) 75 Washington 581, citado por Linares Quintana.

hay asimismo otras limitaciones, como son las que tienden a proteger los intereses económicos, que no pueden aceptarse sin un cuidadoso examen" (19).

El segundo paso jurisprudencial consiste, entonces, en extender el principio de "limitación de derechos" para limitar derechos de índole económica. Notemos que, si bien el marco de derechos limitables se amplía notablemente, la base de justificación de la teoría es la misma que en el caso de los saladeros (20): los derechos son... restringibles. Sin embargo, en "Ercolano" (21) todavía se sostiene que esta limitación sólo puede ocurrir: a) ante circunstancias extraordinarias (22); y b) que aun aceptándose la limitación de los derechos económicos, ella debe estar sometida a un mayor examen judicial que las limitaciones por razones orden, salubridad y moralidad.

En 1934, en el caso "Avico c. de la Pesa" (23) se acepta la constitucionalidad de la ley 11.741 (Adia, 1920-1940, 486) que dispone una moratoria hipotecaria y una limitación de los intereses aplicables al 6%. El caso reproduce los fundamentos de las sentencias de la Corte Suprema de los E.E.U.U. "Home Building and Loan Association vs. Blaisdell" (24) y "Leo Nebbia vs. the State of New York" (25). Entre los argumentos utilizados, señalemos el reconocimiento de que el Estado cuenta con "las facultades necesarias para atender a la conservación del régimen político y del orden económico sin los cuales no podríamos subsistir la estructura jurídica sobre que reposan las garantías individuales" (26). También, que se debe mantener "el imperio de las facultades legislativas que son indispensables para armonizar las garantías individuales con las conveniencias generales, de manera de impedir que los derechos amparados por esas garantías lleguen a ser dañosos a la colectividad". La tercera novedad en comparación con "Ercolano" (27) consiste en que los derechos constitucionales pasan a ser limitables por las leyes reglamentarias de los mismos "que el Congreso en uso de su atribución legislativa (arts. 14, 28 y 67, Constitución) lo estime conveniente, a fin de asegurar el bienestar general..." (28). Por último, cita que el sostenimiento de la constitucionalidad de una

norma "sólo requiere que la ley no sea irrazonable, arbitraria o caprichosa, y que los medios elegidos tengan una relación real y substancial con el objeto o finalidad que se procura alcanzar".

En "Avico" (29) desaparecen las limitaciones de "Ercolano" (30), en el sentido que las limitaciones económicas debían ser sujetas a un mayor escrutinio, y se agrega que el "peligro de inestabilidad social" es causal de limitación de derechos, dado el peligro de que, derrumbándose el Estado, se sufra el "mal mayor" de la pérdida de los restantes derechos constitucionales. Dicho argumento volverá con mayor fuerza en la jurisprudencia de la Corte de la década de 1960 (31).

La tercera ampliación de la noción sucede en la década de 1940. En 1944, en el caso "Martini" (32), en el cual la Corte apoyó la constitucionalidad de una ley de emergencia que otorgaba atribuciones para moderar la repercusión de la guerra sobre los precios de ciertos artículos, dicho tribunal estableció: a) "que el ejercicio de las industrias y actividades de los particulares puede ser reglamentado en la proporción que lo requiera la defensa, y el afianzamiento de la salud, la moral, el bienestar general y aún el interés económico de la comunidad"; b) que dicha reglamentación debe ser "razonable", es decir, "proporcionada a las circunstancias que las originan y a los fines que se procura alcanzar con ellas"; c) que la perturbación social y económica autoriza "el ejercicio del poder de policía del Estado en forma más enérgica que la que admiten los períodos de sosiego y normalidad"; y d) que "si la reglamentación es 'razonable y justa', el detrimento económico que ella ocasiona no es obstáculo de su validez".

En el mismo año, en "Inchauspe c. Junta Nacional de Carnes" (33), en el cual se debatía la agremiación obligatoria a la CAP, así como la validez de una contribución a los ganaderos en su beneficio, la Corte convalidó su constitucionalidad con argumentos semejantes. Asimismo, que "la medida de los intereses y principios de carácter público a tutelar determinará la medida de las regulaciones de cada caso" (34) y que cuando está de por medio

el interés público y el bienestar general, "debe actuar el poder de policía del Estado con el fin de evitar consecuencias desastrosas para la comunidad".

En estos casos, la Corte abre el camino para que el Estado, invocando el ejercicio del poder de policía, reglamente todo lo que considere "de interés público" a discreción. En la medida en que dicho interés público sea más intenso, mayor será la potestad del Estado de avanzar sobre los derechos individuales (35).

El tema se agrava por un principio establecido por la Corte en "Ercolano" (36) que, con un Estado con facultades reglamentarias limitadas, torna ilusoria toda posibilidad de contralor judicial: el principio que considera que no es resorte del Poder Judicial el decidir el acierto de los otros poderes públicos en la elección del medio empleado para conjurar una situación crítica, ni evaluar las consecuencias de orden económico que puedan derivar de la aplicación de la ley (37).

En 1945, en el caso "Compañía de Electricidad de Corrientes c. Provincia de Corrientes" (38) la Corte estableció que "No hay inviolabilidad de la propiedad que prevalezca contra una urgencia de bienestar general. En presencia de esta última el imperio del poder administrador alcanza su plenitud. Ningún recurso judicial ha de obstarlo porque en tales circunstancias es de la esencia de la autoridad administrativa ser juez de las necesidades públicas. La atención de estas últimas mediante esa plenitud de imperio constituirá, por lo demás, una garantía esencial de la propiedad, al serlo del orden público, que constituye la condición del justo goce de aquélla (39)".

El avance adicional en este caso consiste en reconocer a la administración facultades amplísimas para juzgar las necesidades públicas y para proceder en consecuencia, sin demasiados reparos en relación al respeto a los derechos individuales no sean completamente compatibles con el "bien común", y a tomar las medidas que sean necesarias para satisfacer dichas necesidades.

En la jurisprudencia de la década de 1960 (40) (casos "Angel Russo c. Delle Done" (41), "Nadur c. Borelli" (42) "Caja de Previsión Social de Médicos c. Casa R. Gianni" (43) se agregan las siguientes justificaciones a la ampliación del poder de policía: a) la elección de los medios que emplea el legislador para remediar la necesidad pública que determina la emergencia, corresponde natural y ordinariamente a los poderes de gobierno y no está supeditada a la aprobación de los jueces, a quienes no corresponde apreciar su eficacia; b) en un estado de emergencia lo que el derecho premiosamente exige es que, respecto de las limitaciones constitucionales, se ponga fin a ese estado, cuya prolongación representa, en sí mismo, el mayor atentado contra la seguridad jurídica; c) el Congreso puede decidir que el mantenimiento de la paz y la tranquilidad pública justifican limitaciones a los derechos, dado que ello beneficia al ordenamiento vigente, "en cuanto tiende a impedir que vitales intereses públicos permanezcan insatisfechos y, por eso, amenazantes contra la seguridad jurídica" (44); d) los desequilibrios sociales autorizan limitaciones a los derechos individuales que, en circunstancias normales, no habrían sido admisibles de acuerdo con la Constitución (45).

Sin embargo, el caso más destacado es el del "Cine Callao" (46), en el cual se convalidó la obligatoriedad de exhibir "números vivos" en las salas cinematográficas, para combatir el desempleo de los artistas nacionales, utilizando los argumentos ya sentados en sus precedentes jurisprudenciales (47).

Recapitémos un poco la evolución del concepto (48). En el caso de los Saladeros (49) (1887), la salud de la población justificaba una limitación constitucional. En "Ercolano" (50) (1922), la limitación puede ser dispuesta por razones económicas. En "Avico" (51) (1934), el Estado puede armonizar los derechos individuales con el bienestar general. En "Martini" (52) (1944) la emergencia justifica la intensificación del Poder de Policía. En "Inchauspe" (53) (1944), la magnitud del interés público involucrado justifica una mayor restricción de derechos. En "Compañía de Electricidad

(19) Asimismo, que "interesa a la comunidad en conjunto la situación económica de los distintos grupos que la constituyen y que tratándose como en este caso de la suerte de la mayoría de la población, no solamente consideraciones de humanidad y de justicia social reclaman su intervención, sino también su interés directo, ya que es elemental que una situación aliigante del mayor número tiende a repercutir desfavorablemente sobre la economía general, dada la vinculación lógica de todos los intereses materiales".

(20) Fallos 31:273 (1887).

(21) Fallos 154:259 (1922).

(22) Ello es compatible con lo decidido por la Corte en 1926 en el caso "Mango c. Traba" (Fallos 144:219), en el cual se decidió que, atento al fin de la emergencia locativa, correspondía declarar la inconstitucionalidad del régimen de emergencia instituido por la legislación de alquileres: "... Pero ese régimen anormal no puede encontrar suficiente justificativo cuando se lo convierte de hecho en una norma habitual de las relaciones entre locadores y los locatarios". Idéntico criterio sigue la Corte en "Horta c. Harguindeguy" (Fallos 137:47).

(23) Fallos 172:21.

(24) 290 U. S. 398 (1934).

(25) 291 U. S. 502 (1934).

(26) Sigue: "... Para que éstas sean efectivas, es esencial el mantenimiento de la autoridad del Estado y el juego regular de los factores de producción, porque de otra manera los habitantes no podrían disfrutar de los derechos civiles que les asegura la Constitución" (Dictamen del Procurador Horacio Larreta).

(27) Fallos 154:259 (1922).

(28) En "Cornú c. Ronco" (1924, Fallos 142:81), la Corte había ya sentado el principio de que el Congreso "se encuentra investido de la facultad de sancionar y establecer todas aquellas disposiciones razonables y convenientes no repugnantes a la Constitución y que concurren a asegurar el bienestar social y económico de la República y de sus habitantes". Este principio, en "Avico", pasa a habilitar la limitación de los derechos constitucionales.

(29) Fallos 172:21 (1934).

(30) Fallos 154:259 (1922).

(31) Ver el capítulo 6 de este trabajo.

(32) Fallos 200:245 (1944).

(33) Fallos 199:483 (1944).

(34) El argumento de la proporcionalidad de los medios legislativos a los fines ya existía en la jurisprudencia de la Corte: Fallos 117:432; 118:278; 136:161; 172:21.

(35) Como dijera la Corte en el caso "Partido Obrero" (LA LEY, 108-307, p. 320 (—1962—), cuanto más alta sea la jerarquía del interés tutelado, mayor podrá ser la medida de la reglamentación.

(36) Fallos 154:259 (1922). La misma doctrina puede encontrarse en Fallos 98:20; 147:402; 150:89; 160:247 y 171:348, etcétera.

(37) QUIROGA LAVIE llama a esto el "principio de no control de la eficiencia de las Leyes" ("Derecho constitucional", p. 375). La justificación detrás de dicho principio pareciera ser la creencia en la incompetencia de los jueces para evaluar la legislación de carácter económico. Es cierto que la legislación económica puede ser sumamente compleja, y que su interpretación trae aparejados inconvenientes. Sin embargo, idéntico criterio puede establecerse respecto de muchísimas cuestiones que deben ser resueltas por los jueces. El "identificar los asuntos que

presentan dificultades y luego descartarlos como impropios para la revisión judicial... sería el abandonar la revisión judicial en muchos campos en los cuales ella es hoy ejercitada" (McCLOSKEY, "Economic due process and the Supreme Court: an exhumation and reburial", 1962, Sup. Ct. Rev. 34, 36, citado por el Harvard Law Review). SCALIA concluye en relación al tema que los jueces pueden no ser expertos en el análisis de cuestiones económicas, pero que es de todas maneras necesario para ellos que lo hagan ("On the merits of the frying pan", Regulación, enero 1985, 10, también citado por el Harvard Law Review).

(38) Fallos 201:433.

(39) Asimismo, que "... no hay interés individual verdaderamente legítimo que pueda estar en colisión con las exigencias del bien común, en la plenitud del cual reciben aquéllos acabada satisfacción, pero como esa superior armonía requiere en los hechos el constreñimiento de muchas pretensiones individuales alegadas como legítimos intereses y verdaderos derechos, en cuya oportunidad el poder administrador asume para ello necesariamente la representación de los intereses generales y obra como ejecutor de éstos y contenedor de aquéllos ...".

(40) Ver punto 6 de este trabajo.

(41) Fallos 243:467.

(42) Fallos 243:449 (LA LEY, 96-18).

(43) Fallos 250:610 (LA LEY, 106-773).

(44) Parte de la doctrina comparte esta visión exagerada de la necesidad de mantener la paz social a todo precio, aun a costa de reducir los derechos constitucionales. QUIROGA LAVIE, por ejemplo, dice que "La paz social es un valor central y condicionante, sin ella no pueden desarrollarse los derechos individuales; si su ejercicio la pone en peligro, ellos quedarán restringidos" ("Derecho constitucional", p. 235).

(45) "En tiempos de grave trastorno económico-social, el mayor peligro que se cierne sobre la seguridad jurídica no es el comparativamente pequeño que deriva de una transitoria postergación de las más estrictas normas legales, sino el que sobrevendría si se las mantuviera con absoluta rigidez, por cuanto ellas, que han sido pensadas para épocas de normalidad y sosiego, suelen adolecer de patética ineficacia frente a la crisis" (Fallos 243:481).

(46) Fallos 247:121 (1960) (LA LEY, 100-47).

(47) El caso fue duramente criticado por la doctrina. Ver MARIENHOFF: "Tratado de derecho administrativo", t. IV, núm. 1609; BOTET: "El comunismo de Estado y la jurisprudencia", JA, 1960-V-402; REBORA: "Comentario a la sentencia sobre el Cine Callao", en "Revista Argentina de Ciencia Política", I, núm. 2, p. 295.

(48) Sería injusto no señalar que, en contadas oportunidades, la Corte ha puesto límites al ejercicio del poder de policía estatal. En "Ostón" (LA LEY, 126-293) defendió la libertad de agremiación de los trabajadores marítimos, y en "Sogga" (Fallos 203:100 —LA LEY, 40-405—), de los abogados; en "Caja de Previsión c. Gianni" (Fallos 250:610 —LA LEY, 106-773—) limitó la facultad de imponer cargas que no son impuestos. Sin embargo, la abrumadora mayoría de los fallos de la Corte convalidan una progresivamente ampliada potestad policial del Estado 208:10; 204:195 —LA LEY, 41-838—; 171:348, 366; etcétera).

(49) Fallos 31:273 (1887).

(50) Fallos 154:259 (1922).

(51) Fallos 172:21 (1934).

(52) Fallos 200:245 (1944).

(53) Fallos 199:483 (1944) (LA LEY, 36-703).

de Corrientes" (54) (1945), el Estado se convierte en juez de las necesidades públicas y, si ellas están en juego, los derechos individuales pierden toda vigencia. En "Russo" (55) y "Nadur" (56) (1960), el Estado puede hacer "todo lo que sea necesario" para superar una emergencia. En "Cine Callao" (57) (1960), el Estado puede obligar a los particulares a desarrollar determinada actividad, aun sin el derrumbe social inminente esté en juego (58). Si bien de una manera bastante más controlada por los jueces, en los E.E.U.U. ha ocurrido una expansión similar de los poderes discrecionales del Estado a causa de la aceptación de la teoría del poder de policía (59).

Los hechos han ocurrido como los profetizaba Vélez en su nota al art. 2513 del Cód. Civil, respecto a las restricciones al derecho de propiedad, "si el Gobierno se constituye en juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse en juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y de libertad sería perdida". Lo que en un análisis superficial podría parecer una frase apocalíptica, era en realidad una clara visión de lo que ocurriría si se daban ciertas potestades jurídicas al poder administrativo. Catalogando en "Ercolano" (60) y en "Avico" (61) a ciertas situaciones como "abusos", el paso siguiente fue el restringir o prohibir (62) el uso y, como corolario en "Cine Callao" (63), el obligar al uso (64). Sin embargo, notemos que si bien la Corte se ha autolimitado progresivamente en sus facultades de control de la Administración en su ejercicio del Poder de Policía, admitiendo supuestos cada vez más remotos de la teoría original, la justificación esencial ha sido siempre la misma: los derechos constitucionales pueden ser limitados en aras al bien común; la pregunta en todos esos casos es por el grado de limitación o restricción que puede imponerse a los derechos en diversas situaciones (65) —nivel de intensidad del poder de policía—, no por el real, significado de los derechos individuales otorgados por la Constitución, tarea cuya respuesta desde el caso "Marbury vs. Madison" (66), constituye la obligación primordial de los jueces de una Corte Suprema (67). Procuremos profundizar la verdadera índole del problema

III. Génesis de la colisión entre el poder de policía y los derechos constitucionales

Como lo vimos al principio, el origen de la teoría del poder de policía es muy anterior

al nacimiento del Estado constitucional, y su aplicación —por ejemplo, el monarca alemán sustrayendo ciertas causas de la competencia de los jueces— es perfectamente coherente en un Estado sin derechos y garantías estatuidos con categoría de ley suprema de la sociedad. El problema nace a partir de que, luego de sancionadas las constituciones, los jueces se encuentran ante ciertas situaciones en las cuales alguien pretende hacer un "ejercicio absurdo" de algunos derechos constitucionales, como por ejemplo el caso de aquél que sostenía que era libre de transportar pólvora sin restricciones estatales resuelto por la Corte norteamericana, o el de la erradicación de los saladeros (68) por nuestra Corte.

La justificación del poder de policía en la máxima *salus populi suprema lex est* (69) puede llevarnos a comprender el nudo de la cuestión. Si las autoridades podían tomar ciertas decisiones que limitaban algunos derechos de los ciudadanos, ello estaba justificado porque la "ley suprema de la sociedad" tenía primacía jerárquica por sobre la ley común que otorgaba derechos "limitados" y, por ende, era perfectamente coherente que el Estado actuara dando prioridad a la defensa de las "leyes supremas".

Sin embargo, el Estado constitucional se basa en una premisa radicalmente diferente: el texto de la Constitución es la ley suprema, no hay otra norma que tenga prevalencia por sobre ella. El esquema es muy sencillo: sin embargo, la teoría constitucional no tenía en sus comienzos un desarrollo suficiente como para responder a los casos "límite" en los cuales el atenderse textual y firmemente a la "ley suprema" traería resultados inaceptables para la sociedad. Cuando dichos casos límite se presentaron ante los jueces, los mismos recurrieron al instrumento jurídico con que culturalmente contaban para arribar al resultado correcto: la arraigada teoría del poder de policía, la cual integra nuestra cultura jurídica con igual o mayor fuerza aún que la teoría constitucional (70). Su fundamento es, de una u otra forma, la creencia en que el bien común es prevalente al bien individual: el Estado puede y debe hacer todo lo necesario para asegurar dicho bien común. Sin embargo, la teoría constitucional se basa en un presupuesto radicalmente diferente: existen derechos individuales que no pueden ser avallados bajo el argumento que, sin ello, el bien común no lograría su plena realización.

Si la Constitución es realmente la ley suprema, no puede haber otra norma con primacía jerárquica sobre ella, ni siquiera —advirtámoslo—, la *salus populi*. Es cierto que, ante la sola perspectiva de un sujeto ejerciendo sus derechos constitucionales en perjuicio de la salud de la población, nuestra conciencia jurídica reacciona casi instintivamente, requiriendo una inmediata "restricción" de dichos derechos, justificándonos en la teoría del poder de policía estatal que integra nuestra cultura preconstitucional. Recordemos que, antes de la Constitución, los derechos comunes se "restringían" en aras de la protección de los "derechos supremos". Pero advertimos la imposibilidad de restringir derechos constitucionales aplicando normas que no son de jerarquía superior.

En términos puramente lógicos, un derecho no puede ser "restringido": se tiene o no se tiene, o en todo caso se tiene sujeto a cierta condición impuesta por una norma de igual o superior jerarquía normativa que la que otorga el derecho. Por tal motivo, sin tener base en el texto expreso de la Constitución, la doctrina y la jurisprudencia se esfuerzan en colocar al poder de policía en una especie de "supralegalidad" que, implícitamente, signifique que dicho "poder" tiene un rango igual o superior al de los derechos constitucionales. La ausencia de una teoría que evite el "ejercicio absurdo" y la profunda internalización cultural de la noción de poder de policía coadyuvan, finalmente, a que modifiquemos nuestros propios criterios acerca de cómo entender los derechos que garantiza la Constitución. Ni siquiera puede llegarse a una definición exacta de la noción, como lo han notado tanto la jurisprudencia (71) como la doctrina (72). Ello ocurre en buena medida porque, como lo veremos, la teoría del poder de policía y la teoría constitucional son esencialmente incompatibles.

Cuando los jueces comenzaron a reconocer el poder de policía estatal para evitar el "ejercicio absurdo" de los derechos constitucionales, consideraron que los abusos que pudieran cometer el legislativo y el ejecutivo en su ejercicio podrían ser controlados por la judicatura en el futuro, y que su aceptación como contracara de los derechos constitucionales contribuiría a permitir al Estado un ejercicio eficiente del poder y, a la vez, velan los beneficios de dar facultades a la Administración para controlar a los particulares que encontrasen los "nichos" a través de los cuales perjudicar a la sociedad invocando el ejercicio de supuestamente legítimos derechos cons-

titucionales. Sin embargo, su misma formulación tuvo como efecto el abrir una grieta en la solidez de los derechos constitucionales, grieta que con las subsecuentes "inclemencias" económicas y sociales se ampliaría hasta significar una real ruptura del sistema de derechos y garantías establecidos en la Ley Suprema (73).

Eso no significa que los derechos constitucionales sean absolutos, o que su "ejercicio absurdo" no pueda ser evitado por el legislador. Sin embargo, hay una gran distancia entre: a) establecer una regla genérica cuya mera invocación justifique automáticamente que el gobierno pueda restringir un derecho discrecionalmente "desde el poder"; y b) establecer que el gobierno puede legislar acerca de los derechos y obligaciones de los ciudadanos, siendo el límite de esta facultad la inviolabilidad de los derechos constitucionales, protegidos por jueces desprovistos de interés en el caso concreto cuya tarea consiste en develar el verdadero alcance de dichos derechos.

Podemos interpretar sin demasiados inconvenientes que el derecho de comerciar no implica el derecho de transportar pólvora por determinados lugares, o que el derecho de ejercer toda industria lícita no implica el derecho a dañar la salud de la población colindante. Sin embargo, no es tan fácil afirmar que el derecho constitucional de usar y disponer libremente de la propiedad no implique el derecho de desalojar a los locatarios morosos, o que no se contradiga con la obligación de contratar a los artistas desocupados o con la fijación de precios máximos. Como vemos, los resultados divalosos o absurdos pueden evitarse perfectamente a través de la interpretación del verdadero alcance de cada derecho, pero impide su tergiversación bajo la técnica de la "restricción discrecional" de los derechos. Tal vez el error haya consistido en haber recurrido a soluciones fáciles —la teoría del poder de policía—, cuando en realidad nos enfrentábamos a problemas sumamente complejos de interpretación constitucional (74).

Además, interpretando el alcance de los derechos, la relatividad de los derechos constitucionales queda asegurada, pero en el sentido original de la teoría: los derechos constitucionales son relativos a permitir idéntico ejercicio por los demás ciudadanos de dichos derechos: unos son relativos con otros, pero no son relativos a valores o creencias extra-constitucionales.

(54) Fallos 201:433 (1945) (LA LEY, 38-452).

(55) Fallos 243:467 (1959).

(56) Fallos 243:449 (1959).

(57) Fallos 247:121 (1960).

(58) Lo que más llama la atención en cuanto al caso "Cine Callao" es la innecesariedad de afectar la seguridad jurídica de los ciudadanos por una cuestión —la desocupación de los actores— que, a simple vista, no parece configurar realmente un estado de emergencia o de caos social que justifique de alguna manera "facultades extraordinarias", conforme a lo que la propia doctrina del Poder de Policía establece. Por ejemplo, en el caso "Ferrari c. Petit" (Fallos 199:473), la Corte había permitido un ejercicio amplio del poder de policía, pero estableciendo que los derechos del propietario pueden restringirse sólo "en lo que es indispensable" para salvaguardar el orden público, o el bienestar general....

(59) Por ejemplo, en el caso "Munn vs. Illinois" de 1876 (94 U. S. 113), dicha Corte Suprema estableció que el poder de policía del Estado se extendía a la regulación de los precios fijados por los "negocios afectados por el interés público". A posteriori, estableció la regla vaga de que la "afectación del interés público para dar lugar al control de precios dependía de las circunstancias" ("Block vs. Hirsh", 256 U. S. 135 (1921)). Luego, en "Nebbia vs. New York" (291 U. S. 502

(1934)), esa Corte estableció que no existía una "categoría cerrada" de "negocios afectados por el interés público", y que el Estado puede regular precios en toda ocasión en que ello sea "razonablemente necesario" en defensa del interés público. Ver CORWIN ("The Constitution and what it Means today", p. 465).

(60) Fallos 154:259 (1922).

(61) Fallos 172:21 (1934).

(62) Como dijo la Corte en el caso "Partido Obrero" (Fallos 253:133, año 1962): "... entre las atribuciones inherentes a la potestad estatal de que aquí se trata, utilizables para asegurar el logro de fines públicos, figura la de prohibir, en determinadas circunstancias, ciertos modos de ejercicio que la Constitución prevé ...".

(63) Fallos 247:121 (1960).

(64) También a que ciertos modos del ejercicio de los derechos puedan ser excluidos o sustituidos, si así conviene al "interés general" ("Partido Obrero", Fallos 253:133, año 1962).

(65) Ver GARCIA BELSUNCE: "Garantías constitucionales", p. 54.

(66) 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803).

(67) "It is emphatically the duty of the judicial department to say what the law is", 5 U. S. (1 Cranch) 167. Asimismo, la Corte Suprema de los

E. E. U. U. ha establecido que el énfasis del juez Marshall en que es la obligación de los jueces el establecer qué dice la ley, "es una piedra angular del derecho constitucional americano" ("United States vs. Nixon", 418 U. S. 683, 703-5. Ver asimismo MONAGHAN, Henry: "Marbury and the Administrative State", Columbia Law Review, 1983, vol. 83, p. 1).

(68) Fallos 31:273 (1887).

(69) La máxima es citada como fuente en la jurisprudencia norteamericana en "Boston Beer Co. vs. Massachusetts", 97 U. S. 25 y "Chicago vs. Tranbarger" 238 U. S. 67.

(70) Alberdi tenía plena conciencia jurídica de la influencia perniciosa de nuestras costumbres jurídicas en la puesta en vigencia del real sentido de la Constitución: "Se puede derogar en un momento una ley escrita, pero no una costumbre arraigada; un instante es suficiente para derrocar a cañonazos un monumento de siglos, pero toda la pólvora del mundo sería impotente para destruir de un golpe una preocupación general hereditaria. Así la costumbre, es decir, la ley encarnada, la ley animada por el tiempo, es el único medio de derogar la costumbre" ("Sistema económico-rentístico", p. 65).

(71) En el caso "Stone vs. Mississippi" (101 U. S. 814) y en "Camfield vs. U.S." (167 U. S. 518), la Corte Suprema norteamericana sostuvo que todas las tentativas de definir el poder de policía no han tenido éxito (casos citados por Vázquez).

(72) Como lo señala LINARES QUINTANA, "el poder de policía goza de plasticidad, es decir, no puede ser circunscrito en límites fijos, y es susceptible de evolución y modificación dentro de las limitaciones constitucionales, en la medida en que los poderes gubernamentales de control puedan ser adecuados para satisfacer las cambiantes condiciones sociales, económicas y políticas" ("Tratado de la ciencia del derecho constitucional", vol. 3, núm. 1775, p. 299).

(73) El peligro de que pequeñas desviaciones ocasionen serios daños al sistema de derechos y garantías de la Constitución no ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte. Por el contrario, nuestra Corte sostiene que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suprema gravedad constitucional, por lo cual debe ser considerado como la ratio final del orden jurídico (Fallos 295:850 —LA LEY, 1977-A, 340—). Sin embargo, el peligro mencionado ha sido reconocido por ejemplo por el juez Bradley de la Corte norteamericana en "Boyd vs. U.S." (116 U. S. 616), en el cual advertía la necesidad de detener "en su mismo comienzo" cada invasión de las garantías constitucionales de "vida, libertad y propiedad".

(74) Como lo sostiene SUSTEIN, el desarrollo de una teoría de la justicia que interprete el texto constitucional pero que sea independiente del status quo, es extremadamente difícil ("Lochner's Legacy", Columbia Law Review, vol. 87, p. 808 —1987—).

Notemos que el adicionar el "bienestar general" a la lista "salud, moralidad y seguridad" como fundamentos del ejercicio de poder de policía (75) ocasiona como efecto el nacimiento de una máxima jurídica supraconstitucional de funestas consecuencias, análoga a la máxima *salus populi...*: "el bienestar general es la ley suprema de la sociedad", suprema incluso a la Constitución Nacional, y el bienestar general (76) es evaluado únicamente por el Poder Legislativo, como en el caso "Compañía de Electricidad de Corrientes" (77), autorrestringiéndose el Poder Judicial de controlar tal evaluación. Aquí podemos ver en todo su significado las consecuencias teórico-prácticas últimas a que nos lleva la aplicación de la doctrina del poder de policía: a convertir al sistema de derechos y garantías establecido por la Constitución en "vulnerable" a la discrecionalidad estatal.

En relación a la máxima *salus populi...* podemos recordar lo que afirmaba Echeverría: "La salud del pueblo no estriba en otra cosa sino en el religioso e inviolable respeto de los derechos de todos y cada uno de los miembros que lo componen. Para ejercer derechos sobre sus miembros, la sociedad debe a todos justicia, protección igual y leyes que aseguren su persona, sus bienes y su libertad. Ella se obliga a ponerlos a cubierto de toda injusticia o violencia... a poner a cada uno bajo la salvaguardia de todos, para que pueda gozar pacíficamente de lo que posee o ha adquirido con su trabajo, su industria y sus talentos" (78). La Constitución descansa bajo la premisa de que el bienestar general no es un concepto variable o dejado al juicio del gobernante: el bienestar general es equivalente sólo al cumplimiento irrestricto del texto constitucional, al absoluto respeto gubernamental al ejercicio de los derechos que dicho texto otorga (79). Podemos preservar perfectamente la salud, la moralidad y la seguridad de la población con sólo interpretar los alcances exactos de cada derecho en situaciones determinadas: el derecho de propie-

dad no autoriza a realizar experimentos biológicos peligrosos ni a depositar explosivos en un departamento, ni a instalar una casa de tolerancia. Ello no consiste más que en obligar a los ciudadanos a respetar el orden y la salud pública, entendiéndose que los derechos constitucionales no implican el derecho a afectarlos. Sin embargo, si establecemos que los derechos pueden ser "restringidos" en sí mismos o en su uso (80), en aras del bienestar general o de la paz social, y no existiendo límite claro acerca de hasta dónde puede llegar el Estado en dicha actividad restrictiva, el Estado avanzará implacablemente —como efectivamente ha ocurrido— y el sistema de derechos y garantías quedará a merced del capricho estatal (81). Como decía el juez Brewer de la Corte norteamericana, el Poder de Policía "ha llegado a ser el refugio de cada atentado contra la propiedad privada al que se ha referido toda carga injusta contra el propietario que no podía ser amparada en el poder de expropiación o en el de contribución" (82). La imposibilidad de definir límites a la actividad restrictiva del Estado dentro de la teoría del poder de policía es un obstáculo insalvable en la tarea de construir una sociedad en la cual los ciudadanos puedan estar seguros de que sus derechos serán siempre respetados (83).

Contrariamente, las constituciones procuran proteger y garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos de los arrebatos legislativos de quienes se encuentren en el ejercicio del poder.

IV. Implicancias político-constitucionales del poder de policía

La noción de poder de policía asentada en nuestra jurisprudencia, al atacar la fundamentación de los derechos y garantías otorgados por la Constitución y convertirlos en "provisionales" —rigen hasta que suceda una emergencia o una crisis (84), o aun sin emergencia, hasta que el gobierno decida que el interés público justifica el

proceder a limitar, restringir o eliminar el goce de los derechos (caso "Cine Callao") (85)—, socava seriamente el axioma político fundamental del "gobierno limitado" (86) que propugnan tanto la Constitución de los E.E.U.U. como la nuestra.

Las implicancias de la aceptación jurisprudencial de dicha noción se extienden a toda la estructura social. Existe un importante vínculo entre el sistema de derechos y garantías otorgados por una Constitución y el sistema político-económico-social que dicha Constitución institucionaliza para una Nación. Nuestra Constitución pretende, en concordancia con la protección de las libertades de los ciudadanos, limitar a los gobernantes, reconociendo implícitamente que uno de los principales propósitos de éstos es el mantenerse en el poder, y que si el logro de este propósito se torna conflictivo con el interés público, es probable que los gobernantes privilegien sus propios intereses por sobre los intereses colectivos. La teoría del Poder de Policía, en cambio, sirve de justificativo para que los gobernantes incrementen su discrecionalidad y realicen acuerdos políticos o actos demagógicos a espaldas de lo que más le conviene al cuerpo social, teniendo únicamente en miras la propia ambición de continuar gobernando. La teoría constitucional, desde Montesquieu y Rousseau, es una teoría esencialmente práctica acerca de cómo evitar los excesos del poder, aprovechando en buena medida la experiencia histórica recogida (87) a través de siglos de vida bajo la opresión del poder absoluto (88). Haciendo caso omiso de toda esta experiencia y del imperativo constitucional de evitar el avance de los poderes del Estado sobre los ciudadanos, la teoría del poder de policía da lugar al nacimiento de un Estado que, bajo la excusa de convertirse en eficiente para responder a más las variadas circunstancias sociales (89), pasa a tener amplísimos poderes para adoptar las decisiones discrecionales que le parezcan convenientes, eliminando en consecuencia y prácticamente todo límite a las decisiones

de los gobernantes. Las facultades gubernamentales ilimitadas, conforme a la experiencia política occidental, no pueden sino ser perjudiciales para toda la sociedad (90): la teoría del Poder de Policía, contrariamente a ello, inviste al Gobierno en árbitro inapelable de las necesidades públicas (91), y lo faculta para dictar las normas (92) que él a su juicio considere necesarias para satisfacer dichas necesidades (93).

Finalmente, la propia percepción que tienen los gobernados de un Estado con facultades omnímodas para quitar derechos en nombre del "bien común" crea una atmósfera social en la cual la libertad psicológica zozobra en medio de la incertidumbre jurídica (94), mientras crece la sensación de que no existe en la sociedad justicia objetiva, sino intereses sectoriales de los grupos que llegan al poder para imponer su ideología, o que desde fuera del poder presionan al Estado a tomar tal o cual medida en su favor, con prescindencia de los derechos de los demás, y siempre en nombre del "bien común" (95). En este sentido, como lo ve Soler, luego de que la autoridad se acostumbra a incurrir en extralimitaciones, "los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio, por parte del gobierno, de atribuciones discrecionales para resolver problemas. Y entonces, consciente o subconscientemente, pero siempre como si el derecho escrito vigente hubiera sido sustituido o derogado por un nuevo derecho consuetudinario, cada sector de la comunidad exige, si está en juego su propio interés y es preciso para contemplarlo, que la autoridad recurra a cualquier desvío o exceso de poder" (96).

Además, la impredecibilidad de las decisiones que adoptará la Administración restringiendo los derechos de los particulares y la experiencia social en la falta de control judicial de dichas medidas (97) tientan al administrador a extralimitarse en tanto no encuentra barreras precisas a su accionar y al particular damnificado a

(75) Ver LINARES QUINTANA, "Tratado de la ciencia del derecho constitucional", vol. 3, p. 349, nota 2220.

(76) El concepto de "bienestar general" asimismo es confundido por la Corte con otros conceptos jurídicos de naturaleza completamente diferente. En "Avico e. de la Pasa" (Fallos 172:21) dice textualmente "el orden público se confunde en el caso con el interés público, el bien público o el bienestar general".

(77) En este caso (Fallos 201:432), el Estado pasa a desempeñarse como agente o custodio del bien común. Además, el bien común es definido en el caso "Quinteros" (Fallos 179:113), como "el bien común de la filosofía clásica". Lo sugestivo es que, en realidad, el derecho constitucional se basa en la filosofía política moderna que, en algunos aspectos como en la primacía de los derechos del individuo sobre la sociedad y en la noción kantiana de que cada hombre es un fin en sí mismo y no un medio para otros fines, difiere substancialmente de las nociones tradicionales de la filosofía clásica. Entre esas nociones, en la de "bien común" y en el grado de su primacía social por sobre el individuo, tema fundamental de la noción de "poder de policía".

(78) ECHEVERRÍA, "Dogma socialista", p. 156, citado por Linares Quintana.

(79) Contrariamente, parte de la doctrina realiza el camino inverso, entendiendo que es el "bienestar general" el que justifica limitar los derechos constitucionales. Por ejemplo, VILLEGAS BASAVILBASO define al poder de policía como la "potestad reglamentaria que tiene por objeto la promoción del bienestar general, reglamentando a este fin los derechos fundamentales, expresa o implícitamente reconocidos por la ley Fundamental" ("Derecho administrativo", t. V, p. 80). Felipe PEREZ, por su parte, dice que "... el poder de policía es poner en práctica el bien común garantizado por la Carta Fundamental" ("Tratado sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema", t. IV, p. 7).

(80) ALBERDI decía que no basta con reconocer la propiedad privada como derecho inviolable.

ble. "Ella puede ser respetada en su principio, y desconocida en lo que tiene de más precioso —en el uso y disponibilidad de sus ventajas—. Los tiranos más de una vez han empleado esta distinción sofística para embargar la propiedad que no se atrevían a desconocer" ("Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853", p. 23).

(81) Como lo veía J. V. GONZALEZ, el poder de policía "... es el más susceptible de convertirse en instrumento de opresión, cuando las personas ofendidas no acuden a la justicia para imponerle su debido límite, y establecer la línea que separa las dos esferas: del poder público, tutelar y ordenador, y de la independencia inviolable del individuo" ("Manual de la Constitución Argentina", p. 118).

(82) 200 U. S. 600, citado por el juez Bermejo.

(83) Como dijera Guizot, citado por Alberdi, la libertad es un don ilusorio cuando no es un derecho exigible con la Constitución en la mano.

(84) "Basta señalar la innegable existencia de ese desequilibrio así como su gravedad, para que una legislación excepcional, de carácter temporario, sea legítima aunque ella signifique restricciones a derechos individuales que, en circunstancias normales, no habrían sido admisibles de acuerdo con la Constitución" ("Nadur c. Borrelli", Fallos 243:449, p. 457 —1959—).

(85) Fallos 247:121 (1960).

(86) Ver FREEMAN: "Crisis and legitimacy: the administrative process and the american Government" 3, 1978, citado por Monaghan.

(87) La Corte Suprema ha reconocido que muchas de las disposiciones constitucionales "están explicadas por el pasado" y responden a "capítulos de la experiencia" ("Bressani", Fallos 178:9, año 1937 —LA LEY, 6—989—).

(88) Por ejemplo, en "Calderv vs. Bull" (1798), la Corte de los E. E. U. U. reconoció lo siguiente: "The history of every country in Europe will furnish flagrant instances of tyranny exercised under the pretext of penal dispensations. Rival factions, in their efforts to crush each other, have

superseded all the forms, and suppressed all the sentiments, of justice; while attainders on the principle of retaliation and proscription, have marked all the vicissitudes of party triumph. The temptation to such abuses of power is unfortunately too alluring for human virtue" (3 U. S. 386).

(89) En el caso "Sardi vs. Provincia de Mendoza", la Corte declaró que no puede darse a las limitaciones constitucionales una extensión "que destruya los poderes necesarios al Estado o destruya su ejercicio eficaz" (Fallos 171:79, año 1934).

(90) Paradójicamente, es el Estado el que invoca la necesidad de ejercer el poder de policía para combatir un "poderio socialmente peligroso" (Caso "Swift", Fallos 171:243, año 1934).

(91) Caso "Cine Callao", Fallos 247:121 (1960).

(92) Por ejemplo, para BIDART CAMPOS, citando a Villegas Basavilbaso, "el poder de policía en nuestro régimen constitucional equivale a un poder de regulación legislativa, con lo que potestad legislativa y poder de policía juegan como sinónimos" ("Derecho constitucional", vol. II, p. 547).

(93) Mencionemos otra consecuencia teórica sumamente peligrosa de la teoría del poder de policía. Si el Estado puede hacer "lo que sea necesario" para asegurar la paz social y el orden público, inclusive dejar de respetar las garantías constitucionales "en la medida del interés público en juego" (caso "Partido Obrero", LA LEY, 108-307 —1962—), el mismo razonamiento podría invocarse para derogar las garantías penales de los ciudadanos cuando dicho interés público se encuentre lo suficientemente afectado, permitiendo la tortura, la pena de muerte por causas políticas, la ejecución sin proceso, etc. No deberíamos desvincular tan simplemente el que semejantes circunstancias hayan sucedido alguna vez en el país, con la filosofía que alimenta el "Poder de Policía": la invocación del bien común como justificativo de "todo", y la aceptación social de semejante filosofía constituye uno de sus peores efectos. Por ejemplo OYHANARTE llega a decir, refiriéndose al derecho penal económico y en apoyo del poder de policía, que

"... llega a admitirse que las exigencias del bien común prevalezcan sobre el principio de que nadie debe ser condenado por un hecho que haya podido considerarse no criminal" ("Poder político y cambio estructural en la Argentina", p. 30).

(94) JAFFE ("Judicial control of administrative action", p. 320, año 1965, citado por Monaghan), dice que "Por lo menos cuando los intereses privados están profundamente implicados, algún grado de control judicial es una condición necesaria psicológica, si no lógica, de un sistema de poder administrativo que pretenda ser legítimo, o legalmente válido".

(95) Es curioso que la jurisprudencia de la Corte haya identificado los intereses de los grupos beneficiados con el ejercicio discrecional del poder de policía con el "interés general", sin considerar realmente lo que le sucede a dicho interés general por la pérdida de seguridad jurídica en la sociedad, ni tener en cuenta que, siguiendo el mismo razonamiento de identificar la parte con el todo, el interés de los grupos perjudicados también integraría el "interés general". Por ejemplo, en "Ercolano" (Fallos 154:259 —1922—) dijo que "... interesa a la comunidad en conjunto la situación económica de los distintos grupos que la constituyen y que tratándose como en este caso de la suerte de la mayoría de la población, no son solamente consideraciones de humanidad y de justicia social las que reclaman su intervención, sino también su interés directo, ya que es elemental que una situación afligente del mayor número tiene que repercutir sobre la economía general, dada la vinculación lógica de todos los intereses materiales".

(96) Dictamen como Procurador en el caso "Cine Callao", Fallos 247:121 (1960).

(97) Como dice VANROSSI ("El poder constitucional de los jueces, con particular referencia al control de constitucionalidad", LA LEY, 1977-D, 1020): "La predictibilidad de las grandes líneas interpretativas es fundamental para el buen funcionamiento del sistema institucional. Más aún, esa predictibilidad forma parte de la 'seguridad jurídica', que es un bien tutelado constitucionalmente" (Fallos 243:265).

retroceder en cuanto no le queda claro hasta dónde puede llegar una Administración escogida democráticamente, por la mayoría de la población en la consecución de sus objetivos (98). Tal estado de cosas es precisamente una de las situaciones que se procuró evitar con el dictado de la Constitución Nacional (99).

V. Propuesta para una reinterpretación constitucional

V.1. Alberdi y las ideas básicas de la Constitución

Para Alberdi, el verdadero fin de la Constitución era cambiar la condición del hombre argentino (100). A tal efecto, el objetivo principal de la Constitución era el crear las condiciones económicas necesarias para superar la pobreza y el atraso: "es menester que (el país) empiece a salir de pobre para tener hogar, instrucción, gobierno, libertad, dignidad, civilización, pues todo esto se adquiere y conserva por medio de la riqueza" (101). Para generar riquezas, y basándose en que dicha generación sólo se produciría liberando las energías creativas y productivas de todos los hombres (102), la Constitución argentina procura rodear de garantías y seguridades a su producción. Dichas garantías son la libertad, la igualdad, la propiedad, la seguridad personal y la instrucción.

La libertad en todos sus aspectos—como libertad económica, libertad de trabajar y de ejercer toda industria lícita, de peticionar, de publicar por la prensa y de usar y disponer de la propiedad, de asociarse y de profesar libremente el culto—, coadyuva al progreso económico de la Nación. "... la libertad, considerada por la Constitución en sus efectos y relaciones con la producción económica, es principio y manantial de riqueza pública y privada, tanto como condición de bienestar moral. Toda ley, según esto, todo decreto, todo acto, que de algún modo restringe o compromete el principio de libertad es un ataque más o menos serio a la riqueza del ciudadano, al Tesoro del Estado y al progreso material del país" (103).

La igualdad, entendida como derogación de diferencias entre libres y esclavos, comunes y privilegiados, trabajadores y ociosos, extranjeros y nacionales, tributarios y "libres de cargas y pechos", pone al ciudadano en el camino de su verdadera independencia y libertad personales, pues el trabajo es la fuente de la fortuna por cuyo medio el hombre sacude todo yugo servil, y se constituye verdadero señor de sí mismo (104). En relación a la igualdad económica, Alberdi hace especial hincapié en condenar como contrarios a la Constitución "... las leyes y reglamentos protectores de ciertos géneros de producción, por medio de prohibiciones directas o de altos impuestos, que equivalen a prohibiciones directas... siendo la igualdad económica, por nuestra Constitución, más bien un medio de enriquecimiento que un fin, toda ley o reglamento contrarios al principio de igualdad, más que a la Constitución, son dañinos a la riqueza y al bienestar de la República Argentina" (105).

La propiedad tiene dos aspectos: uno jurídico y moral, otro puramente económico y material. La garantía de la inviolabilidad de la propiedad es la única manera a través de la cual podemos garantizar que los ciudadanos se dedicarán a la producción de riquezas. "La propiedad es el móvil y estímulo de la producción, el aliciente del trabajo y un término remuneratorio de los afares de la industria. La propiedad no tiene valor ni atractivo, no es riqueza propiamente cuando no es inviolable por la ley y en el hecho. Pero no bastaba reconocer la propiedad como derecho inviolable. Ella puede ser respetada en su principio, y desconocida y atacada en lo que tiene de más precioso—en el uso y disponibilidad de sus ventajas... Los tiranos más de una vez han empleado esta distinción sofística para embargar la propiedad, que no se atrevían a desconocer" (106). Asimismo, Alberdi señala claramente que "... el ladrón privado es el más débil de los enemigos que la propiedad reconoce. Ella puede ser atacada por el Estado, en nombre de la utilidad pública". Esa utilidad pública que nuestra Corte ha equiparado al orden público, al bienestar general y a la tranquilidad pública (107), precisamente, para vulnerar el derecho de propiedad de los

ciudadanos sin indemnización alguna... en ejercicio del "poder de policía" (108).

Para Alberdi, inspirador y el más autorizado intérprete de nuestra Constitución, la Ley Suprema garantiza seguridades a los capitales para que coadyuven a la construcción de una sociedad próspera, para dejar atrás el desierto y la miseria (109). El poder de policía, entendido como la facultad del Estado de limitar la libertad, la igualdad y la propiedad garantizadas por la Constitución, no sólo no puede tener lugar en una teoría constitucional cuyo principio esencial sea la supremacía de la Constitución, sino que es contrario a la esencia y el espíritu de nuestra ley fundamental: otorgar derechos y garantías no restringibles por el legislador, por ser ésta la única manera de lograr el bienestar general de todos. El crecimiento de la teoría del Poder de Policía en la Jurisprudencia de nuestra Corte ha sido sugestivamente concomitante con el empobrecimiento progresivo de nuestro país (110), y cada una de las convalidaciones otorgadas tiene una relación causa-efecto directa con el serio agravamiento de ciertos problemas de nuestra sociedad: la crisis habitacional, la fuga de capitales, el descenso de la producción de ciertos bienes y servicios. Sin exagerar, la doctrina del poder de policía es la expresión jurídica de un conjunto de ideas político-económicas erróneas—además de contrarias a nuestra Constitución—, cuyo resultado final ha sido el estrepitoso declive económico de nuestro país.

V.2. Interpretación para la posteridad: la Constitución como programa de futuro

El preámbulo de nuestra Constitución señala claramente quiénes son los destinatarios de su texto: "... para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar este suelo argentino...". Lo que hace este párrafo es explicitar que la Ley Suprema ha sido dictada para construir una nación en la cual las sucesivas generaciones tengan una vida progresivamente mejor, tanto en sentido económico como en el sentido moral, político y social (111). Durante el proceso de gestación constitucional, los representantes de la Nación en ciernes

diseñan el modelo estructural de funcionamiento político y otorgan a sus futuros participantes un conjunto de derechos y garantías que les aseguran el respeto a ciertos elementos esenciales de su individualidad—su libertad, el derecho a la propiedad, la igualdad de las cargas públicas—, todo lo cual procura fundar una nación próspera y adelantada, pero celosa del principio moderno de que no está moralmente permitido a la sociedad el sacrificar a uno de sus integrantes argumentando que ello es necesario para alcanzar el "bien común" (112). A su vez, un funcionamiento político eficiente amalgamado al otorgamiento de los derechos y garantías arriba mencionados daría lugar a un sistema social en el cual las futuras generaciones gocen de crecientes riquezas, mayor seguridad jurídica y de un modelo social cada vez más acabado. La Constitución pretende ser el núcleo esencial y permanente, así como el reaseguro de la continuidad generacional de la Nación (113).

Como lo expresara Alberdi, inspirado en Saint-Simón, "La edad de oro de la República Argentina no ha pasado; está delante; está en la perfección del orden social" (114). Los constituyentes pretendieron cimentar las bases normativas que garantizarían el crecimiento y bienestar de la Nación, e identificaron las fuentes de dicho crecimiento, como Alberdi, en el respeto a los derechos individuales. Claramente entendían que cualquier violación a la seguridad jurídica de un momento dado atentaría contra la seguridad jurídica bajo la cual vivirían las siguientes generaciones y, por ende, influiría directamente en la relativa riqueza o pobreza de "la posteridad".

Por ese motivo la Constitución, en cierta medida, limita el "principio de soberanía del pueblo": aun a un Congreso y a un Poder Ejecutivo elegidos democráticamente y genuinos representantes de la población no les está permitido avasallar los derechos constitucionales y, con ello, condicionar la seguridad jurídica de la población futura del país (115)—además de proteger a las minorías excluidas del ejercicio del poder (116)—. La Nación se continúa en generaciones sucesivas y, por ende, no debe permitirse un fácil procedimiento para que

(98) KAUFMAN, "Interpretación administrativa de la ley", ED. del 9/10/90, p. 7.

(99) Como dice DWORKIN, el constitucionalismo es "the theory that the majority must be restrained to protect individual rights" ("Talking rights seriously", p. 142).

(100) CIAPUSCIO, Héctor: "El pensamiento filosófico-político de Alberdi", p. 172.

(101) "Sistema Económico-Rentístico...", p. 5.

(102) "... La República ... no tiene ni tendrá más camino para escapar del desierto, de la pobreza y del atraso, que la libertad concedida del modo más amplio al trabajo industrial en todas sus fuerzas (tierra, capital y trabajo), y en todas sus aplicaciones (agricultura, comercio y fábricas)" ("Sistema Económico-Rentístico...", p. 4).

(103) ALBERDI: "Sistema Económico-Rentístico...", p. 19. Finaliza Alberdi el párrafo: "... El despotismo y la tiranía, sean del poder, de las leyes o de los reglamentos aniquilan en su origen el manantial de la riqueza que es el trabajo libre, son causas de miseria y de escasez para el país, y origen de todas las degradaciones que trae consigo la pobreza".

(104) ALBERDI "Sistema Económico-Rentístico...", ps. 20/21.

(105) ALBERDI, "Sistema Económico-Rentístico...", p. 22. Resulta sugestivo comparar la condena lapidaria de Alberdi de aquellos actos que, por afectar la igualdad económica, dañan la riqueza y bienestar de la República, con la jurisprudencia de la Corte Suprema que, convalidando dicha clase de actos, declara que no es su función el evaluar las consecuencias económicas de las decisiones que, con su convalida-

ción del Poder de Policía irrestricto, ayuda a implementar.

(106) ALBERDI, "Sistema Económico-Rentístico...", p. 23. Comparar con la jurisprudencia de la Corte en los casos de moratoria locativa ("Ercolano", Fallos 154:259—1922—; "Nadur", Fallos 243:467—1980—), y en los inusitados considerandos de la sentencia "Compañía de Electricidad de Corrientes" (Fallos 201:433—1945—), en los cuales se dijo que "no hay inviolabilidad de la propiedad que prevalezca contra una urgencia de bienestar general".

(107) Ver "Avico c. de la Pesa" (Fallos 172:21—1934—). La filosofía subyacente a tal concepción puede ser explicitada como sigue: "El orden público—en su concepción moderna— cualquiera fuera la denominación que la intitulase se forma siempre con intereses públicos: la paz y la tranquilidad que se custodian corresponden a agencias colectivas y que tienen carácter de orden común. La actividad policial se presenta entonces como custodia de cualquier clase de bienes comunes frente al individuo; todos son bienes integrados por intereses públicos. El bien común es un complejo contenido de éstos" (FIORINI, "Derecho administrativo", t. II, p. 23).

(108) La doctrina de la inviolabilidad de la propiedad en el derecho constitucional parte de Locke: "... el poder supremo no puede tomar de ningún hombre parte de su propiedad sin su consentimiento" ("Two treatises of civil government", compilado por SANCHEZ AGESTA). Asimismo, el proveer de seguridad a los derechos de propiedad fue una preocupación central de los autores de "El Federalista", precursores de la Constitución de los E.E.U.U. Madison, en una carta a Jefferson, sugiere que la confiscación de propiedad privada de los ciudadanos por ciertas leyes estatales era el principal factor que llevó a la Convención Constituyente y al público a

aceptar una "reforma general" (PLATTNER, "American democracy and the acquisitive spirit", p. 14). Asimismo, ver MONAGHAN, "Of 'liberty and property'", Cornell Law Review, vol. 63, p. 405 (1977).

(109) "Esos medios de protección, esos principios de estímulo, no son otros que la libertad, la seguridad y la igualdad, asegurados a todos los que, habitantes o ausentes del país, introduzcan y establezcan en él sus capitales" ("Sistema Económico-Rentístico...", p. 129).

(110) Una idea semejante ha sido expresada por el juez americano Kozinski: "Los primeros déficits presupuestarios (americanos) en tiempos de paz aparecieron a mediados de los años 30, aproximadamente en la misma época en la cual el control judicial sobre las intrusiones gubernamentales en la economía comenzaron a desaparecer" (KOZINSKI, "Foreword to J. Dorn & H. Manne Economic Liberties and the Judiciary", xviii, 1987, citado por Karlin).

(111) Compartimos el punto de vista de RAWLS, en el sentido que "las personas en diferentes generaciones tienen derechos y obligaciones unas respecto de las otras, tal como las personas que viven en la misma época. La presente generación no puede hacer lo que ella quiere..." ("A theory of justice", p. 293).

(112) Como lo dijera el juez Bermejo en su disidencia en el caso "Ercolano" (Fallos 154:258—1922—): "... nuestra Constitución... mantiene explícitamente los derechos y garantías derivados del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, no admite la subordinación absoluta del individuo a la sociedad y desecha la idea de un bienestar general adquirido a expensas del derecho y de la libertad individual que, en definitiva, conducirán seguramente a un bienestar social más perfecto, no obstante transitorias perturbaciones".

(113) Como lo dijera uno de los miembros informantes de la sesión del 20 de abril de 1953: "La Constitución es el pueblo, es la Nación Argentina hecha ley" (citado por Linare Quintana).

(114) Citado por CIAPUSCIO, "El pensamiento filosófico-político de Alberdi", p. 72.

(115) Como dice HAYEK ("Los fundamentos de la libertad", p. 247, citado por Grondona): "No es necesario señalar que el sistema constitucional no entraña la limitación absoluta de la voluntad del pueblo, sino la mera subordinación de los objetivos inmediatos a los que se logran a largo plazo. En efecto, ello significa una limitación de los medios de que dispone la mayoría temporal para el logro de objetivos temporales mediante principios generales establecidos por otra mayoría de antemano y para un largo período".

(116) DWORKIN ("Talking rights seriously", p. 138), entre otros, sostiene que la Constitución está diseñada para proteger a los individuos y a los grupos respecto de ciertas decisiones que la mayoría de los ciudadanos pueda decidir adoptar. En el mismo sentido, el juez Petracchi en el caso "S. c. Z. de S." (CS. S.32.XXI, 1986—LA LEY, 1986-E, 470—), sostiene que "la parte Ira. de nuestra Constitución se encuentra destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría, aun cuando ésta actuase siguiendo lo que para ella es el interés general o común...". Asimismo, como lo señala ELY ("Democracy and distrust", citado por Miller), a veces minorías que técnicamente están participando en el proceso democrático, al punto que tienen el derecho de votar, están sin embargo excluidas de hecho, por las tendencias de la mayoría a ignorar siempre sus intereses en la legislación y a rechazar todos los intentos de negociación de sus representantes.

una sola generación tome decisiones que perjudicarán permanentemente a las que la continuarán. Esa es una de las razones por las cuales el procedimiento de reforma constitucional se diferencia del procedimiento ordinario de sanción de las leyes (117).

Una preocupación esencial de los constituyentes fue la posteridad: eran ellos quienes gozarían de los beneficios de la Constitución, de la riqueza económica y del orden social que emergería de su respeto. Dicha preocupación es de toda sociedad y constituye una de las preocupaciones más profundas y más nobles del ser humano: el construir para sus hijos y para el futuro de todos.

Contrariamente a la preocupación esencial por la posteridad y por atraer a todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino, la teoría del poder de policía establece que se debe hacer lo necesario para asegurar la paz social "hoy", sin preocuparse por los efectos futuros que la connotación de la seguridad jurídica podría implicar para la posteridad. Tampoco se ve hesitación alguna en aplicarla, aun cuando su efecto final sea el evitar que "los hombres del mundo" quieran radicarse en un país en el cual la libertad, la propiedad o la igualdad sean vulneradas por un Estado que utiliza la menor connotación social —a menudo ocasionada por sus propios errores en el ejercicio del gobierno— para apropiarse del fruto del trabajo o para restringir la libertad económica, convalidado todo ello por un Poder Judicial que, ora comparte los lineamientos ideológicos de las normas sancionadas en ejercicio del poder de policía, ora se autorrestringe hasta el límite de la "complacencia inconstitucional" (118).

Al menos en los primeros casos en los cuales se habilitó el ejercicio amplio del poder de policía (119), como en "Ercolano" (120), la Corte examinaba los antecedentes de hecho y la realidad social y, en base a su propia evaluación, respondía convalidando o no la restricción de los derechos individuales. Lo que sucede es que los antece-

dentes evaluados correspondían a la situación por entonces imperante, y la "razonabilidad de los medios utilizados" evaluada por la Corte se correspondía con el solucionar una "realidad actual": Jamás la Corte le preguntó siquiera al Estado acerca de cuáles preveía serían los efectos económicos de alguna de sus medidas en el futuro; el punto de la afectación de las sucesivas generaciones siquiera fue contemplado en todas estas decisiones. Si al menos se hubiesen debatido judicialmente diferentes teorías económicas en la evaluación de dichos efectos, con predicciones distintas, podríamos admitir un error del Estado y/o de la Corte en predecir correctamente lo que finalmente ocurriría. Lo que nos alarma es la despreocupación de la Corte en siquiera preguntarse por dichos efectos (121), evaluando la "razonabilidad" sólo en relación a una pasajera situación presente y a los fines perseguidos por el gobierno, pero sin considerar la "razonabilidad" de la norma en comparación con el precio que la posteridad debería pagar por su sanción, ni preguntarse acerca de si existen otras finalidades perjudicadas por la norma en cuestión.

Si la dinámica de la democracia y de las elecciones periódicas ocasiona una "tentación estructural" del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo a preocuparse desproporcionadamente por el "nosotros", dado que son los "hoy volantes" los que los mantienen en el poder (122), la seguridad jurídica y el bienestar de "nuestra posteridad" pueden llegar a ser —y frecuentemente son— perjudicados o sacrificados. La sola existencia de este peligro convierte en indispensable que los jueces deban al menos considerar si una determinada norma perjudicará en el mediano o en el largo plazo a la sociedad. Su inamovilidad los coloca en una posición política única para proceder en dicho sentido.

Es cierto que, por ejemplo, una ley de moratoria localista como la que justificó la Corte en "Ercolano" (123) y posteriormente en "Nadur vs. Borelli" (124) en varias oportunidades, "soluciona" por un par de años el drama del desalojo de inquilinos: sin

embargo, condena a la posteridad a una crisis habitacional crónica y progresiva, por ahuyentar a todo inversor en propiedades para alquilar—, perjudicando seriamente las condiciones habitacionales de quienes nos sucederán (125). ¿Es entonces de todas maneras "razonable" decretar una moratoria semejante?: más bien se convierte en un acto que, además de inconstitucional, es ridículamente destructivo de la riqueza social. El introducir a "la posteridad" como sujeto de la interpretación constitucional —además del "nosotros"— puede hacernos cambiar algunos puntos de vista acerca del significado "profundo" de la Constitución. Asimismo, el solo pensar en "la posteridad" puede llevarnos a reflexionar acerca de si debemos o no realizar ciertos sacrificios pasajeros —y tolerar "transitorias perturbaciones", en el lenguaje del juez Bermejo (126)—, en aras de construir la nación que late en las palabras y en el espíritu de la Constitución.

Nuestra Constitución es un muro contra nuestras propias tendencias históricas (127) de tolerar que nuestros gobernantes cometan errores que luego son pagados por la siguiente generación, entre esos errores, el de no soportar la tentación de "solucionar" un problema temporal y puntual de nuestra sociedad aun a costa de sacrificar nuestro futuro, por ejemplo, dejando a la siguiente generación una Constitución cuyos derechos y garantías tiene vigencia sólo "provisional" (128), con las gravísimas secuelas políticas, económicas y sociales que ello implica.

V.3. La moral generacional y las promesas de la Constitución

Otro aspecto a tener en cuenta de las sorpresivas restricciones de los derechos constitucionales por el Estado, avalada por la jurisprudencia de nuestra Corte, es la necesidad de realizar un escrutinio moral de dichas restricciones. En términos sencillos, recordemos que nuestra Constitución promete (129) a los ciudadanos y a todos los hombres del mundo que quieran habitar este suelo argentino cierto cúmulo de dere-

chos y garantías, los cuales no serán violados por acto legislativo alguno. Entre esos derechos, fundamentalmente, las diferentes libertades y el derecho de propiedad, los más vulnerables cuando un "gobierno angustiado" pretende resolver una crisis de manera rápida y expeditiva.

Lo inquietante de la vulneración de los derechos porque "los representantes de determinada generación lo han decidido así" consiste en olvidarse de las promesas de las generaciones pasadas: las propiedades semi-confiscadas a través del ejercicio del poder de policía fueron creadas por sujetos a quienes la sociedad les prometió que gozarían del derecho de usar y disponer de ellas; la riqueza social sería mucho menor si dicha promesa no hubiese existido (130).

Sin perjuicio de ello, una generación posterior, haciendo caso omiso de la promesa realizada por la generación constituyente, decide vulnerar los derechos y garantías otorgadas, como si dichas promesas no le resultaran vinculantes. Sorpresivamente, los gobernantes de esta generación rechazan hacerse cargo de las promesas que, se hicieron en el pasado en nombre de la nación, y deciden, sin reforma constitucional mediante, tomar las propiedades o libertades de aquellos que, sólo porque creyeron en dichas promesas, generaron riquezas o decidieron ejercer sus libertades en este país. Ese desapego a las promesas realizadas en nombre de la nación, en aras de resolver una situación transitoria y puntual, resulta en un acto cuestionable desde el punto de vista de nuestra moral colectiva. Y en la medida en que desconecta las promesas hechas por una generación del cumplimiento de las mismas por la generación siguiente, nos inhabilita para seguir formulando promesas en nombre de la nación, a la vez que la disgrega en cuanto significa una ruptura con su pasado y hace más difícil el creer en las palabras de ésta o de cualquiera otra Constitución que tengamos en el futuro.

(Continúa)

(117) Quienes han justificado el ejercicio del poder de policía no lo han visto así. El dictamen del Procurador Horacio Larreta en el comentado caso "Aviso c. de la Pesa" dice que: "El temor de que ... pueda llegarse hasta el abuso de suprimir totalmente los principios fundamentales del derecho de propiedad, no debe inquietar mayormente ... advirtiéndose que quien marcará en todos los casos el rumbo de cualquier innovación en el régimen legal de la propiedad, será la representación nacional a la que compete el poder de sancionar las leyes. Como dice Tiffany, quejarse de que el Congreso ejerza una discreción liberal al legislar para la Nación, es virtualmente quejarse de que el pueblo la ejerza" (Fallos 172:30). Asimismo, la propia Corte en dicho caso dijo que "...nuestra Constitución no ha reconocido derechos absolutos de propiedad, ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa (arts. 14, 28 y 67, Constitución) lo estime conveniente, a fin de asegurar el bienestar general..." (Fallos 172:88). Sin embargo, como claramente lo veía J. V. GONZALEZ, "...no sólo puede haber en los pueblos presidentes o reyes que se hagan tiranos, sino también legislaturas o parlamentos que conviertan su potestad de dictar leyes en verdadero despotismo, o den leyes injustas para usurpar otros poderes u oprimir la libertad y los derechos de los individuos del pueblo" ("Manual de la Constitución Argentina", p. 111).

(118) La teoría de la restricción judicial fue originada en un artículo de doctrina constitucional americana publicado por THAYER en 1897 ("The origin and scope of the american doctrine of Constitutional Law", 7 Harvard Law Review 129, citado por Monaghan). Por dicha doctrina, contraria al principio sentado en "Marbury vs. Madison" de contralor judicial extenso, la legislación sólo puede ser contradejada si el Congre-

so ha cometido un "error muy claro": "a very clear mistake —so clear that it is not open to rational question" (p. 144). Como lo expone Thayer: "La verdadera cuestión no es acerca del verdadero significado de la Constitución, sino si la legislación en cuestión es sostenible o no" (p. 150). Esta doctrina contribuye a que las Cortes Supremas de ambos países sean sumamente reacias en cuestionar la validez de una norma si la inconstitucionalidad no es "escandalosa", lo cual en definitiva incrementa el ámbito de decisiones discrecionales de la Administración, amparada en el ejercicio del "poder de policía".

(119) En los casos posteriores, sobre todo a partir de la década de 1960, la Corte ni siquiera realiza un escrutinio acerca de lo que sucede en la "realidad" (por ejemplo, el mercado objeto de regulación estatal); simplemente se limita a otorgar al Estado facultades ilimitadas para proceder como sea su mejor saber y entender. La situación nos recuerda un pequeño cuento de Kafka en el cual se relata que un día los tigres entraron a beber las aguas del templo; el segundo día que entraron nadie se perturbó por ello; el tercer día los tigres ya formaban parte de la ceremonia.

(120) Fallos 154:259 (1922).

(121) Como atinadamente dijera la Corte norteamericana en "Adkins vs. Children's Hospital" (261 U.S. 525, p. 561), "...a wrong decision does not end with itself: it is a precedent, and with the swing of sentiment, its bad influence may run from one extremity of the arc to the other".

(122) Como lo sostiene ROSE-ACKERMAN, "Progressive law and economics and the new administrative law", 98 Yale Law Journal 341,

año 1988). El comportamiento autointeresado y maximizador de votos no parece ser ampliamente compatible con la producción de una política pública eficiente... la investigación acerca de las decisiones públicas sugiere que la posición realista consiste en reconocer que la reelección es la meta central de una cantidad de los miembros del Congreso" (ps. 346 y 349).

(123) Fallos 154:259 (1922).

(124) Fallos 243:449 (1959).

(125) Para GWARTNEY & STROUP ("Economics: private and public choice", p. 57, citado por Karlin), está bien demostrado que las leyes de control de alquileres, al reducir su oferta, incrementan finalmente el costo de los alquileres.

(126) Disidencia en "Ercolano", Fallos 154:259 (1922).

(127) Como decía ALBERDI: "...la peor tiranía es la que reside en nuestros hábitos de opresión económica, robustecidos por tres siglos de existencia; en los errores económicos, que nos vienen por herencia de ocho generaciones consecutivas; y, sobre todo, en nuestras leyes políticas, administrativas y civiles, anteriores a la Revolución de América, que son simples medios orgánicos de poner en ejercicio los principios de nuestro antiguo sistema colonial... Esas costumbres, esas nociones, esas leyes, son armas de opresión que todavía existen y que harán renacer la tiranía económica porque han sido hechas justamente para consolidarla y sostenerla" ("Sistema Económico-Rentístico...", p. 43).

(128) Como lo menciona KARLIN, citando a la jurisprudencia norteamericana, las consecuen-

cias últimas de esto llegan a consistir en que "all private property in now held subject to temporary and passing phases of public opinion, dominant for a day, in legislative or municipal assemblies" ("Back to the Future: From Nollan to Lochner", Southwestern Univ. Law Review, vol. 17, 627, p. 666 —1988—).

(129) ALBERDI también entendió a la Constitución como una "promesa": "La libertad cuyos beneficios procura asegurar la Constitución, no es la política exclusivamente, sino la libertad de todo género, tanto la civil como la religiosa, tanto la económica como la intelectual, pues de otro modo no la prometería a todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino" ("Sistema Económico-Rentístico...", p. 11). En el mismo sentido, GONZALEZ dice respecto de las "garantías constitucionales" que ellas son "...todas aquellas seguridades y promesas que ofrece la Constitución al pueblo argentino, y a todos los hombres, de que sus derechos generales y especiales han de ser sostenidos y defendidos por las autoridades y por el pueblo mismo; y se consignan ya porque son inherentes a toda sociedad de hombres libres e iguales, ya porque se ha querido reparar errores o abusos del pasado" ("Manual de la Constitución Argentina", p. 102).

(130) A través de la "reinterpretación constitucional" y de la amplia facultad para restringir derechos reconocida al Congreso por la Corte Suprema, nuestra Constitución se ha convertido en algo como lo que Alberdi condenaba de la Constitución de Bolivia de 1851: "...promete todas las libertades, pero retiene el poder de suprimirlas. Es como un prestidigitador de teatro que os ofrece la libertad; la toma, creéis tenerla en vuestra faltriquera, metéis la mano para usarla, y halláis cadenas en lugar de libertad" ("Bases", cap. XXXIII, p. 250).