



La intervención estatal, la regulación económica y el poder de policía: análisis y tendencias

State intervention, economic regulation and police power: overview and trends

Leonardo F. Massimino

Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba). Magister en Derecho Administrativo y Especialista en Regulación de los Servicios Públicos (Universidad Austral). Profesor Titular de “Derecho Administrativo” de la Universidad Católica de Córdoba y Profesor Titular de “Regulación Pública” en la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Cuyo. Profesor de “Derecho Procesal Administrativo” de la Universidad Nacional de Córdoba y Profesor de diversos “Posgrados” en el país y en el extranjero. Posee publicaciones (revistas, libros, etc.) y asiste como Disertante en seminarios y conferencias de su especialidad en el país y el extranjero. Director de Recursos Humanos, Asuntos Legales de Distribuidora de Gas del Centro S.A. y Cuyana S.A. Abogado. Córdoba, Córdoba, Argentina, e-mail: lfmassimino@hotmail.com

Resumo

La oscilante actividad interventora del Estado presenta en forma creciente mayores restricciones en la esfera de los derechos de los particulares. En ese contexto, las nuevas perspectivas de abordaje de la actividad estatal de intervención - sea a través de la técnica del servicio público y/o la regulación económica- muestran, por un lado, una finalidad cada vez

más tuitiva de los derechos de las personas y, por el otro, una preocupación creciente en las consecuencias –económicas y sociales- derivadas de esa intervención. Estas nuevas perspectivas, además de impactar en el ejercicio de la actividad administrativa y en el control judicial posterior, importan muy probablemente una nueva visión sobre el rol del Estado en su vínculo con los particulares, reflejando de esta manera la axiología que surge de las múltiples fuentes de las que breva la disciplina iusadministrativa en la actualidad.

Palabras claves: Intervención estatal. Servicio Público. Regulación económica. Derechos fundamentales. Limitación de derechos. Fundamentos.

Summary

The oscillating interventionist activity of the State features increasingly tighter restrictions in the area of the rights of individuals. In this context, new perspectives to addressing State interventionism - whether through the technique of public service and / or the regulation of the economy, show, on the one hand, an increasingly protective purpose of the rights of people and, on the other, a growing concern for the economic and social consequences derived from this intervention. These new perspectives, in addition to having an impact on the exercise of the administrative activity and subsequent judicial control, most likely purport a new insight into the role of the State in its relationship with the individuals, thus reflecting the axiology that arises from the multiple sources from which the discipline draws from.

Keywords: State Intervention. Utility. Economic regulation. Fundamental rights. Limitation of rights. Grounds.

1. Introducción¹

La noción del *poder de policía* es, sin lugar a dudas, una de las más discutidas en la disciplina iusadministrativa². La razón principal de las diferencias reside probablemente, en que a partir de esa noción se restringen, con mayor o menor intensidad, los derechos individuales de las personas.

Por otra parte, debido a la oscilante intervención del Estado en la actividad económica y social, en los últimos años se ha generalizado el

¹ El presente trabajo fue expuesto por el autor en el marco del “Instituto de Derecho Administrativo” (IDA) de la Facultad de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Córdoba, cuya dirección está a cargo del Dr. Julio Altamira Gigena.

² La “crisis” del poder de policía y la conveniencia o no de mantener ese concepto es motivo de constantes debates en el derecho público. Al respecto ver (GORDILLO, Agustín, 2003 p. V-12.)

empleo del vocablo *regulación* que también hace referencia al quehacer estatal que incide en el campo de los derechos.

Si bien los vocablos *poder de policía* y *regulación* no son técnicamente sinónimos ni intercambiables, ambos connotan a una porción de la actividad desarrollada por el Estado que tiene por objeto limitar, modular o simplemente establecer el modo en que deben ser ejercidos los derechos que el ordenamiento positivo reconoce a los particulares sobre materias diversas³.

El propósito de este trabajo consiste en poner en evidencia algunas tendencias o nuevas perspectivas de abordaje de la actividad interventora del Estado, las cuales muestran, por un lado, una finalidad cada vez más tuitiva de los derechos de los particulares y, por el otro, una preocupación creciente en las consecuencias derivadas de esa intervención⁴.

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

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

³ Una explicación sobre las vicisitudes que suscita el lenguaje jurídico ver (CARRIÓ, Genaro, 1990, p. 26).

⁴ La complejidad inherente a la determinación y características de las fuentes del derecho administrativo en la actualidad es reflejada por RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, SENDÍN GARCIA, Ángel, PEREZ HUALDE, Alejandro y FARRANDO, Ismael en el prólogo a la obra Fuentes del derecho administrativo, IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina. Ediciones Rap, 2010.

as actuales en esta materia. Finalmente, constan las conclusiones del trabajo.

La noción del *poder de policía* es, sin lugar a dudas, una de las más discutidas en la disciplina iusadministrativa⁵. La razón principal de las diferencias reside probablemente, en que a partir de esa noción se restringen, con mayor o menor intensidad, los derechos individuales de las personas.

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

Si bien los vocablos *poder de policía* y *regulación* no son técnicamente sinónimos ni intercambiables, ambos connotan a una porción de la actividad desarrollada por el Estado que tiene por objeto limitar, modular o simplemente establecer el modo en que deben ser ejercidos los derechos que el ordenamiento positivo reconoce a los particulares sobre materias diversas⁶.

El propósito de este trabajo consiste en poner en evidencia algunas tendencias o nuevas perspectivas de abordaje de la actividad interventora del Estado, las cuales muestran, por un lado, una finalidad cada vez más tuitiva de los derechos de los particulares y, por el otro, una preocupación creciente en las consecuencias derivadas de esa intervención⁷.

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

⁵ La "crisis" del poder de policía y la conveniencia o no de mantener ese concepto es motivo de constantes debates en el derecho público. Al respecto ver (GORDILLO, 2003, p. V-12).

⁶ Una explicación sobre las vicisitudes que suscita el lenguaje jurídico ver (CARRIÓ, Genaro, 1990, p. 26).

⁷ La complejidad inherente a la determinación y características de las fuentes del derecho administrativo en la actualidad es reflejada por RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, SENDÍN GARCIA, Ángel, PEREZ HUALDE, Alejandro y FARRANDO, Ismael en el prólogo a la obra Fuentes del derecho administrativo, IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina. Ediciones Rap, 2010.

en identificar las fuentes de las que breva la disciplina iusadministrativa en la actualidad.

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

2. Algunas precisiones terminológicas

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

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

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

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

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

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

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

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

En la doctrina española, en camino a establecer el concepto y las características de la regulación, destaca que la doctrina económica y jurídica realizaron algunos intentos de definición del término acotándo-

lo e identificándolo a la noción de policía administrativa, siendo –según el citado autor- la definición ensayada por Argadoña la más representativa en ese sentido: “Un conjunto de reglas generales o de acciones específicas, impuestas por una autoridad o por una agencia administrativa, que interfiere directamente en el mecanismo de asignación de recursos en el mercado, o indirectamente alterando las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y de las empresas”.

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

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

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

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

Las nociones de policía y poder de policía son objeto de diferentes interpretaciones en los estudios especializados. Entre las voces más críticas del concepto de poder de policía se encuentra la del Prof. Dr. Gordillo, quien ha propiciado la inutilidad práctica de la noción y su peligrosidad de cara a la defensa de los derechos individuales.⁸ Sin em-

⁸ En tal sentido, ver GORDILLO, 2003, p. 237 y ss.

bargo, esta posición, ha merecido también la réplica fundada de un sector de la doctrina que, contrariamente a la posición anterior, postula el mantenimiento de la noción y justifica su contenido útil en el marco del Estado de Derecho.⁹

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

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

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

a) razones de índole ideológico político

La posición crítica argumenta que hablar de Policía o de Poder de Policía es tomar como punto de partida el poder del Estado sobre los individuos.

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

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

Respecto del orden jurídico imperante, la crítica recuerda que “Al haber sido incluidas las Convenciones de Derechos Humanos en al Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, no pueden sus juristas partid del

⁹ Ver CANDA, 2003, p. 123 y ss. En este apartado, a los fines del análisis de los argumentos críticos a la noción de poder de policía, y su réplica seguimos el provechoso trabajo precitado de Fabián Canda.

Poder del Estado como noción fundante de un sistema. Deben partir de las libertades públicas y derechos individuales, les guste o no, el derecho positivo vigente (GORDILLO, Agustín, 2000, p. V-2).

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

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

b) Razones de índole jurídico prácticas

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

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

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

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

3.2. La réplica de las críticas

En respuesta a las críticas de la noción de poder de policía se ha recordado que la noción de poder de policía – diferente de las otras formas de actuación de la Administración tales como el servicio público y fomento¹⁰- aquélla no es sino la ejecución concreta de las leyes que, en ejercicio del denominado Poder de Policía, emite el Poder Legislativo.

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

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

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

Tampoco parece, se dice, que a la luz de la jurisprudencia existente en materia de Poder de Policía y Policía, que la noción resulte peligro-

¹⁰ Recuérdese la triple clasificación decimonónica de la intervención estatal de Jornadas de Pozas (servicio público, fomento y poder de policía). Ver Jordana de Pozas, Luis, Ensayo de una teoría de fomento en el derecho administrativo”, en Revista de Estudios Públicos N° 48 (1949), p. 41 y ss. (cit. Por CANDA, op. cit., p. 123 y ss.).

sa por permitir que, a su sólo ampro, la Administración pretenda justificar restricciones y limitaciones a los derechos que no hayan sido, previamente, establecidas por vía legal formal (CANDA, op. cit., p. 123 y ss.).

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

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

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

Por esa razón y como ha afirmado una calificada doctrina, la noción de policía no desaparece con sólo ignorarla, de allí que la normativa y jurisprudencia hablan de poder de policía señalando que su función es precisamente la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos¹¹. En ese sentido, en la actualidad, la noción de poder de policía no debe interpretarse en la actualidad como una forma sin más de limitación de derechos, sino precisamente como una forma de legitimación del Estado sobre la actividad de los particulares dirigida esencialmente a la protección de sus derechos y libertades, considerando estos últimos como el eje –principio y fin- de toda y cualquier protección del ordenamiento jurídico.

Como vemos, tanto la doctrina como la jurisprudencia al examinar la noción de poder de policía suelen invocar la sujeción de los ciudadanos a las normas de policía para declarar que son compatibles con los derechos y libertades públicas y, por tanto, ajustadas al ordenamiento jurídico. Ahora bien, ello no obsta – como veremos - que el ejercicio del poder de policía por parte del Estado deba tener una cobertura legal

¹¹ En el mismo sentido, AGUADO I CIUDOLA, Vicenc, Derecho de la seguridad privada, Thomson, 429, 2005, p. 45, El autor propicia, del mismo modo, el mantenimiento del concepto poder de policía en relación a la noción de autotutela administrativa, proveniente de la doctrina italiana (en concreto, BENEVISTE, 1959, p. 539 y ss)

que habilite su actuación y que la jurisprudencia delimite también claramente los límites jurídicos de dicha actuación haciendo foco, precisamente para su resguardo y protección, en los derechos y libertades de los ciudadanos, tal como veremos en los apartados siguientes.

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

4. Las diferentes teorías en torno a la limitación de los derechos

4.1. La teoría del interés público

La teoría del interés público posee una larga tradición en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. Según este enfoque, la intervención del Estado en la economía, mediante la sanción de regulaciones o la reglamentación de los derechos, tiende a asegurar el bien común¹².

El dictado de la regulación o la reglamentación de un determinado derecho supone que esa intervención corrige las fallas del libre juego de la oferta y la demanda o rectifica situaciones inequitativas (BUSTAMENTE, Jorge, 1993, p. 37).

Un rasgo distintivo de esta teoría es la creciente influencia normativa sobre el proceso de intervención estatal, ya que además de no realizar un análisis técnico sobre la eficacia de ese proceso, tiende a identificar los resultados teóricos de la normativa con sus resultados reales. Se supone dogmáticamente que la intervención, en sí misma, es idónea para corregir las fallas” del mercado, sin indagar en los resultados de la misma.

Una vez identificada la falla del mercado, se recurre a la intervención o reglamentación como un correctivo infalible de aquélla, lo cual es puesto en duda por las escuelas siguientes.

¹² En relación al concepto y mayores recaudos de especificidad y concreción que ha de reunir la noción de interés público puede verse (RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, 2012).

4.2. La teoría del acuerdo colectivo

El fundamento de la intervención reside, según esta teoría, en el dilema del prisionero o en el dilema de la acción colectiva (MITNICK, Barry M., *La Economía...op.cit.* p. 180)¹³. En tal sentido, la regulación representa un acuerdo al que presuntamente arribarían todos los sujetos- aún los que se opondrían, en principio a la misma- sabiendo que las consecuencias de esa intervención los beneficiaría a todos (incluidos a los mismos opositores). De esta manera la regulación supera las fallas de mercado forzando un presunto acuerdo que se representa en la regulación.

La teoría del interés colectivo sostiene que, en ausencia de costos de transacción¹⁴, el acuerdo solamente estaría bloqueado cuando el beneficio esperado por el disidente de la regulación es superior al que resultaría del bien colectivo proyectado en la misma.

Un concepto interesante desde esta perspectiva es que la intervención estatal no constituye un sustituto idóneo a un intercambio frustrado por “costos de transacción”, sino que configura un costo más, de naturaleza jurídica, que reduce el ámbito de la libre contratación.¹⁵

En definitiva, esta teoría asume la objeción de los costos y beneficios pero ese análisis es presunto y supera el dilema de la acción colectiva. Sin embargo, termina siendo una determinada teoría política que justifica la intervención del Estado según la visión que posea el sistema constitucional de un país, abandonando el mecanismo de consenso voluntario y, con ello, consideraciones de eficiencia como vía de solución

¹³ El “dilema de la acción colectiva” se plantea cuando ciertos acuerdos, que beneficiarían a todos los intervinientes, no pueden celebrarse por la actitud estratégica de algunos que prefieren optar por no colaborar, en la esperanza de que los demás llevarán el esfuerzo de todos modos y los reticentes se beneficiarían del resultado sin contribuir al mismo. Esta actitud se denomina *free riding* que es aquel fenómeno que se plantea cuando un determinado grupo llega a cierto tamaño y las personas piensan que la defección individual no afectará el resultado.

¹⁴ El concepto de “costos de transacción” es amplísimo y comprende los aspectos institucionales (regulaciones estatales restrictiva) y fácticas, como toda la amplia gama de circunstancias que dificulta llegar a un acuerdo entre varias personas acerca de una cuestión de interés común. La verdadera solución consiste en la reforma institucional que tienda a disminuir los costos de transacción (cfr. BUSTAMANTE, Jorge, p. 40).

¹⁵ Son las normas generales, abstractas, de acceso abierto, características de derecho privado, las que pueden reducir los costos de transacción, mediante la creación de instituciones que favorezcan (y no restrinjan) los intercambios. Y cuando ello ocurre, es la competencia y no la regulación la que elimina las llamadas “fallas de mercado”. (cfr. BUSTAMANTE, Jorge, p. 42.).

de la intervención del Estado (MITNICK, Barry M., *La Economía...op.cit.* p. 180).

4.3. La teoría económica de las regulaciones

La teoría económica de la regulación o de la intervención del Estado se focaliza en el análisis económico de la oferta y la demanda. En concreto, argumenta que las regulaciones son el resultado de presiones de los grupos de interés, lo cual se vincula con la denominada “teoría de la captura de agencia”, que ha sido desarrollada por la ciencia política.

Sin embargo, la doctrina especializada argumenta que no siempre que existe un organismo regulatorio los grupos afectados tienen la capacidad de controlarlo: ello depende, dicen, de la cantidad de personas involucradas ya que el cálculo costo - beneficio es distinto cuando el grupo es pequeño que cuando el grupo es amplio y hay ocasión de actuar adoptando conductas especulativas (*free rider*) como vimos (STIGLER, George J., 1971, p. 3).

Desde esta perspectiva, la intervención estatal será requerida por algunos sectores en beneficio de esos sectores, dado que se concibe a las mismas como un recurso sumamente escaso y valioso. Por esa razón, el tamaño o capacidad de gestión que posean esos grupos para requerir la intervención estatal es un elemento relevante para analizar el comportamiento futuro de ellas. De todos modos, se señala que estas regulaciones no satisfacen el interés general, como dicen, sino el puramente sectorial de los grupos favorecidos.¹⁶

4.4. El enfoque institucional. El análisis de eficiencia

El enfoque institucional permite explicar el impacto de las distintas estructuras jurídicas sobre la conducta de las personas a partir de la pauta de la eficiencia.

Si bien tradicionalmente se ha colocado a los “fines públicos” sobre los “fines privados” -ya que los primeros se los identifica con la virtud del bien común y los segundos con el egoísmo individual- este enfoque señala que tanto el contrato como la intervención estatal son mar-

¹⁶ Además de la obra citada en la nota anterior ver también, STIGLER, George S., “What can regulators regulate?- The case of electricity”, en *The Citizen and the State - Essays on Regulation*, The University of Chicago Press, 1975.

cos institucionales alternativos y complementarios. Es decir, el marco consensual (contrato) es complementario del marco compulsivo y jerárquico (intervención estatal).

Al respecto, se propone que la evaluación de los marcos institucionales alternativos sea en base a la pauta de “eficiencia”. En tal sentido, el marco Institucional es eficiente cuando – a menor costo que otro marco institucional alternativo - facilita los intercambios voluntarios y como resultado, los agentes absorben todos los costos de su conducta y obtienen todo los beneficios.

Hay ineficiencia cuando el marco institucional favorece conductas de sujetos que se apropian de los beneficios, pero no se hacen cargo de todos los costos (externalidad negativa) y/o de sujetos que asumen todos los costos, pero no pueden apropiarse de todos los beneficios (externalidad positiva).

Desde esta perspectiva, podrían delinearse o clasificarse cuatro tipos o modalidades básicas de la intervención estatal. Las regulaciones más eficientes son aquellas en las que los costos y los beneficios de la intervención se encuentran dispersos entre todos los destinatarios y también aquéllas en las que los costos y los beneficios están concentrados entre los sujetos de la intervención como puede ser el caso de una norma que fija un peaje para la utilización de un determinado camino o ruta: paga el peaje quien utiliza la ruta.

Por otra parte, las regulaciones en las cuales los beneficios se encuentran concentrados y los costos dispersos son las típicas regulaciones de fomento en las que, una empresa se ve favorecida por un determinado régimen de promoción industrial, cuyos costos, en definitiva, son sufragados por toda la población a través de los impuestos que deja de percibir por el régimen establecido.

Finalmente, cabe identificar aquellas regulaciones en las cuales sus beneficios están dispersos y los costos se encuentran concentrados en determinados sujetos como es el caso, por el ejemplo, de la intervención estatal que declara como servicio público una determinada actividad. En estos casos, el prestador está sometido a determinadas cargas y obligaciones, cuyos beneficiarios son todos los usuarios del servicio.

4.5. El análisis costo-beneficio de la intervención pública

El análisis costo-beneficio es como vemos un abordaje cada vez más empleado para el análisis de la actividad reglamentaria del Estado y que ha merecido tratamiento en la doctrina, legislación y jurisprudencia de nuestro país¹⁷.

En el ámbito de ciertas contrataciones del Estado, en nuestro país, la introducción oficial del análisis de costo-beneficio en tanto herramienta que permite la determinación de la eficiencia de una medida se operó con la ley 24.759, de aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, sancionada en 1996. Ello, sin embargo, de forma elíptica pues la norma no alude expresamente al “análisis costo-beneficio” sino a la “eficiencia” de la decisión.

El Artículo III, inc. 5º de dicha Convención establece que: “(...) [L]os Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: (...) 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la (...) eficiencia de tales sistemas.”¹⁸

Se ha dicho que un ejemplo de adopción, por parte del legislador, del análisis costo-beneficio proviene de una reglamentación emanada de la Sigen: la resolución 192/02 de la Sindicatura General de la Nación¹⁹, de fines del 2002, que regula la decisión eficiente en materia de perjuicio fiscal. Al respecto, todo conflicto llevado a sede judicial depara costos, y, según los casos, dichos costos pueden o no superar los beneficios de una sentencia favorable. Pues bien, la premencionada resolución, dictada con invocación del decreto 1154/97 interpreta la expresión “perjuicio fiscal registrado” a los efectos de cuándo se opera un perjuicio al Fisco, y fija la pauta, una vez determinada la responsabilidad

¹⁷ En tal sentido ver el meduloso trabajo de SACRISTÁN, 2005, p.111.

¹⁸ Además del art. III, inc. 5º de la Convención aprobada por ley 24.759, del que da cuenta GORDILLO, Agustín, *Tratado...op.cit.*, Tomo I, 1998, 5ta. ed., p. XVI-15/17 véanse la ley 23.696, art. 69 sobre privatización de servicios y 23.697, arts. 43, 44, 56, 84; dto. 1023/01, arts. 3º inc. a) y 9º; dto. 992/01, art. 12 y cl. 1 del modelo de contrato para el sistema de administración de Unidad Ejecutora de Programa, en lo referido a decisiones eficientes.

¹⁹ B.O. 9/12/02, p. 3, y su complementaria en el B.O. del 13/12/02, p. 15.

y el monto del perjuicio fiscal, para determinar la “economicidad” o “antieconomicidad” de iniciar actuaciones judiciales contra el responsable. La citada resolución se motiva en que “procede establecer un monto mínimo del daño patrimonial, debajo del cual su recupero devenga razonablemente antieconómico para el Estado Nacional”²⁰. Ello, en razón de que “en la medida en que la relación costo-beneficio, en función de los gastos causídicos que demanden las actuaciones judiciales, pueda resultar negativa y termine produciendo un mayor menoscabo”²¹. Por ello, la resolución que mencionamos resuelve fijar dos “pautas de antieconomicidad”: a) el recupero de sumas inferiores al 50% de la asignación mensual básica de los agentes de nivel “A” del escalafón²², o bien b) en el caso de montos mayores, que se demuestre “fundada, precisa y concretamente” que la relación costo-beneficio resulte negativa²³.

4.6. Las visiones consecuencialistas

En línea con los enfoques anteriores, los análisis consecuencialistas se focalizan en examinar las consecuencias que producen las decisiones estatales sobre los comportamientos de las personas. Al respecto se ha dicho que, en términos generales, el análisis económico del derecho puede ser definido como “tomarse las consecuencias seriamente”. (COOTER, Robert, 2002).

La preocupación por las consecuencias de la intervención estatal en cualquiera de sus manifestaciones es creciente en las diferentes poderes y órganos del Estado. En tal sentido, en el ámbito del Poder Ejecutivo, por ejemplo, la misma ley nacional de procedimientos administrativos requiere que la intervención administrativa resulte proporcional a la finalidad que persigue la emisión del acto administrativo [(art. 7 inc. e) LPA].

Así, por ejemplo, la Procuración del Tesoro de la Nación, en dictámenes 256:358, en el que se discutía si era o no aplicable el precedente de “Ángel Estrada y Cía. SA. v. Resolución 71/96 -Secretaría de Ener-

²⁰ Res. SIGEN 192/02, cons. 4°.

²¹ Res. SIGEN 192/02, cons. 4°.

²² Res. SIGEN 192/02, art. 1°.

²³ Res. SIGEN 192/02, art. 1°.

gía y Puertos-" (expte. 750-002119/96)" al supuesto allí considerado, descartó esa aplicación al sostener que:

1.6. La razonabilidad de una decisión de proyección pública, como un acto administrativo o un fallo de la Corte Sup., por ejemplo, se detecta en los efectos sociales que produce o puede producir. Ése es un test más seguro que el de proporcionalidad que usualmente se emplea.

En dictámenes 197:27 se consideró que la interpretación de normas promocionales resulta privativo de la administración pero se aclaró que esas consideraciones no deben estar exentas del sello de razonabilidad que deben ostentar todos los actos estatales. Como pauta para medir esa razonabilidad se expresó que la correcta hermenéutica de la norma analizada impone armonizar adecuadamente los fines promocionales que inspiraron su dictado con el principio de razonabilidad de los medios que pueden arbitrarse para alcanzarlos de forma tal que el bien común, que satisfaga la aplicación de la franquicia en n caso dado, resulte siempre proporcionalmente superior al sacrificio fiscal que correlativamente dicha exención signifique para la comunidad.

En el ámbito del Poder Judicial, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado desde antiguo que las consecuencias de las decisiones adoptadas es uno de los índices más seguro para analizar la razonabilidad de una norma.

En tal sentido, la acordada 36/98 de la Corte Suprema de Justicia ha creado una unidad de análisis de las decisiones del máximo tribunal con el objeto de analizar las consecuencias que produce en materias diversas²⁴. La relevancia del análisis de las consecuencias de los actos jurídicos es reconocida en la misma acordada en los siguientes términos:

"3) la importancia de las cuestiones señaladas precedentemente justifica que sobre ellas se efectúe un razonable juicio de ponderación en el cual "... no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para

²⁴ Ver al respecto, DÍAZ, Rodolfo, Una acordada "Alberdiana". La Unidad de Análisis Económico. La Ley 13/11/2009.

verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en el que está engarzada la norma”²⁵.

La Corte Suprema de Justicia hace referencia al juicio de ponderación que debe realizarse entre el objetivo buscado y los medios elegidos para cumplirlo. Sin embargo, el juicio de ponderación puede ser un enunciado opaco, ya que no tiene un contenido definido más allá del que el juez le conceda en cada caso²⁶. Para darle contenido a la “ponderación” se utiliza el “análisis de costo beneficio” al que nos hemos referido.

El ambiente en el que se desarrollan estos análisis consecuencia- listas es en el del control de razonabilidad o de proporcionalidad de la intervención estatal. En ese sentido, en la Primera conferencia Nacional de Jueces (2007), se concluyó que los jueces deben tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones, prestando atención a las demandas que la población tiene respecto de la justicia y la división de poderes.²⁷

La teoría de la acción individual y colectiva en un contexto institucional.

Los enfoques economicistas del derecho muestran, según un sector de la doctrina, algunos límites para ser aplicados a todos los casos y además, presentan cierta despreocupación por la acción colectiva (LORENZETTI, Ricardo, 2015.).

En ese marco, el análisis neoinstitucional afirma que las instituciones tienen una importancia relevante en el desarrollo de los pueblos y en la contratación. En tal sentido, se dice que la “progresiva referencialidad pública” del derecho privado es una verdadera necesidad lo cual lleva a una cada vez mayor confluencia con las instituciones del derecho público (CARBAJALES, Mariano, 2009).

En el campo contractual, se dice, hay numerosos avances en este enfoque. Por ejemplo, se ha señalado que si en la época de la codificación el derecho mercantil era un derecho de contratos, ahora lo es de instituciones, en el sentido en que las regulaciones exceden en mucho el mero intercambio interpartes, para aprehender el fenómeno sistemáti-

²⁵ La Acordada 36/2009 (09/09/2009) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

²⁶ SOLA, Juan V., La Corte Suprema y el Análisis Económico del Derecho, La Ley, 25/09/2009. Del mismo autor, El análisis económico del derecho. O cómo tomarse las consecuencias seriamente. LL, 03/04/2008.

²⁷ Ver las conclusiones de la “Primera Conferencia Nacional de Jueces” en La Ley, 01/02/2007.

co típico de cada sector, incluyendo aspectos relativos al control público, a la defensa del consumidor, a la previsibilidad económica, a la organización de la competencia, y lógicamente a los contratos. (LORENZETTI, Ricardo, op. cit., p. 3).

5. La limitación de los derechos y un fundamento diferente

Si bien la noción de poder de policía resulta, como vemos, opinable, es evidente su utilización generalizada en la doctrina y en la jurisprudencia. En tal sentido, los nuevos enfoques proponen un abordaje diferente de la cuestión procurando focalizar, más que en el pecto limitativo de los derechos, en la faceta tuitiva de los derechos personales²⁸.

En tal sentido, estos nuevos enfoques parten del reconocimiento del carácter no absoluto de los derechos y su posibilidad de reglamentación razonable (arts. 14, 19, 28 y 75 inc. 30 CN). Esta circunstancia es reconocida por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, que, lejos de oponer los derechos de los particulares a las potestades del Estado, presuponen su coordinación y equilibrio al establecer que:

“En ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.²⁹

De la misma manera, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica determina que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias de una sociedad democrática. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determina que en el ejercicio de los derechos que el tratado garantiza, el Estado podrá someter tales derechos únicamente a las limitaciones determinadas por la ley, sólo en la medida compatible con la

²⁸ En este apartado citamos a RODRIGUEZ CAMPOS, p. 711.

²⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 29, inc. 2.

naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.³⁰

Según esta perspectiva las diferentes normas del derecho positivo de nuestro país integralmente considerado aceptan la regulación y limitación de los derechos, es decir, aceptan el ejercicio del poder de policía, pero advirtiendo que en todos ellos se hace hincapié en la protección de los derechos. Desde esta perspectiva, el poder de policía adquiere un papel más tuitivo que limitativo de los derechos individuales.

Entonces, observando el instituto desde su finalidad, se dice que se presenta como una actividad estatal, que tiene en miras la protección de la vigencia de los derechos individuales y de ciertos bienes jurídicos protegidos, mediante la limitación del ejercicio de otros, en aras del bien común y la justa convivencia social.

De esta manera, el poder de policía se despoja de la connotación autoritaria, adquiriendo un contenido más concreto definido por su finalidad tuitiva de aquellos valores fundamentales para la comunidad.

En definitiva, se dice, ya no hablamos de la limitación de los derechos individuales puramente como ejercicio de al *potestas estatal*, sino como un deber del Estado de proteger la vigencia de ciertos derechos, para la que se requiere contener el ejercicio de otros, de manera que aquéllos no se vean anulados

6. La limitación de derechos. Recapitulación

6.1. Introducción

En los apartados anteriores se han mencionado diferentes perspectivas sobre el modo en que el fenómeno de la actividad interventora del Estado es abordado; puntos de vista que muestran, por un lado, una preocupación creciente por las consecuencias o los efectos que esas intervenciones producen en el ámbito de los derechos de los ciudadanos o de la sociedad en general (apartado II) y un propósito cada vez más tuitivo de los derechos de los particulares (apartado III).

Si bien las tendencias referidas y los nuevos modos de abordar estas cuestiones provienen algunos del campo económico y otros de la ciencia jurídica, es posible identificar en todos los casos un fundamento

³⁰ Ver RODRIGUEZ CAMPOS, op. cit., p. 714.

común de la intervención estatal que va adquiriendo una fisonomía diferente mucho más provechosa y fértil en el estudio de los temas de nuestra disciplina³¹.

En tal sentido, la mutación del centro de gravedad en el estudio de la potestad reglamentaria del Estado desde la necesidad de reafirmar el poder del Estado hacia el compromiso de proteger los derechos de la persona por sólo el hecho de “ser” persona y formar parte de una comunidad, importa un verdadero de cambio paradigma que trastoca el modo que, hasta el presente, abordábamos esta temática.

Por esa razón y si bien cada uno de estos aspectos justificarían análisis más pormenorizados, en los apartados siguientes nos referiremos brevemente a la particular naturaleza de estos derechos sobre los que recae la intervención, los condicionamientos y/o los principales límites que encuentra la tarea reglamentaria según estos enfoques y una mención de algunas maneras en que pueden ser agrupados.

6.2. La intervención estatal y los derechos humanos subjetivos

La preocupación de los estudios por la actividad reglamentaria del Estado se adenta al contenido mismo de la intervención y la finalidad protectora que persigue. Este fenómeno confluye con la mutación que, al mismo tiempo, adquiere la conceptualización de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales.

En efecto, los derechos subjetivos sobre los que recae la intervención o la reglamentación adquieren, en el marco de un Estado que incorpora en su pirámide los tratados de derechos humanos, fisonomía y contenidos diferentes y específicos por cuanto el sujeto referido en esos instrumentos los titulariza como “hombre” que es y no sólo por ser parte de un Estado³².

Este enfoque resignifica el rol del Estado en la reglamentación de los derechos, que se convierte, a partir de esta mutación, en un sujeto

³¹ La doctrina ha consolidado este tipo de enfoques. Al respecto, ver, por ejemplo, SOLA, Juan Vicente, *Constitución y Economía*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As., 2004. RIVERA, Julio César, *Economía e interpretación jurídica*, La Ley, 09/10/2002, entre otros.

³² La expresión derechos humanos subjetivos es una de las tantas denominaciones posibles de los derechos humanos fundamentales. En relación a la nomenclatura de estos derechos ver BIDART CAMPOS, Germán, p. 156).

obligado y garante principal de la vigencia de esos derechos subjetivos en lugar de un mero expectador de ellos.

Los derechos humanos adquieren vigencia en el derecho interno de un Estado mediante los tratados incluidos en el ordenamiento y esa vigencia favorece el status de hombres que forman parte de un Estado – el “suyo”-, a cuya población pertenecen y del que son parte -, y no de hombres que directamente están situados en la comunidad internacional (aun cuando sean sujetos de derecho internacional).

Siempre es el derecho interno (constitucional) el ámbito de instalación de los derechos, porque es el Estado al que ese derecho interno de la organización y estructura, el que incorpora a su elemento humano un conjunto de hombres en el que conviven territorialmente.

De las afirmaciones anteriores se extrae otra conclusión que, aunque pareciera tener poco o nada que ver con ellas, es trascendental para comprender los nuevos enfoques en esta materia: si el hombre es parte de un Estado, y es dentro de ese Estado (en su derecho interno) donde se instala con un status personal de derechos, se vuelve disvalioso que el derecho interno de “su” Estado le condicione los requisitos al derecho de nacionalidad, porque los derechos son “del hombre en cuanto persona” y no en cuanto a nacional de un Estado y se enfatiza que son derechos del hombre en cuanto persona (nacional o extranjero) dentro de un Estado de cuya sociedad es parte. (BIDART CAMPOS, Germán, 1991, p.362).

En definitiva, desde esta visión en la cual el hombre titulariza los derechos como “hombre” y no como parte de un Estado aunque forme parte de él, ressignifica el rol del Estado en la reglamentación de los derechos, razón por la cual adquiere importancia la cuestión relativa a la limitación o límites de los derechos.

6.3. La cuestión de los límites de los derechos

Las manifestaciones que venimos formulando nos enfrentan, entonces, a la afirmación de que los derechos sobre los que recae la reglamentación y/o la intervención estatal no son absolutos sino que los derechos llevan u tienen en sí mismos un carácter limitado o relativo y una función social, por lo que su ejercicio implica el deber de no extralimitarlos, o dicho de otro modo, el deber de no violar ni interferir los derechos ajenos, el orden, la moralidad pública, etc.

En tal sentido y si bien la dicotomía “límites” y “limitación de derechos” despierta cierto interés teórico, sí puede resultar útil la dualidad de límites objetivos y límites subjetivos³³. Límites objetivos serían los intrínsecos que derivan de la propia naturaleza del derecho y de su función social, así como de las limitaciones externas que se imponen a su ejercicio por causa de los derechos de terceros, de la moral pública, del orden y, para quienes aceptan que el bien común es un límite, también por razón del mismo bien común. Límites subjetivos serían los provenientes de la actitud del sujeto titular del derecho, que los ejerce de buena fe, funcionalmente, y en subordinación a los límites objetivos. (BIDART CAMPOS, Germán, op. cit., p. 221.)

Los límites objetivos y subjetivos pueden no ser respetados en cuyo caso el titular incurso en esa responsabilidad no merece la protección que tutela a los derechos. Es decir, como ha señalado cierta doctrina, los derechos ejercidos con extralimitación no son acreedores a la defensa y protección que se les dispensa normalmente³⁴.

Los derechos poseen, en definitiva, determinados límites –si es que se prefiere continuar con el uso de la expresión- que están demarcados por el contenido esencial -o simplemente el contenido- del derecho, lo cual delimita no sólo el ejercicio por parte de su titular sino también el modo en que se conjuga con el ejercicio que otros realicen de sus propios derechos (SERNA; TOLLER, 2000, p. 44).

6.4. Los distintos propósitos de la intervención. Clasificaciones

Las reglamentaciones de derechos con fundamento en el interés general han sido consideradas tradicionalmente como regulaciones abstractas y generales enfatizando en el interés público de la población. La gran mayoría de esas intervenciones, si bien adscriben a una visión crítica del intercambio voluntario de derechos - de allí justamente la necesidad de una intervención estatal correctiva-, fueron explicadas tradicionalmente a través de la difundida clasificación de Jordana de Pozas de actividades de *servicio público, policía y fomento*.

³³ Ver Peces Barba, 1980, p. 110 y ss.

³⁴ ³⁴ Esta afirmación lleva a considerar que es impropio hablar del “abuso” de los derechos fundamentales por cuanto, en realidad, si el abuso de derecho significa algo, es, sin más, la ausencia de derecho, la falta de derecho y/o de la obligación (cfr. SERNA; TOLLER, 2000, p. 98).

Los más modernos enfoques, en cambio, al adentrarse en el contenido mismo de la actividad reglamentaria centrando sus preocupaciones en sus fundamentos, costos, beneficios, efectos o consecuencias, etc. y en la naturaleza misma de los derechos sobre los que recae la reglamentación, permiten otro tipo de clasificaciones.

En tal sentido, la teoría de la regulación – que explica el fenómeno intervencionista con auxilio o complemento con las denominadas fallas de mercado - clasifica las regulaciones en tres grupos: las regulaciones de control que tiende a impedir la conducta abusiva de quienes producen bienes y servicios; las de fomento son las dictadas en interés de los productores y tienden a promover el desarrollo de determinadas actividades y las regulaciones de solidaridad que buscan corregir las situaciones inequitativas de mercado. Al mismo tiempo, las regulaciones de control pueden ser “técnicas” si se refieren a las características de los bienes en el mercado –ej: regulaciones de medicamentos- y “operativas” si se refieren a las condiciones de ejercicio de actividades “riesgosas” – ej. regulaciones de tránsito, de higiene y seguridad en el trabajo, etc.-. (BUSTAMANTE, Jorge, p. 15).

Desde otra perspectiva se ha dicho que también pueden ser clasificadas en “regulaciones sociales” y en las denominada “regulación económica”, según si el fundamento de si dictado es social o económico (PROSSER, Tony, *Law and Regulators*, p. 10 y 11). La regulación social tiene una base “redistributiva” fundada en la finalidad de evitar una indeseada redistribución del bienestar o de las oportunidades en la sociedad. La regulación económica como vimos incluye las restricciones impuestas por el gobierno a las decisiones empresarias respecto al precio, cantidades, entrada, salida, del mercado.³⁵

Adviértase que los modos en los que se agrupan las distintas formas de intervención del Estado se emparentan de alguna manera con el modo de distinguir los derechos fundamentales entre los derechos primera, segunda y tercera generación, según el caso.

Es que la definiciones de derechos humanos, y la aplicación que de ellas se haga a determinados derechos para subsumirlos o dejarlos fuera de la categoría, no debe marginar a los actualmente reconocidos como derechos económicos y sociales –y también culturales- que han hallado cabida en el constitucionalismo social y en los tratados interna-

³⁵ Ver al respecto AGUILAR VALDÉZ, 2003, p.82.

cionales, debiendo procurarse que ingresen también los denominados de tercera generación. (BIDART CAMPOS, Germán, p. 232.)

Se trata, por decirlo de manera más simple, de dos caras de una misma moneda: la particular naturaleza de los derechos humanos involucrados (según sea la “generación a la que pertenezcan”) requieren una especial limitación por parte del Estado para adecuarlo (según el fundamento o finalidad que se persiga) al ejercicio de los derechos de los demás y al bien común, dando lugar a la particular forma o clasificación de que se trate.

7. A modo de conclusión

En este trabajo se ha referido a algunas tendencias o nuevas perspectivas de abordaje de la actividad interventora del Estado, las cuales muestran, por un lado, una finalidad cada vez más tuitiva de los derechos de los particulares y, por el otro, una preocupación creciente en las consecuencias derivadas de esa intervención.

Si bien las tendencias referidas y los nuevos modos de abordar estas cuestiones provienen algunos del campo económico y otros de la ciencia jurídica, es posible identificar en todos los casos un fundamento común de la intervención estatal que va adquiriendo una fisonomía diferente mucho más provechosa y fértil en el estudio de los temas de nuestra disciplina³⁶.

La mutación del centro de gravedad en el estudio de la potestad reglamentaria del Estado hacia la protección de los derechos de la persona humana por el sólo hecho de “ser” persona y formar parte de una comunidad, importa un verdadero de cambio paradigma que trastoca el modo que, hasta el presente, abordábamos esta temática.

La problemática del poder de policía –si es que se insiste en mantener esa nomenclatura- debe entenderse en una concepción servicial subordinada a la particular naturaleza de los derechos sobre los que recae la intervención y su razonabilidad reinterpretarse a la luz de los condicionamientos y/o los principales límites que encuentra la tarea reglamentaria según estos enfoques.

³⁶ En forma concordante con esta evolución que requiere mayores recaudos de especificidad y concreción que ha de reunir la noción de interés público puede verse RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, 2012.

Referências

AGUILAR VALDÉZ, Oscar, **Competencia y regulación económica**. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio, en AAVV Servicio Público, Policía y Fomento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 2003, Ediciones RAP.

ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, **Economía y Estado**, Abeledo Perrot, 1993.

BIDART CAMPOS, Germán, **Teoría General de los Derechos Fundamentales**, Astrea, 1991.

CANDA, Fabián, **Régimen jurídico de la Actividad de Policía**, AAVV, Servicio Público, Policía y fomento, Jornadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003.

CARBAJALES, Mariano, Sobre el derecho y la economía de las instituciones. **¿Hacia un nuevo modelo de Estado?** LL, Suplemento Actualidad, 26/11/2009.

CARRIÓ, Genaro, **Notas sobre derecho y lenguaje**, Abeledo Perrot, 4ta. edición, 1990.

COOTER, Robert, **The strategic constitution**, Princeton University Press, 2002.

Ver al respecto, DÍAZ, Rodolfo, **Una acordada “Alberdiana”**. La Unidad de Análisis Económico. La Ley 13/11/2009.

GORDILLO, Agustín, **Policía y poder de policía**, AAVV, Servicio Público, Policía y fomento, Jornadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003.

____. **Tratado de Derecho administrativo**, T. II, V-3, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, 4 edición.

____. **Tratado de Derecho Administrativo**, Tomo 2, 6ta. edición, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

LORENZETTI, Ricardo, **“Análisis económico del derecho: valoración crítica. Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en un contexto institucional”**, www.ricardolorenzetti.com.ar.

MITNICK, Barry M., **La Economía Política de la Regulación**, Fondo de Cultura Económica, México 1988.

PROSSER, Tony, **Law and the Regulators**, Clarendon Press, Oxford, 1997.

RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, **El interés general, derecho administrativo y Estado del bienestar**, Syntagma, Iustel, Madrid 2012.

RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, SENDÍN GARCIA, Ángel, PEREZ HUALDE, Alejandro y FARRANDO, Ismael en el prólogo a la obra Fuentes del derecho administrativo, **IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo**, 2010, Mendoza, Argentina. Ediciones Rap, 2010.

SACRISTÁN, Estela, **Control judicial de las Medidas de Emergencia** (A propósito del análisis costo-beneficio), en AA VV “El Derecho Administrativo de la Emergencia IV”, Fundación de Derecho Administrativo, 2005.

SERNA, Pedro, TOLLER, Fernando, La **Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales**. Una alternativa a los Conflictos de Derechos. La Ley, 2000.

SOLA, Juan V., **La Corte Suprema y el Análisis Económico del Derecho**, La Ley, 25/09/2009.

____., El análisis económico del derecho. O cómo tomarse las consecuencias seriamente. LL, 03/04/2008.

STIGLER, George J., The Theory of Economic Regulation; **Bell Journal of Economics and Management Journal**, vol. 2, 1971.

STIGLER, George S., “What can regulators regulate?- The case of electricity”, en The Citizen and the State - Essays on Regulation, **The University of Chicago Press**, 1975.

Recibido: 12/03/2015

Received: 03/12/2015

Aprovado: 12/03/2015

Approved: 03/12/2015