

Título: Poder de policía federal

Autor: Legarre, Santiago

Publicado en: Sup. Const- 2010 (septiembre), 23/09/2010, 59 - LA LEY2010-E, 388

Cita Online: AR/DOC/6332/2010

Sumario: I. El canon incierto de la nota a fallo. II. Mayorías problemáticas y jueces que no firman. III. La verdadera verdad sobre el poder de policía: una confesión federal

I. El canon incierto de la nota a fallo

No está claro qué se espera de un comentario a una sentencia. Tampoco está claro qué se debe esperar. ¿Debe acaso incluir un relato pormenorizado de los hechos? ¿Debe, a lo menos, incluir un resumen de esos hechos? A veces, uno lee notas a fallo que semejan a sentencias; y muchas de esas veces, la nota figura en la revista en cuestión publicada en la mitad de abajo de la página; en la mitad de arriba, está el fallo anotado; replicado abajo o, a veces, resumido (en cuanto a los hechos). Parece algo aburrido y superfluo.

Otra reacción incómoda, al menos para mí, la genera el comentarista-juez; el anotador que enfoca la pieza que se le ha asignado con una preocupación predominante, que orienta o atraviesa todo su comentario: ¿fue bien resuelto este caso? O, dicho de otra manera: ¿estoy yo, el comentarista, de acuerdo con lo resuelto por este juez? Me pregunto, sin embargo: ¿cuánto importa mi acuerdo o mi desacuerdo? ¿Cuánto importa mi opinión acerca del fallo? Podría decirse, no sin razón, que importa tanto como importo yo (el comentarista). En la mayoría de los casos, esto es tanto como decir: poco o nada. Además, ¿cuál es el valor agregado de que una persona más dicte una pseudosentencia en una causa que ya fue archivada? ¿No hubo ya un juez en esa causa, que tuvo a su disposición un expediente y una serie de elementos necesarios para dictar, eventualmente, una buena sentencia; elementos que el comentarista, generalmente, no tiene ni tendrá a su alcance?

Si mi opinión acerca de un fallo vale en verdad lo que vale mi opinión en sí misma, acaso valga más la pena dar mi opinión, fundadamente, que intentar fundar de vuelta una sentencia que ya fue dictada. Concedido, ello puede y debe incluir referencias al fallo anotado, pues si no, se trataría simplemente de un artículo de doctrina y no de una nota a fallo. Pero a lo mejor, lo que no deba concederse tan fácilmente es el mantenimiento del género académico mismo "nota a fallo", visto que su canon es tan ineluctablemente incierto. Mientras el canon subsista, el fallo, en una nota a fallo como ésta, debe jugar como una excusa o trampolín para reflexionar con libertad acerca de algún asunto abordado en la sentencia comentada. Eso haré a continuación. Otros temas tratados por el fallo, muchos de ellos apasionantes, se pueden leer en la sentencia misma dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en instancia originaria, en la causa *Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana c. Provincia de Buenos Aires*.

II. Mayorías problemáticas y jueces que no firman

En el fallo anotado se da una situación que ya parece figurita repetida, en lo que hace a la conformación de los votos en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Tres jueces votan juntos: Fayt, Petracchi y Zaffaroni. Su voto concurrente remite al dictamen del Procurador Fiscal subrogante, Ricardo O. Bausset. El juez Maqueda brinda, por separado, el cuarto voto indispensable para que exista una mayoría en la Corte Suprema actual de siete miembros. Se trata de una concurrencia en el resultado, mas no en los fundamentos, que son distintos de los del voto triple. Si una mayoría de resultados, en ausencia de una mayoría de fundamentos, es algo legal y moralmente válido es una cuestión interesante. Aquí no examinaré el problema ni cuestionaré esta práctica, tan difundida en nuestra Corte, y también tan criticada.

(1)

Las juezas Highton de Nolasco y Argibay votan en disidencia. Por el modo en que lo hacen —que el lector interesado podrá leer de la propia pluma de ellas—, no abordan la cuestión de fondo en la que se centran los dos votos que integran la mayoría.

No hace falta ser un genio de la aritmética para notar que la suma de los nombres precedentes no da siete, sino seis: cuatro votan a favor de la pretensión y dos, en contra. Sucede que el juez Lorenzetti, actual presidente del Tribunal, no firma la sentencia. Ésta es otra práctica difundida, y también criticada: un juez de la Corte decide, por alguna razón que nunca conoceremos, no intervenir en un determinado caso; o, para ser más exacto, decide no firmar una determinada sentencia, pues a veces ocurre que los jueces intervienen en un caso (lo estudian, hacen un borrador de voto) y finalmente no firman; y entonces ese juez que decidió no intervenir o no firmar estampa dos palabritas en el borrador que circula: "No firmo". (2)

En unos pocos casos, nobleza obliga, un juez que se considera comprendido por una causal de excusación, se excusa, lo cual supone la apertura de un proceso incidental, junto con un expediente interno, mediante el cual sus colegas deciden si le aceptan al juez la excusación. Si lo hacen, es de suponer, el público será informado, o

debería serlo, mediante una nota en la sentencia que diga: "El juez tal no intervino en el siguiente caso por haberse excusado". Algo parecido ocurriría en supuestos de recusación exitosa de un juez. En todo caso, estos supuestos —excusación y recusación— son algo raro y excepcional, comparados con la práctica del "No firmo".

III. La verdadera verdad sobre el poder de policía: una confesión federal

El voto del juez Maqueda en el fallo apostillado parece un tratado sobre la teoría y la práctica del poder de policía. [\(3\)](#)

La teoría, nos recuerda el voto, es que el poder de policía lo tienen las provincias. Por tanto, la provincia de Buenos Aires tiene, en principio, autoridad constitucional para decidir quién puede poner una farmacia dentro de su jurisdicción territorial. Sería un poder de policía para la protección de la salud pública, uno de los bienes clásicamente tutelados por ese poder. [\(4\)](#)

La práctica, nos recuerda también el voto, dice todo lo contrario: si la provincia de Buenos Aires excluye a una diócesis de la Iglesia Católica —en el caso, la de San Martín— de la lista de personas autorizadas para poner una farmacia, la provincia de Buenos Aires incurre en una violación del poder de policía del Estado federal; y esto a pesar de que no se ve que Buenos Aires haya incursionado en "un interés que trascienda el ámbito provincial". [\(5\)](#) Sí, estimado lector, leyó usted bien: el Estado federal, nos dice la práctica, también ejerce poder de policía dentro de una provincia, aunque siempre que se pueda, y para preservar la teoría, no se lo llame "poder de policía federal".

La razón por la cual el poder de policía federal habría sido violado por la provincia de Buenos Aires radicaría en que el Gobierno federal, mediante una ley del Congreso, reguló este tema, y lo hizo de modo de incluir a las entidades de bien público sin fines de lucro, como la Diócesis de San Martín, en la lista de personas que pueden poner una farmacia. Claro que si el federalismo tuviera sentido y, de consiguiente, el poder de policía fuera genuinamente provincial, la razón apuntada no sería una razón. Al contrario, sería una razón para, eventualmente, declarar la inconstitucionalidad de la ley nacional (o declararla no aplicable en la provincia en cuestión). Así lo hizo, en los Estados Unidos, la Corte Suprema en casos análogos y en años no muy remotos. [\(6\)](#) La referencia viene a cuento, pues nuestro artículo 121, [\(7\)](#) gozne en torno al cual gira toda esta problemática, es casi un calco de la Enmienda X [\(8\)](#)... Dicho ello, sin perjuicio de reconocer el carácter más centralista de nuestra constitución, a tenor de textos como la llamada "cláusula del progreso". [\(9\)](#)

El corolario obvio de lo antedicho es que en el caso comentado la mayoría de la Corte —en esto coinciden los cuatro jueces que la integran— terminó declarando inconstitucional, no la ley nacional, sino la ley farmacéutica de la provincia de Buenos Aires. Cosas que pasan en un país donde, para bien o para mal (esa es otra historia), el federalismo es letra virtual, cuando no muerta.

(1) Véase, por ejemplo, Sabelli, Héctor E., "El final de una etapa. Un panorama de la jurisprudencia de la Corte Suprema en el año 2003", JA, 2004-III-1369, p. 1378; Sánchez Maríncolo, Miguel A., "Las garantías re-firmadas en recientes fallos de la Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo. Su valorización constitucional", LA LEY, 2005-A, 372, p. 388; Hércules, "Sentencias de la Corte Suprema nulas por falta de motivación", "El Derecho", diario del martes 27 de julio de 2010, p. 1.

(2) Los jueces Fayt y Vázquez se opusieron a esta práctica, y sugirieron que a los jueces de la Corte Suprema se les debería aplicar el mismo criterio que a los camaristas federales y nacionales, a tenor del artículo 109 del Reglamento para la Justicia Nacional. Su posición no prosperó y quedó recluida en un voto minoritario. Cfr., por ejemplo, "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ Estado Nacional", sentencia del 9 de marzo de 2004, voto de los jueces Fayt y Vázquez. Sostuvieron allí que en caso de impedimento debe dejarse "formal constancia (...) de la circunstancia que impide la actuación (...)"; del considerando 2° de este voto.

(3) En esta nota no me referiré casi al voto triple, que encara el asunto por el lado de la igualdad jurídica y, de este modo, evade el problema del reparto de competencias entre Nación y provincias: el problema del poder de policía.

(4) Cfr., por ejemplo, Stark, Vincent, "Public Morality as a Police Power after Lawrence v. Texas and Gonzales v. Carhart", "The Georgetown Journal of Gender and the Law", Vol. X, p. 170, nota 30 (2009).

(5) Comp. el voto del juez Maqueda, considerando 5° al final: el empleo del poder de policía por el Estado nacional se justifica "cuando tiene en mira satisfacer (como en el caso) un interés que trascienda el ámbito provincial".

(6) Dos ejemplos paradigmáticos son "United States v. López", 514 U.S. 549 (1995) y "United States v. Morrison", 529 U.S. 598 (2000).

(7) El artículo 121 de la Constitución Nacional dice: "Las provincias conservan todo el poder no delegado

por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

(8) La Enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos dice: "Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución ni prohibidos por ésta a los Estados, quedan reservados respectivamente a los Estados o al pueblo".

(9) Cfr. el artículo 75, inciso 18, de la Constitución Nacional. Agradezco a Julio Rivera (h.) haberme llamado la atención sobre este punto, que para él tiene una importancia decisiva.

Información Relacionada

Voces:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ PODER
DE POLICIA ~ PROVINCIA ~ PROVINCIA DE BUENOS AIRES ~ IGLESIA ~ CONSTITUCIONALIDAD
~ ASOCIACION CIVIL SIN FINES DE LUCRO

Fallo comentado: [Corte Suprema de Justicia de la Nación \(CS\) ~ 2010-08-03 ~ Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana c. Provincia de Buenos Aires](#)