

POLICÍA, PODER DE POLICÍA Y REPARTO DE COMPETENCIAS EN LOS ESTADOS UNIDOS

Santiago LEGARRE

SUMARIO: I. Nace la idea de policía. II. Desarrollo del concepto de “policia” en Inglaterra. III. La idea de policía en los Estados Unidos. IV. Una cuestión de nombres: de “policía” a “poder de policía”. V. El poder de policía, *broad* y *narrow*. Conclusiones

I. NACE LA IDEA DE “POLICÍA”

Hoy entendemos por “policía” el cuerpo de oficiales que velan por la seguridad pública y trabajan en la persecución del crimen. No siempre fue así. Es instructivo, para empezar, echar una mirada a la etimología. “Policía”, al igual que su cognado “política”, proviene del latín *polītīa* que, a su vez, desciende de la palabra griega *politeia* y, en última instancia, de *polis*¹. *Polītīa* significaba administración civil o gobierno y, según Pierce y Cook, los romanos usaban la palabra para referirse a la condición del estado². En el latín medieval emergió una variante —*polītia*— que devino en el término francés “*police*”³.

¹ REV. W.W. SKEAT, *Etymological Dictionary of the English Language*, Clarendon Press, Oxford, 1882, *sub voce* “*police*”. Aunque esta fuente se refiere a la lengua inglesa, veremos que lo dicho en el texto es aplicable también a otras lenguas romances.

² L. PEIRCE & H. C. COOK H, *Manual to the Constitution of the United States Annotated*, The Michie Company, Charlottesville, Virginia, 1938, p. 52.

³ J. AYTO, *Dictionary of Word Origins*, Arcade Publishing, Little, Brown & Company, Nueva York, 1990, p. 402.

En la España del siglo XIV, “policía” significaba “política”⁴; cuatro siglos más tarde connotaba “la buena orden que se observa y guarda en las Ciudades y Repúblicas, cumpliendo las leyes u ordenanzas, establecidas para su mejor gobierno”⁵. Escribiendo en latín en el siglo XVII, Francisco Suárez usó el término “*politia*” en su *De legibus ac Deo legislatore* como sinónimo de las palabras latinas *regimen* y *gubernatio*. Los tres términos fueron utilizados por este teólogo con el significado de gobierno humano y administración civil⁶.

En Inglaterra la semántica de la policía tenía un aire parecido, tomado prestado de Francia⁷. Desde el siglo XVI en adelante “*police*” se usó en inglés como sinónimo de “*policy*”, para designar un estado organizado o “*commonwealth*”, aunque también significaba organización civil y civilización⁸. No obstante, estos significados devinieron obsoletos en el siglo XIX⁹, y de acuerdo con el *Oxford English Dictionary*, ya a comienzos del siglo XVIII se entendía por “*police*” la regulación, disciplina y control de una comunidad, la administración civil y el orden público¹⁰. Según esta autorizada fuente, el primer uso oficial de la palabra “*police*” en Gran Bretaña tuvo lugar en 1714 cuando la Reina Ana nombró comisionados de policía (*Commissioners of Police*) para la administración general interna de Escocia¹¹.

Escocia, por lo demás, tuvo mucho que ver con el desarrollo de la idea de policía en las islas británicas. Las típicas enciclopedias jurídicas escocesas asumen que el término “*police*” siempre se refirió a las fuerzas policiales, como ocurre en la actualidad¹². Sin

⁴ J. COROMINAS, y J. A. PASCUAL, *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, Gredos, Madrid, Vol. IV, 1981, *sub voce* “político” y su derivado “policía”.

⁵ *DICCIONARIO DE AUTORIDADES*, edición facsímil de la edición original de 1726-1737, Gredos, Madrid, Vol. III, 1976, s.v. “policía”.

⁶ Cfr., por ejemplo, Libro III, Cap. XI, n. 1: “Unde necesse est, ut vel sentiat, finem canonici iuris esse tantum externam *politiam* humanam, quod valde absurdum est, vel oportet, ut sentiat, finem iuris civilis non sistere in humana *politia*, et externa pace, ac iustitia reipublicae, sed etiam tendere ad veram felicitatem humanam” (las cursivas son añadidas). F. SUAREZ, *De Legibus*, L. Perena y V. Abril, eds., Vol. XV, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1975, pp. 144-45.

⁷ En el *Chambers Dictionary of Etymology* se afirma que “la forma inglesa *police* en el moderno sentido de imposición de la ley [*law enforcement*] fue tomada prestada del francés moderno *police*, pero en su más viejo sentido de organización civil fue tomada del francés antiguo *policie*”. *CHAMBERS DICTIONARY OF ETYMOLOGY*, Chambers, Edinburgo, 1988, s.v. “*police*”. En la misma línea, se ha sostenido que fue en Francia donde se usó por primera vez el equivalente francés de policía. Cfr. C. I. TOMLINS, *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, p. 44; M. RAEFF, *The Well Ordered Police State and the Development of Modernity in Seventeenth- and Eighteenth-Century Europe: An Attempt at a Comparative Approach*, *The American Historical Review*, Vol. 80 n.5, 1975, pp. 1221, 1235.

⁸ *CHAMBERS DICTIONARY OF ETYMOLOGY*, Chambers, Edinburgo, 1988, s.v. “*police*”.

⁹ *OXFORD ENGLISH DICTIONARY*, Clarendon Press, Oxford, segunda edición, 1989, s.v. “*police*”, significados 1 y 2.

¹⁰ *OXFORD ENGLISH DICTIONARY*, cit., s.v. “*police*”, significado 3.a.

¹¹ *Ibidem*. Cfr. también, L. RADZINOWICZ, *A History of English Criminal Law and Its Administration from 1750*, Stevens & Sons, Londres, 1956, p. 3.

¹² *ENCYCLOPAEDIA OF THE LAWS OF SCOTLAND*, W. Green & Son, Edinburgh, 1931, Vol. XI, p. 376; *THE LAWS OF SCOTLAND: STAIR MEMORIAL ENCYCLOPEDIA*, The Law Society of Scotland, Butterworth, Edinburgh, Vol. 16, 1995, p. 233.

embargo, en el siglo XVIII la palabra en cuestión significaba algo muy distinto, apareciendo dentro de una categoría de crímenes, las “ofensas contra la policía”¹³, de carácter misceláneo y amplios alcances. Se trataba de crímenes que no se dirigían contra personas particulares sino contra el estado y el buen gobierno del país. Los autores escoceses de este período —principalmente Lord Kames y John Erskine— dan unos pocos ejemplos: las reglas para la prevención de incendios, las relacionadas con la prostitución y con la presencia en tabernas después de ciertas horas, las ofensas de “*forestalling*” (comprar grandes cantidades de cereal para después venderlo a un precio mayor cuando haya escasez) y de vagancia¹⁴. Veremos más adelante la influencia que esta caracterización de la policía tuvo en Blackstone, cuyo influjo, a su vez, fue decisivo en los Estados Unidos. Adam Smith también contribuyó a la formación del concepto de policía en la Escocia ilustrada¹⁵, atribuyéndole un significado ligeramente distinto de los vistos hasta aquí. En sus *Lectures on Jurisprudence*, impartidas en la Universidad de Glasgow entre 1762 y 1764¹⁶, Smith confirma el origen francés del término: “El nombre [policía] es francés, y se deriva originariamente del griego *πολιτεία* [*politeia*], que propiamente significaba la política [*policey*] del gobierno civil ...”¹⁷. La *Jurisprudence* viene definida como “la teoría de los principios generales del derecho y el gobierno”¹⁸, y tiene cuatro grandes objetos o divisiones: justicia, renta [*revenue*], armas y policía¹⁹.

Al tiempo de escribir, Smith pensaba que “policía” ya no tenía el significado griego: “ahora sólo significa la regulación de las partes inferiores del gobierno, es decir, la limpieza, la seguridad, la baratura y la abundancia”²⁰. Las dos últimas “partes inferiores” tratan del modo más apropiado de procurar la riqueza²¹. En efecto, sostiene, cuando la paz interna está asegurada el gobierno deseará a continuación promover la opulencia del estado. Esto produce “lo que llamamos policía. Cualesquiera regulaciones dictadas con relación al cambio, comercio, agricultura y manufacturas del país son consideradas como parte de la

¹³ Aquí, y en lo sucesivo, la palabra “ofensa” (traducción literal de “offence” u “offense”) será usada en un sentido parecido —aunque, como el lector advertirá, no exactamente igual— al que tiene la palabra castellana “delito”.

¹⁴ Lord H. H. KAMES, *Statute Law of Scotland Abridged. With Historical Notes*, impresa por Sands *et. al.* para A. Kincald y A. Donaldson, Edinburgo, 1757, p. 271; J. ERSKINE, *An Institute of the Law of Scotland*, impresa por J. Bell en Addison’s Head, Edinburgo, 1773, n. 16, p. 705 y nn. 38-39, p. 714. Véase también, Sir G. MACKENZIE, *The Institutions of the Law of Scotland*, impresa por J. Watson para J. Vallange, Edinburgo, cuarta edición, 1706, p. 223.

¹⁵ Sobre la idea de “*police*” en el Iluminismo Escocés, véase C. L. TOMLINS, *Law, Labor, and Ideology...*, cit., pp. 39-40; W. G. CARSON, *Policing the Periphery: the Development of Scottish Policing 1795-1900*, Part I. 17 Australian and New Zealand Journal of Criminology 207, 1984, pp. 209-210.

¹⁶ El manuscrito editado de las *Lectures* fue publicado por primera vez por Edwin Cannan en 1896. Cfr. A. SMITH, *Lectures on Jurisprudence*, edición a cargo de R. L. Meek, D. D. Raphael y P. G. Stein, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 5.

¹⁷ A. SMITH, *Lectures on...* cit., p. 486, n. 203.

¹⁸ A. SMITH, *Lectures on...* cit., p. 398, n. 5.

¹⁹ A. SMITH, *Lectures on...* cit.

²⁰ A. SMITH, *Lectures on ... cit.*, p. 486, n. 203.

²¹ A. SMITH, *Lectures on ... cit.*, p. 487, n. 205 y p. 398, n. 5.

policía”²². Este significado económico de policía, relacionado con “las partes inferiores del gobierno”, al que Smith otorgaba una importancia considerable, ha devenido obsoleto²³.

En la Europa continental el primer teórico de la policía fue el jurista suizo Emmerich de Vattel, cuyo *Droit de Gens* fue traducido al inglés en 1759, al año siguiente de su publicación original. Esta circunstancia facilitó la difusión en el mundo de habla inglesa de un libro que en Estados Unidos habría de ser considerado desde el principio un oráculo del derecho²⁴. Ello no deja de ser sorprendente si se tiene en cuenta que su autor había confesado en el prólogo que el libro no era una obra original sino tan sólo una popularización del *Ius Gentium* de Christian Wolf.

Para Vattel, el soberano debe cuidar de la nación “como un padre tierno y sabio, y como un administrador fiel”²⁵. En cuanto padre, debe ocuparse de la verdadera felicidad de la nación, que constituye uno de los principales objetos de un buen gobierno²⁶. A este objeto del gobierno Vattel lo llama “policía”²⁷:

La *policía* consiste en la precaución que deben tener el príncipe y los magistrados para preservar todo en orden. Sabias regulaciones deben prescribir todo lo que contribuya a la seguridad, utilidad y conveniencia públicas, y los que tienen en sus manos autoridad nunca se preocuparán demasiado de que aquéllas sean tenidas en mira. Mediante una sabia *policía*

²² A. SMITH, *Lectures on...* cit., p. 5, n. 2.

²³ OXFORD ENGLISH DICTIONARY, s.v. “police”, significado 3.b. Allí se define “policía” en términos comerciales o económicos, se cita a Smith como el primero en usar la palabra en este particular sentido y se señala que ha devenido obsoleto.

²⁴ Sobre la autoridad del libro de Vattel en los Estados Unidos, véase W. W. CROSSKEY, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, The University of Chicago Press, Chicago, Vol. I, 1953, p. 147; C. G. FENWICK, “The Authority of Vattel” (1913), *The American Political Science Review* 395; J. M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 299-300. Véase también el “oral argument” del caso *Gibbons v. Ogden*, 9 Wheat. 1, 66 (1824), con cita de Vattel.

²⁵ E. de VATTEL, *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature: applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Newbery et. al., Londres, 1759-1760, n. 42, p. 21. En otro trabajo he ensayado una interpretación de los textos de Vattel y de Blackstone sobre la policía desde la perspectiva de la analogía entre rey y padre que ambos aceptan. S. LEGARRE, *Poder de Policía y Moralidad Pública. Fundamentos y Aplicaciones*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, ps. 71-92.

²⁶ Para Vattel el fin u objeto de la sociedad civil, constitutivo de su perfección, es procurar en general todo lo que constituya la felicidad, tanto de ella misma como de sus miembros individuales. E. de VATTEL, *Law of Nations...*, cit., p. 13.

²⁷ La palabra original francesa es *police*. En inglés fue traducida como *polity* (en la primera traducción de 1759-1760 y en la de 1793) y como *police* (en la traducción de 1797, editada por Joseph Chitty y publicada recién en 1834). Estas palabras (*polity* y *police*) se usaban intercambiamente en el siglo XVIII: véase, W. W. CROSSKEY, *Politics and the Constitution...*, cit., Vol. I, p. 149. Las citas incluidas en este trabajo están basadas en el original francés (*Le Droit de Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, Londres y Leiden, 1758) y en la primera edición inglesa, pero en todos los casos remiten a la paginación de esta última. Para una bibliografía completa de las diferentes ediciones del libro de Vattel en diversas lenguas, véase A. de LAPRADELLE, “Introduction”, en BROWN SCOTT, J., ed., *The Classics of International Law. Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains, by E. de Vattel*. Carnegie Institution of Washington, Washington, Volume III, 1916, pp. 56-59.

el soberano acostumbra a la gente al orden y a la obediencia y preserva la paz, la tranquilidad y la concordia entre los ciudadanos²⁸.

¿Qué tipo de regulaciones tiene en mente Vattel cuando se refiere a la policía? Primero, da el ejemplo de la prohibición del duelo²⁹, un lugar común entre las normas de policía en tiempos venideros. Más adelante menciona las limitaciones a la disposición de bienes por parte de los príncipes: el soberano, como un buen padre, debe poner los medios para evitar la ruina económica de sus “hijos pródigos”³⁰. Finalmente, en el contexto de los límites de la propiedad privada afirma “que los particulares no son tan libres en la economía o el gobierno de sus bienes como para no estar sujetos a las regulaciones de *policía* dictadas por el soberano”³¹. Por ejemplo, si en un país con escasez de maíz sobreabundan las plantaciones de viña el soberano puede prohibir que se planten viñas en terrenos apropiados para el cultivo de maíz, porque en este caso el bienestar público y la seguridad del estado están en juego³².

II. DESARROLLO DEL CONCEPTO DE “POLICÍA” EN INGLATERRA

La idea francesa de policía era mirada con sospecha en Inglaterra, como testimonia una carta publicada en la *British Magazine* en octubre de 1763 con el título de “Algunos comentarios risueños sobre palabras de moda”:

La palabra “policía” ha realizado numerosos intentos de establecerse. La he visto más de una vez recomendada fervientemente en los diarios; pero como ni la palabra ni la cosa misma son demasiado entendidas en Londres, me parece que llevará un tiempo considerable ponerla de moda; quizá por una aversión a los franceses, de quienes la palabra es tomada prestada, y existiendo ya algo llamado “policía” en Escocia, el prejuicio inglés tardará en reconciliarse con ella³³.

El gran historiador del derecho inglés Radzinowicz recoge otra carta, enviada desde Escocia alrededor de 1720, que es tan divertida como ilustrativa:

²⁸ E de VATTEL, *Law of Nations*..., cit., n. 174, pp. 76-77, las cursivas son añadidas.

²⁹ E de VATTEL, *Law of Nations*..., cit., n. 175, p. 77.

³⁰ E de VATTEL, *Law of Nations*..., cit., n. 254, p. 104.

³¹ E de VATTEL, *Law of Nations*..., cit., n. 255, p. 104, énfasis agregado.

³² Otros ejemplos de medidas de policía relacionadas con la propiedad privada: “Cuando alguna razón de importancia suficiente lo requiere, el soberano o el magistrado pueden obligar a un particular a vender todas las provisiones que excedan lo necesario para la subsistencia de su familia, y fijar el precio. La autoridad pública puede y debe desalentar los monopolios y suprimir toda práctica tendiente a aumentar el precio de las provisiones...”. Tanto el ejemplo del texto como los transcriptos precedentemente pueden encontrarse en E. DE VATTEL, *Law of Nations*..., cit., n. 255, p. 104.

³³ *THE BRITISH MAGAZINE OR MONTHLY REPOSITORY FOR GENTLEMEN & LADIES*, printed for J. Fletcher, London, 1763, p. 542. La carta está firmada por un tal Tim Tipsey.

Estoy tentado de mencionar ... a un francés que entendía poco inglés. Poco después de su arribo a Londres, había observado bastante suciedad y desorden en las calles, y preguntando por la Policía, sin encontrar nadie que entendiera el Término, gritó: ¡Buen Dios! ¿Cómo puede uno esperar Orden entre esta Gente que no tiene semejante palabra como Policía en su lengua³⁴?

De hecho, por bastantes años los ingleses sólo usaron el término “policía” para referirse a la policía de los franceses y otras naciones europeas³⁵. Como explicaré a continuación, le cupo a Sir William Blackstone el rol de afirmar la idea de policía en el mundo inglés.

Fue Blackstone quien más se ocupó del concepto de policía en el siglo XVIII y sus ideas sobre la materia tuvieron una gran repercusión en los incipientes Estados Unidos, por lo cual son importantes a los fines de este estudio³⁶. Contemporáneo de Vattel, Blackstone había leído las obras de autores de la Europa continental, como Samuel Pufendorf, a quien cita numerosas veces³⁷. Esto es importante porque en su *De iure naturae et gentium* Pufendorf había sembrado ya las semillas de la idea de policía, aunque sin usar este término³⁸.

Blackstone trata la policía en dos partes de sus *Commentaries on the Laws of England*, publicados entre 1765 y 1769³⁹: en el Libro Primero, al tratar de la prerrogativa del rey⁴⁰; y en el Libro Cuarto, al tratar de las injurias públicas (*public wrongs*).

Entre las prerrogativas reales recogidas en el Libro Primero y relacionadas con los asuntos internos se encuentran las que derivan de la condición del rey como árbitro del comercio doméstico. En ejercicio de dicha potestad puede establecer:

[M]ercados públicos, o lugares de compra y venta, como ferias y mercados, con los peajes correspondientes. Aquéllos solamente pueden abrirse por permiso del rey, o por un uso y prescripción extensos e inmemoriales, que presuponen un tal permiso. La limitación

³⁴ L. RADZINOWICZ, *A History of English Criminal Law ...*, cit., p. 1.

³⁵ El OXFORD ENGLISH DICTIONARY (*s.v. police*) ilustra bien este punto con citas de Swift (1732) y Keyser (1756).

³⁶ Sobre la influencia inmediata de Blackstone en los Estados Unidos, véase D. R. NOLAN, “Sir William Blackstone and the New American Republic: a Study of Intellectual Impact” (1976) 51 *New York University Law Review* 731, p. 737.

³⁷ Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, edición facsímil del original de 1765-1769, University of Chicago Press, Chicago, 1979, Vol. I, pp. 43 y 101; Vol. IV, pp. 7 y 31.

³⁸ BARON S., PUFENDORF, *The Law of Nature and Nations: A General System of the Most Important Principles of Morality, Jurisprudence, and Politics*, traducida por Basil Kennet, impresa para J. and J. Bonwicke et al., London, 5ta ed., 1749, (1672), pp. 827-828 n.III.

³⁹ Sigo aquí la primera edición de 1765-1769, dado que las secciones relevantes no sufrieron modificaciones significativas en las restantes ediciones realizadas en vida de Blackstone, la última de las cuales fue la octava, de 1778.

⁴⁰ Ernst Freund, el autor estadounidense más influyente del siglo XX en materia de poder de policía, subraya la relación entre prerrogativa real y policía al denominar a la primera “poder de policía real”. E. FREUND, *Standards of American Legislation. An Estimate of Restrictive and Constructive Factors*, The University of Chicago Press, Chicago, 1917, p. 38.

de estos puntos de reunión al tiempo y lugar más convenientes para el vecindario, forma parte de la economía o *policía doméstica*; la cual, considerando *el reino como una familia grande* y al rey como su señor [*master*], comporta su derecho de disponer y ordenar como a él le plazca⁴¹

El poder de dar curso legal a la moneda y la regulación de las pesas y medidas constituyen otros ejemplos de prerrogativas reales sobre el comercio. Blackstone afirma que las pesas y medidas “[d]eben ser las mismas en todo el reino para beneficio del público”⁴². La idea de policía aparece así, nuevamente, relacionada con el dominio público. Y queda claro que policía es sinónimo de administración civil o doméstica.

Este mismo sentido de “policía” se halla presente cuando sobre el final de su obra, en el Libro Cuarto, Blackstone aborda el derecho penal. Las injurias públicas (*public wrongs*), afirma, se dividen en dos. En primer lugar, están “aquellos crímenes y contravenciones que afectan más especialmente el bienestar general [*common-wealth*], o la *policía pública* del reino”⁴³. En segundo término, “aquellos peculiarmente dirigidos contra la vida y la seguridad de sujetos privados”⁴⁴, como el homicidio y la violación. Los delitos contra la policía pública ofenden al rey “en su condición de *paterfamilias* de la nación; a quien pertenece en virtud de su oficio real proteger a la comunidad, y a cada uno de los individuos que la integran, contra todo tipo de violencia dañosa mediante el dictado de leyes [...]”⁴⁵. Pareciera que la dimensión pública es más inmediata en el caso de este tipo de faltas. Si bien en las del segundo grupo también se da una afectación del interés público, ésta viene mediada por el perjuicio que originalmente sufre un “sujeto privado” (por ejemplo, la víctima de un homicidio). Ello no ocurre con las ofensas del primer grupo, que atentan *más especialmente* contra el bienestar del reino —la policía pública— y contra el rey.

Los crímenes y contravenciones que afectan más especialmente la cosa pública (*common-wealth*) pueden dividirse, según Blackstone, en cinco especies: “ofensas contra la *justicia* pública, contra la *paz* pública, contra el *comercio* público, contra la *salud* pública, y contra la *economía* o *policía* públicas”⁴⁶. Obsérvese que si bien antes el autor había usado

⁴¹ Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries* ..., cit., Vol. I, p. 264, las cursivas son añadidas. Crosskey explica que “economía” y “policía” eran usados por Blackstone como sinónimos. W. W. CROSSKEY, *Politics and the Constitution*..., cit., Vol. I, p. 148.

⁴² Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries*..., cit., Vol. I, p. 264. A continuación añade: “Pero como las pesas y medidas son por naturaleza arbitrarias e indefinidas, es por tanto útil que sean reducidas a alguna regla o estándar fijos”.

⁴³ Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries*..., cit., Vol. IV, p. 127.

⁴⁴ Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries*..., cit.

⁴⁵ Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries*..., cit.

⁴⁶ Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries*..., cit., Vol. IV, p. 128.

como sinónimos “*common-wealth*” y “policía pública”⁴⁷, al ofrecernos esta clasificación enseña que las ofensas contra la policía (o economía) pública son una especie de las ofensas que afectan *más especialmente* la cosa pública (*common-wealth*). Detrás de este uso flexible del lenguaje podemos adivinar que hay un sentido más amplio de policía, en el cual se identifica con la cosa o bienestar públicos (*common-wealth*) en toda su extensión y, por lo tanto, incluye la justicia, la paz, el comercio y la salud públicas; y otro sentido más estrecho y preciso, que engloba solamente algunas de las materias que hacen al *common-wealth*. ¿Cuáles? Dejemos que hable Blackstone:

Por la *policía y economía públicas* significo la debida regulación y orden doméstico del reino: por medio del cual los individuos del estado, como miembros de una *familia bien gobernada*, están obligados a conformar su conducta general a las reglas de corrección, decoro y buenas maneras [*good manners*]; y a ser decentes, industriosos e inofensivos en sus respectivos puestos⁴⁸

Nuevamente sobresale la dimensión pública de la policía, ya que se trata de “todos los crímenes *que especialmente afectan a la sociedad pública* y no estén comprendidos en ninguna de las cuatro especies precedentes”⁴⁹; o, en otras palabras, de “ofensas *contra el orden público* y el régimen económico del estado”⁵⁰. Por ello, como en Escocia, este título de ofensas debe ser necesariamente “misceláneo”⁵¹ y, cabe agregar, residual, lo cual excluye una definición de contornos claros. La referencia al orden público para explicar la policía aporta cierta luz pero no debe olvidarse que en el *common law* “orden público” tiene un significado un tanto más estrecho que en el derecho continental. Mientras que en este último el “orden público” va de la mano de la moral pública y las buenas costumbres⁵², en el derecho anglosajón significa ausencia de desorden, esto es, paz, tranquilidad, seguridad públicas⁵³ —bienes todos éstos, también englobados en la noción civilista de “*ordre*

⁴⁷ Véase la ya citada expresión “crímenes y contravenciones que afectan más especialmente el bienestar general [*common-wealth*], o la policía pública del reino”. SIR W., BLACKSTONE, *Commentaries...*, cit., Vol. IV, p. 127.

⁴⁸ SIR W. BLACKSTONE, *Commentaries...*, cit., Vol. IV, p. 162, segundo énfasis añadido.

⁴⁹ SIR W. BLACKSTONE, *Commentaries...*, cit., Vol. IV, p. 162; las cursivas son añadidas.

⁵⁰ SIR W. BLACKSTONE, *Commentaries...*, cit., Vol. IV, p. 167; cursivas mías.

⁵¹ SIR W. BLACKSTONE, *Commentaries...*, cit., Vol. IV, p. 162.

⁵² Cfr., por ejemplo, en la Argentina el artículo 19, primera parte, de la Constitución Nacional (“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”) y el artículo 21 del Código Civil (“Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”).

⁵³ Obsérvese, sólo a título de ejemplo de lo dicho en el texto, la siguiente afirmación de Tiedeman en el prefacio de su importante tratado sobre limitaciones al poder de policía en los Estados Unidos, escrito a fines del siglo XIX: “[...] Por el contrario, la esfera de acción gubernamental se hallaba confinada dentro de límites estrechos por la popularización de la así llamada doctrina del *laissez-faire*, que niega al gobierno el poder de hacer más que lo necesario para proveer el orden público [*public order*] y la seguridad personal mediante la prevención y castigo de crímenes y transgresiones”. C. g. TIEDEMAN, *A Treatise on State and Federal Control of Persons and Property in the United States considered from both a civil and criminal standpoint*, The F. H. Thomas Law Book Co., St. Louis, Missouri, 1900, p. 6. Es decir que el aseguramiento del *public order* era compatible con un estado mínimo. Pareciera que no podría decirse otro tanto del orden público al estilo francés.

public”⁵⁴—. Sin desconocer las connotaciones más amplias que la noción supone en los ordenamientos de raíz francesa, no puede negarse, a la luz de los textos analizados, que en el *common law* las *good manners* tampoco son ajenas al *public order* que el rey tutela mediante la policía.

Blackstone ensaya una enumeración de los crímenes contra la policía pública en el capítulo XIII del Libro IV, el mismo capítulo en el que trata de los crímenes contra la salud pública. Esto último es digno de señalamiento pues de las cinco especies de ofensas contra el *common-wealth*, las tres primeras (justicia, paz y comercio) merecen tratamiento separado en los tres capítulos precedentes; sólo a estas dos (salud y policía) se las trata en un mismo capítulo. Ello no habría de pasar inadvertido a los ojos de la historia ya que la salud pública será, con el paso del tiempo, uno de los bienes corrientemente incluidos entre los objetivos del poder de policía⁵⁵.

He aquí, pues, el listado de ofensas contra la policía pública⁵⁶:

- matrimonios clandestinos
- bigamia
- vagancia (incluye el problema de los soldados y marineros ociosos, y de los egipcios o gitanos [*Egyptians or gypsies*])
- lujo o suntuosidad
- juegos de azar (*gaming*⁵⁷)
- cacería de ciertos animales y aves salvajes genéricamente llamados en inglés *game* (por ello las leyes que prevén esta ofensa se llaman *game laws*⁵⁸)
- molestias públicas (*common nuisance*).

⁵⁴ Véase, J. M. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 243-246. Finnis considera notoria la diferencia de significado entre la expresión inglesa *public order* y la francesa *ordre public*. *Ibidem*, p. 257.

⁵⁵ Más aun, los ejemplos de ofensas contra la salud pública que da Blackstone —como la venta de provisiones insalubres— son semejantes a algunas de las “regulaciones de policía” que enumera uno de los primeros constitucionalistas de los Estados Unidos, James Kent. J. KENT, *Commentaries on American Law*, editada por G. F. Comstock, Little, Brown, and Company, Boston, undécima edición, Vol. II, 1866, n. 340, p. 415.

⁵⁶ Véase esta enumeración en Sir, W. BLACKSTONE, *Commentaries...*, cit., Vol. IV, pp. 163-167.

⁵⁷ El verbo antiguo *gaming*, usado por Blackstone, derivó en *gambling*, que modernamente se usa para designar la participación en juegos de azar. J. AYO, *Dictionary of Word Origins*, cit., p. 248, s.v. *gamble* y *game*.

⁵⁸ G. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, y E. C. HOAGUE, *Diccionario Jurídico Inglés-Español*, Heliasta, Buenos Aires, 1993, Vol. I, p. 275, s.v. *game* y *game laws*.

Este último tipo de ofensas contra la policía pública llamado *common nuisance*, expresión que carece de un equivalente exacto en nuestra lengua⁵⁹, requiere un párrafo aparte⁶⁰. Blackstone la define así: “la realización de una cosa que molesta a todos los súbditos del rey, o la negligencia en la realización de una cosa que requiere el bien común”⁶¹. A diferencia de la *private nuisance* —interferencia con el goce de un inmueble determinado—, la *common nuisance* “molesta a toda la comunidad en general, y no meramente a alguna persona particular”⁶². Las *common nuisances* constituyen todo un subgénero de ofensas contra la policía pública. Blackstone da los siguientes ejemplos:

- molestias en la vía pública, así como en puentes y ríos públicos
- comercio e industrias ofensivas (cuando son perjudiciales para el público y no meramente para una persona en particular)
- albergues inmorales (*disorderly inns*⁶³) y cervecerías (*ale-houses*)
- loterías
- fabricación y venta de fuegos artificiales⁶⁴.

No me extenderé aquí en alcance preciso de la idea de policía, tal como la encontramos en estos autores dieciochescos⁶⁵. Queda claro que “policía” significaba algo muy distinto de lo que significa hoy y que se trataba de un concepto directamente vinculado con lo público. Sin tener una definición exacta, abarcaba realidades cercanas tanto a lo que después se llamó moralidad pública como a la seguridad, sin dejar de incluir regulaciones de tipo económico. Veremos ahora cómo la policía *cruzó el Atlántico*, se instaló en Estados Unidos, y se transformó en el poder de policía.

⁵⁹ Cabanellas de las Cuevas y Hoague definen *common nuisance* como “molestia pública. Actividad o conducta que afecta al público en general, produciéndole un daño o molestia”. G. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, y E. C. HOAGUE, *Diccionario...*, cit., Vol. I, p. 123, *s.v. common nuisance*. La expresión tiene un significado parecido al de *public nuisance*: “conducta, condición o circunstancia que causa un daño al interés público, sea por perjudicar o impedir el uso de bienes públicos o por ocasionar molestias al público”. *Ibidem*, Vol. I, p. 506, *s.v. public nuisance*.

⁶⁰ El historiador de la Universidad de Chicago William J. Novak, en un trabajo que ilumina muchos aspectos de esta cuestión, destaca la enorme importancia del derecho de las *nuisances (law of nuisance)* en la conformación de la “*well-regulated society*”, frase que caracteriza bien, a su juicio, a la sociedad estadounidense del siglo XIX en la que cristalizaron ideas como las sostenidas por Blackstone. Véase W. J. NOVAK, *The People’s Welfare. Law and Regulation in Nineteenth-Century America*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1996, *passim*.

⁶¹ Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries...*, cit., Vol. IV, p. 167.

⁶² Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries...*, cit., Vol. IV.

⁶³ Cabanellas de las Cuevas y Hoague definen *disorderly house* como “casa en que se realizan conductas contrarias al orden y a la tranquilidad pública”. G. CABANELLAS DE LAS CUEVA, y E. C. HOAGUE, *Diccionario...*, cit., Vol. I, p. 193, *s.v. disorderly house*.

⁶⁴ Sir W. BLACKSTONE, Sir W., *Commentaries...*, cit., Vol. IV, p. 167.

⁶⁵ Remito al lector interesado a S. LEGARRE, *Poder de policía...*, cit., pp. 83-92.

III. LA IDEA DE POLICÍA EN LOS ESTADOS UNIDOS

Ya se adelantó el impacto de las ideas de Blackstone en el despertar de la experiencia institucional estadounidense. Esta influencia se hizo sentir especialmente en el tema que estamos tratando. Algunos estados de la Unión incluso incorporaron a su legislación doméstica su clasificación de las ofensas en cinco especies, dedicando un título separado a los crímenes contra la policía⁶⁶. En una nota a una edición norteamericana de los *Commentaries*, Hammond afirma que el influjo de Blackstone “es más evidente que en ningún otro punto en los importantes efectos producidos sobre la interpretación de la constitución federal y las constituciones estatales en virtud del reconocimiento [de la categoría de ofensas contra la policía] como un poder gubernamental distintivo, no abarcado por el dominio eminente ni sujeto a sus limitaciones”⁶⁷.

Como ya se dijo, Vattel también tuvo una influencia destacada en los Estados Unidos. Crosskey demuestra en su libro *Politics and the Constitution in the History of the United States* que las ideas de Vattel sobre la policía eran muy conocidas en la Norteamérica del siglo XVIII. Sin perjuicio del carácter controvertido de la obra de Crosskey⁶⁸, parece estar fuera de duda que para los “padres fundadores” de la constitución estadounidense “policía” significaba algo semejante a lo que significaba para Vattel (y también para Blackstone)⁶⁹.

Además de este significado, al que se ha hecho referencia en la sección precedente de este trabajo, los términos “*police*” y “*polity*” (sinónimos en el siglo XVIII y traducibles ambos como “policía”) tenían otro sentido en Norteamérica, especialmente cuando iban acompañados del adjetivo “interno” (como en “policía interna”). Este significado puede observarse, por ejemplo, en los debates que tuvieron lugar durante el Primer Congreso Continental de 1774⁷⁰. Allí, la expresión fue usada varias veces para contrastar la policía interna de las colonias con los poderes de Gran Bretaña⁷¹, y los representantes de las colonias separatistas defendieron el derecho de los estados nacientes a una “legislación

⁶⁶ La palabra “policía” aparece por primera vez como una división dentro de una ley en los *Revised Statutes of New York* (1829). En 1836 también la adoptó Massachusetts y, con posterioridad, otros siete estados. E. FREUND, *The Police Power. Public Policy and Constitutional Rights*, reimpression del original de 1904, Arno Press, Nueva York, 1976, n. 2, p. 2, nota 2.

⁶⁷ Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, octava edición, W. G. Hammond, Bancroft-Whitney Company, San Francisco, 1890, Vol. IV, p. 217.

⁶⁸ Sobre el carácter controvertido del libro de Crosskey, véase L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Nueva York, tercera edición, 2000, Vol. I, pp. 61-62 y nota 52.

⁶⁹ Crosskey aporta considerable evidencia en este sentido. W. W. CROSSKEY, *Politics and the Constitution...*, cit., Vol. I, pp. 147-152; Vol. II, p. 1179.

⁷⁰ El Primer Congreso Continental de 1774 era el cuerpo de delegados que representaban a las colonias que más tarde se convertirían en los Estados Unidos de América.

⁷¹ Véase, por ejemplo, el plan de unión entre Gran Bretaña y Norteamérica presentado por Joseph Galloway en septiembre de 1774. JOURNALS OF THE CONTINENTAL CONGRESS (1774-1789), edición a cargo de W. C. Ford et al., Government Printing Office, Washington, 1904-1937, Vol. I, p. 49.

exclusiva [...] en todos los casos de tributación y policía interna”⁷². “Policía interna” en este contexto tenía un significado amplio; connotaba, en efecto, un ámbito de soberanía local⁷³ —o doméstica— que implicaba una supuesta limitación para el parlamento británico. Las colonias estaban dispuestas a consentir “a la operación de tales actos del parlamento británico que estuvieren *bona fide* limitados a la regulación de nuestro comercio externo”⁷⁴. Lo demás, es decir, tributación y policía interna, quedaba reservado a las colonias.

Después de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América en 1776, que no contiene una referencia explícita a la policía interna, esta preocupación reaparecería en los *Articles of Confederation* adoptados por los trece nuevos estados en 1781. El artículo segundo declaraba que cada uno de los estados confederados retenía su soberanía, libertad e independencia, así como todo poder, jurisdicción, y derecho, que no fuera expresamente delegado por la confederación a los Estados Unidos reunidos en el congreso continental⁷⁵. Aunque esta vez no se usó el término “policía”, la soberanía aludida era sin duda la “policía interna” del Primer Congreso Continental. La redacción adoptada en un borrador anterior de este artículo, que sí incluía la expresión “policía interna” para referirse a lo mismo, confirma esta interpretación. El artículo tercero de este borrador de 1776 —que constituye el primer antecedente del artículo segundo de los *Articles* de 1781— establecía:

Cada Colonia retendrá y disfrutará tanto de sus actuales Leyes, Derechos y Costumbres cuanto considere adecuado, y se reserva para sí la sola y exclusiva Regulación y Gobierno de su *policía interna* en todas las materias que no interfieran con estos Artículos de Confederación⁷⁶.

Inmediatamente después de la Declaración de Independencia, los nuevos estados separados de Gran Bretaña comenzaron a sancionar sus propias constituciones. Algunas de ellas incluían una “Declaración de Derechos” con una norma específica sobre “policía”, que devino fórmula canónica. La siguiente era una expresión típica:

⁷² JOURNALS..., cit., Vol. I, p. 68.

⁷³ Debe tenerse en cuenta que el término “local” —traducción literal del inglés “*local*”— no significa territorio pequeño, de dimensiones menores de lo que en algunos sitios se denomina una “localidad”. (El sentido genuino de la palabra se irá aclarando a lo largo del texto, o eso espero.) Me pareció necesario hacer esta aclaración, al igual que un par más que el lector encontrará en notas sucesivas, a raíz de una serie de comentarios que me hizo el Profesor Antonio Carlos Pereira Menaut luego de leer mi manuscrito, que me llevaron a darme cuenta de que, sin ciertas explicaciones aclaratorias, el trabajo podía ganar en confusión o sembrar malentendido —al menos en España—. Por ello, le estoy agradecido, al igual que por sus demás aportes tan sutiles como imbuidos de un sentido del humor un tanto británico: nada sorprendente para quien lo conozca un poco, a él personalmente, o por medio de sus escritos.

⁷⁴ *Ibidem*, Vol. I, ps. 68-69.

⁷⁵ *Ibidem*, Vol. IX, p. 908 y Vol. XIX, p. 214.

⁷⁶ JOURNALS..., cit., Vol. V, p. 547.

Solamente la gente de este Estado debe tener el exclusivo derecho de regular su gobierno y *policía* internos⁷⁷.

El Preámbulo de la [Constitución de New York](#) (1777) se refería a “un tema tan importante como la necesidad de erigir y constituir una nueva forma de gobierno y *policía interna* que excluya todo tipo de jurisdicción, dominio y control extranjeros”⁷⁸. De modo parecido, el Preámbulo de la Constitución de South Carolina (1776) consideraba que “para el bien de la gente debe establecerse, por común consentimiento, el origen y fin de todos los gobiernos para la regulación de la *policía interna* de esta colonia”⁷⁹. El silencio de las demás constituciones originales puede sugerir que el principio de la reserva de la policía a los estados era tan ampliamente aceptado que no necesitaba reconocimiento expreso⁸⁰.

Más aún, algunos estados incluyeron en sus constituciones cláusulas por las que se requería a sus ciudadanos y autoridades gobernantes que recurrieran a “principios fundamentales” para “preservar las bendiciones de la libertad”⁸¹. La [Constitución de Massachusetts de 1780](#) declaraba que “es absolutamente necesaria ... la adhesión a [los principios] de piedad, justicia, moderación, templanza, laboriosidad, y frugalidad, para preservar los beneficios de la libertad y mantener un gobierno libre”⁸². Estas cláusulas guardan una clara relación con los estándares de moralidad pública típicamente aplicados en el contexto de la policía⁸³.

A la luz de lo dicho no resulta sorprendente que el tema “policía” haya estado presente en las discusiones que condujeron a la [Constitución de los Estados Unidos de 1787](#). En la

⁷⁷ Artículo 2 de la Declaración de Derechos de las Constituciones de Maryland (1776) y North Carolina (1776), énfasis agregado; artículo 3 de la Declaración de Derechos de la Constitución de Pennsylvania (1776); artículo 4 de la Declaración de Derechos de la Constitución de Vermont (1777). La Declaración de Derechos y Reglas Fundamentales de Delaware (1776) tenía una norma casi idéntica, la sección 4, que disponía: “Que solamente la gente de este estado tiene el exclusivo e inherente derecho de gobernar y regular su policía interna”. La Declaración de Derechos de la Constitución de Massachusetts (1780), artículo 4, se acerca a esa formulación sin usar la palabra “policía”: “Solamente la gente de este estado tiene el exclusivo derecho de gobernarse a sí misma como un estado libre, soberano e independiente [...]”.

⁷⁸ Constitución de New York (1777), Preámbulo, las cursivas son añadidas.

⁷⁹ Constitución de South Carolina (1776), Preámbulo, las cursivas son añadidas.

⁸⁰ Véanse las siguientes constituciones: New Hampshire (1776); New Jersey (1776); Virginia (1776); Georgia (1777). Rhode Island, otro de los trece estados originales, no tuvo una constitución hasta 1842. Véase F. N. THORPE, *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies now or heretofore forming the United States of America*, Government Printing Office, Washington, 1909, *passim.*; F. J. STIMSON, *The Law of the Federal and State Constitutions of the United States*, Boston Book Company, Boston, 1908, p. 125.

⁸¹ *E.g.*, Constitución de North Carolina (1776), Declaración de Derechos, artículo 21; Constitución de Pennsylvania (1776), Declaración de Derechos, artículo 14; Constitución de New Hampshire (1783), artículo 1, sección 38. En North Carolina y New Hampshire esta cláusula sobrevivió numerosas reformas constitucionales. Constitución de North Carolina (1970) artículo 1, sección 35; Constitución de New Hampshire (1988) artículo 1, sección 38. Cfr. F. J. STIMSON, *The Law of the Federal and State Constitutions of the United States*, Boston Book Company, Boston, 1908, p. 125.

⁸² Constitución de Massachusetts (1780), Declaración de Derechos, artículo 18.

⁸³ Cfr. W. J. NOVAK, *The People's Welfare...*, cit., Capítulo 5.

convención constituyente federal hubo propuestas de incluir en la nueva constitución una “limitación de policía interna” al poder nacional. Roger Sherman, de Connecticut, propuso una resolución declarando que el gobierno federal no tendría derecho “a interferir con el gobierno de los Estados en ninguna materia de policía interna, que concierne solamente a los gobiernos de esos Estados y no compromete el bienestar general de los Estados Unidos”⁸⁴. El *Gouverneur* Morris, de Pennsylvania, se opuso a Sherman argumentando que “la policía interna, como sería llamada y entendida por los Estados, debería ser infringida en muchos casos, como en el caso del papel moneda [...]”⁸⁵. El punto de vista de Morris prevaleció y la resolución propuesta por Sherman fue rechazada. Una propuesta sustancialmente idéntica a la de Sherman fue hecha más tarde por el Comité de Detalle pero también se votó en contra de ella⁸⁶. Por último, el 15 de septiembre de 1787, Sherman reiteró su intento de obtener una limitación de policía interna, pero esta vez se encontró con la oposición de Madison y volvió a fracasar⁸⁷.

La decisión de la convención constituyente de no incluir una referencia a la policía interna de los estados en la constitución federal es un tanto sorprendente si se tiene en cuenta que dicha referencia hubiera significado continuidad con la posición defendida por las colonias unos años antes en el Congreso Continental y coherencia con las correspondientes normas de algunas constituciones estatales. Sin embargo, la omisión no debe ser mal interpretada. El silencio de la constitución federal debe entenderse en el contexto de la práctica precedente, que claramente confirmaba que los estados conservaban la policía interna. Madison lo expresó con lucidez en *El Federalista*, sin usar la palabra “policía” pero aludiendo significativamente a la “soberanía residual de los estados”. La jurisdicción del gobierno federal, escribió, “se extiende únicamente a ciertos objetos enumerados y deja a los Estados una soberanía residual e inviolable sobre todos los demás”⁸⁸. En sentido parecido, Hamilton afirmaba:

La completa consolidación de los Estados dentro de una soberanía nacional implicaría la absoluta subordinación de las partes; y los poderes que se les dejaran estarían siempre subordinados a la voluntad general. Pero como el plan de la convención tiende solamente a conseguir una consolidación o unión parcial, los gobiernos de los Estados conservarían todos los derechos de la soberanía que disfrutaban antes y que no fueran delegados de *manera exclusiva* en los Estados Unidos por dicho instrumento⁸⁹.

⁸⁴ Esto ocurrió el 17 de julio de 1787. THE RECORDS OF THE FEDERAL CONVENTION OF 1787, 1937 Revised Edition, a cargo de M. Farrand, Yale University Press, New Haven, 1966, Vol. 2, p. 21.

⁸⁵ NOTES OF DEBATES IN THE FEDERAL CONVENTION OF 1787 REPORTED BY JAMES MADISON, W. W. Norton, Nueva York, 1966, p. 303.

⁸⁶ Esto tuvo lugar el 22 de agosto de 1787. THE RECORDS... cit., Vol. 2, p. 367.

⁸⁷ NOTES OF DEBATES..., cit., pp. 649-650.

⁸⁸ EL FEDERALISTA, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, N° 39, p. 162. Sobre la contribución de Madison a la doctrina de los poderes enumerados véase, en nuestro medio, M. J. GARCÍA-MANSILLA, y R. RAMÍREZ CALVO, “James Madison y la Constitución Nacional”, en *Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en el sesquicentenario de su sanción*, Instituto Urquiza de Estudios Históricos-Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 2003, pp. 149-151.

⁸⁹ EL FEDERALISTA, cit., N° 32, p. 127, énfasis en el original.

El principio formulado en estos pasajes de *El Federalista* se sigue de la enumeración de los poderes reconocidos al Congreso por el Artículo I, Sección 8, de la Constitución de los Estados Unidos. Como afirmaría el *Chief Justice* Marshall en el famoso caso [Gibbons v. Ogden](#) (1824)⁹⁰, “[la] enumeración presupone algo no enumerado”⁹¹.

En tiempos modernos, la Corte Suprema estadounidense reafirmó esta idea, apoyándose en el Artículo I, Sección 8, para sostener que “[la] Constitución [no otorga] al Congreso un poder de policía plenario que autorizaría la sanción de cualquier tipo de legislación”⁹². En todo caso es obvio que, como dice Scheiber, el significado histórico del concepto de policía “deriva del uso y la aplicación, no del lenguaje de la constitución que nunca emplea el término”⁹³. Aunque también es verdad que el lenguaje de la [Enmienda Décima](#), introducida en 1789 como parte del *Bill of Rights*, capta bien la idea de policía (sin usar la palabra): 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 pueblo⁹⁴.

Esta enmienda refuerza la idea implícita en la enumeración del Artículo I, Sección 8, y hay quien considera que la enmienda funciona como la principal base constitucional del poder de policía de los estados⁹⁵, y quien entiende que “el poder de policía es uno de los poderes reservados a los Estados por la Enmienda Décima”⁹⁶. En efecto, la Enmienda Décima refleja la “soberanía residual de los Estados”, resultando claro que, bajo la nueva constitución, la policía estaba en manos de los estados, considerados como gobiernos de jurisdicción general [*governments of general jurisdiction*]. El gobierno federal, por el contrario, era concebido como un gobierno de poderes delegados y enumerados, sin autorización constitucional para ejercer poderes de policía⁹⁷.

⁹⁰ En los Estados Unidos se llama “Justice” —y no juez (“judge”)— a un miembro de un Superior Tribunal de un Estado y, por antonomasia, se denomina “Justices” a los “jueces” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al presidente de dicho Tribunal se lo conoce como *Chief Justice*. A lo largo de este trabajo he optado, por diversas razones —ciertamente opinables—, por no traducir estos vocablos ingleses sino brindarle al lector los términos originales.

⁹¹ 9 Wheat. 1, 195 (1824).

⁹² [United States v. Lopez, 514 U.S. 549, 566 \(1995\)](#), voto de la mayoría.

⁹³ H. SCHEIBER, “State Police Power”, en L. LEVY, *et. al.*, *Encyclopaedia of the American Constitution*, MacMillan Publishing Company, Nueva York, 1986, Vol. IV, p. 1744. Randy Barnett también considera los alcances del silencio de la constitución sobre la cuestión del ámbito apropiado del poder de policía. R. E. BARNETT, “The Proper Scope of the Police Power” (2004) 79 *Notre Dame Law Review* 429.

⁹⁴ Constitución de los Estados Unidos, Enmienda Décima. Sobre la relación de esta enmienda con la doctrina de los poderes enumerados, véase M. J. GARCÍA-MANSILLA, Y R. RAMÍREZ CALVO, “James Madison...”, *cit.*, p. 149.

⁹⁵ W. J. NOVAK, *The People’s Welfare...*, *cit.*, p. 13.

⁹⁶ L. B. EVANS, *Leading Cases on American Constitutional Law*, Callaghan & Company, Chicago, 1925, p. 1226.

⁹⁷ “Todos reconocen que el gobierno [federal] es uno de poderes enumerados. El principio de que puede ejercer sólo poderes que le sean reconocidos [...] es ahora universalmente admitido”. [McCulloch v. Maryland, 4 Wheat. 316, 405 \(1819\)](#). En la práctica este principio está en crisis, desde hace ya un tiempo, dado el incesante avance del gobierno federal. Véase R. P. GEORGE, “The Concept of Public Morality” (2000) 45 *American Journal of Jurisprudence* 17, pp. 21-23.

IV. UNA CUESTIÓN DE NOMBRES: DE “POLICÍA” A “PODER DE POLICÍA”

En los Estados Unidos la idea de policía recibió diversos nombres. Por ejemplo, James Kent, uno de los primeros constitucionalistas y profesor en la Universidad de Columbia, se refirió en 1826 al “poder de regulación”⁹⁸, que, al decir de Corwin, se convertiría a su tiempo en el “poder de policía” del derecho constitucional estadounidense⁹⁹.

Fue la Corte Suprema de los Estados Unidos quien le cambió el nombre a la “policía”, en el sentido de policía interna que explicamos en la sección anterior, y le dio la denominación nueva de “poder de policía”. La incorporación de estas palabras al léxico del Tribunal fue gradual y ocurrió de la mano de su primer *Chief Justice*, John Marshall¹⁰⁰.

Primero, en *Dartmouth College v. Woodward*¹⁰¹ (1819) el Tribunal afirmó que “los autores de la constitución [*framers*] no quisieron limitar a los estados en la regulación de las instituciones civiles adoptadas para su gobierno *interno*”¹⁰². Subrayamos el término “interno” por sus antecedentes en el constitucionalismo federal y local, y sus reminiscencias de lo “doméstico” en Blackstone. Unos años después, la Corte incorporó por vez primera la palabra “policía” a su vocabulario en *Gibbons v. Ogden*¹⁰³ (1824), nuevamente en el contexto de la definición de los límites del federalismo: “el reconocido poder del estado de regular su *policía*, su comercio doméstico y de gobernar a sus propios ciudadanos puede capacitarlo para legislar en esta materia [el comercio] hasta cierto punto no desdeñable”¹⁰⁴. Las leyes locales *sub-examine* [*inspection laws*] “forman una porción de esa inmensa masa de legislación que abraza todo lo que se encuentra en el territorio del estado y que no hubiera sido renunciado a favor del gobierno general”¹⁰⁵.

Por fin, en *Brown v. Maryland*¹⁰⁶ (1827) el *Chief Justice* Marshall, que también había escrito para la Corte los dos fallos anteriores, habló por primera vez del “poder de policía” como un poder que “los estados incuestionablemente retienen y deben retener”¹⁰⁷. Crosskey afirma que la frase “*police power*” es tan natural en cuanto tal, en vista de las nociones de

⁹⁸ J. KENT, *Commentaries...*, cit., Vol. II, n. 340, p. 415.

⁹⁹ E. S. CORWIN, *Liberty against Government. The Rise, Flowering and Decline of a Famous Juridical Concept*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1948, p. 88.

¹⁰⁰ En un ensayo tan lúcido como extenso W. G. Hastings afirma que la idea de poder de policía le sobrevino al *Chief Justice* Marshall gradualmente. W. G. HASTINGS, “The Development of Law as Illustrated by the Decisions Relating to the Police Power of the State” (1900) *Proceedings of the American Philosophical Society*, vol. XXXIX, n. 163, p. 363.

¹⁰¹ 4 Wheat. 518 (1819).

¹⁰² *Dartmouth College*, 629, las cursivas son añadidas.

¹⁰³ 9 Wheat. 1 (1824).

¹⁰⁴ *Gibbons*, 208, las cursivas son añadidas.

¹⁰⁵ *Gibbons*, 203.

¹⁰⁶ 12 Wheat. 419 (1827).

¹⁰⁷ *Brown v. Maryland*, 443.

la época, que resulta difícil creer que nunca hubiera sido utilizada antes de que el *Chief Justice* Marshall lo hiciera en este caso particular¹⁰⁸. No obstante, de acuerdo con los mejores estudios sobre la materia *Brown v. Maryland*, constituye el punto de partida de esta terminología¹⁰⁹. De esta manera, como cuando el capullo deja lugar a la mariposa, de la policía salió el poder de policía. La “frase combinada” —como se llamó años después al “poder de policía”¹¹⁰— no es otra cosa que un nuevo nombre para la vieja idea de policía. Walter Cook vio esto con claridad en un importante artículo publicado en 1907:

¿Hay alguna conexión entre las dos frases? Creo que la hay, y que un estudio de la historia mostrará que la una fue sustituida por la otra, y que la frase más moderna “poder de policía” es hoy usada por nuestros tribunales en un sentido bastante idéntico al que los creadores de la constitución le daban a la más temprana frase [“policía interna”]¹¹¹.

El natural fluir semántico del poder de policía a partir de la policía es confirmado por las numerosas decisiones judiciales que hablan alternativamente de ambos para referirse a lo mismo. Así, en el celebrado voto del Justice Field en *Barbier v. Connolly*, primero se dice de una ordenanza local prohibitiva del lavado y planchado de ropa en lugares públicos a ciertas horas que es “puramente una regulación de policía dentro de la competencia de cualquier municipalidad que posea los poderes propios de esos cuerpos”¹¹². Más adelante, para referirse a la misma ordenanza el Justice Field alude al ejercicio de los “poderes de policía” de las municipalidades¹¹³. Y en *Mugler v. Kansas*, el Justice Harlan se refiere a las leyes que prohibían la manufactura y venta de bebidas alcohólicas primero como manifestaciones de “los poderes de policía del Estado”¹¹⁴, y después como “regulaciones de policía”¹¹⁵. No hace falta agobiar aquí con más ejemplos¹¹⁶.

V. EL PODER DE POLICÍA, *BROAD* Y *NARROW*

En los casos que hemos repasado, de *Brown v. Maryland* en adelante, la frase “poder de policía” era usada como un sinónimo de lo que *El Federalista* denominaba la “soberanía

¹⁰⁸ W. W. CROSSKEY, *Politics and the Constitution...*, cit., Vol. II, p. 1305.

¹⁰⁹ Véase W. G. HASTINGS, “The Development of Law...”, cit., p. 360.

¹¹⁰ W. G. HASTINGS, “The Development of Law...”, cit., p. 366.

¹¹¹ W. W. COOK, “What is the Police Power?” (1907) 7 *Columbia Law Review* 322, p. 326. Por su parte, Novak observa: “más importante que la sanción formal constitucional [del poder de policía de los estados] son las raíces sustantivas del poder de regulación estatal en las tempranas nociones modernas de policía o *Polizei*”. W. J. NOVAK, *The People's Welfare...*, cit., p. 13. Véase también, en general, la Introducción de este libro.

¹¹² 113 U.S. 27, 30 (1885), las cursivas son añadidas.

¹¹³ *Barbier*, 32.

¹¹⁴ 123 U.S. 623, 661 (1887).

¹¹⁵ *Mugler*, 662.

¹¹⁶ Pueden verse, entre otros, *Patterson v. Kentucky*, 97 U.S. 501, 504 (1878), y en el orden estatal, el tantas veces citado voto del *Chief Justice* Redfield en la Suprema Corte de Vermont en *Thorpe v. Rutland*, 27 Vt. 140, 149 (1855).

residual de los estados”, esto es, “esa autoridad general no entregada al Gobierno General y reservada individualmente por cada Estado para regular de la manera que lo considere apropiada todas las materias de preocupación local”¹¹⁷. En otras palabras, “poder de policía” era equivalente a la “policía interna” que el Primer Congreso Continental había reclamado para las colonias y que hemos encontrado en las discusiones que precedieron a la sanción de la constitución federal. Es decir que “el término [poder de policía] no se usaba para designar una rama o esfera de la autoridad legislativa de los Estados en especial; más bien se empleaba para deslindar la esfera de autoridad estatal de la del Gobierno General”¹¹⁸. Se trataba, se ha dicho con razón, de “una fórmula breve para la expresión de la idea federalista de las funciones del estado en un sistema federal”¹¹⁹. En teoría, para la Corte Suprema el poder de policía no incluía otras formas familiares de ejercicio de lasoberanía de los estados que ya tenían nombres definidos como el “dominio eminente”¹²⁰, la tributación y la administración de justicia¹²¹. Sin embargo, en la práctica la Corte reconocía que las abarcaba o, más bien, que no podía separárselo de aquéllas¹²².

Este significado amplio [*broad*] de poder de policía fue articulado de una manera especialmente clara por el *Chief Justice* Taney en su voto en los *License Cases* (1847). A la pregunta “¿Qué son los poderes de policía de un estado?”, respondía:

No son nada más ni nada menos que los poderes de gobierno propios de cada soberanía sobre la extensión de su dominio [...], es decir, el poder de soberanía, el poder de gobernar hombres y cosas dentro de los límites de sus dominios¹²³.

¹¹⁷ W. W. WILLOUGHBY, *The Constitutional Law of the United States*, Baker, Voorhis & Co., New York, segunda edición, 1929, Vol. III, p. 1766. De modo parecido, Cook define el poder de policía como “el poder residual de gobierno, no clasificado, que la Constitución de los Estados Unidos deposita en los respectivos Estados”. W. W. COOK, “What is the Police Power?”, cit., p. 329. Barros anota que “el poder de policía como concepto del derecho constitucional estadounidense es sinónimo de la integridad del poder soberano de los estados que permanece después del reconocimiento constitucional de poderes limitados al gobierno federal”. D. B. BARROS, “The Police Power and the Takings Clause” (2004) 58 *University of Miami Law Review* 471, p. 472.

¹¹⁸ W. W. WILLOUGHBY, *The Constitutional Law...*, cit., Vol. III, p. 1766. Según Hastings, el poder de policía es un residuo que se obtiene “después de haber sacado de los poderes generales de gobierno, primero los poderes que la convención de 1787 halló necesario poner en manos del gobierno general, y segundo otros poderes ordinariamente tenidos por soberanos que ya hubieran adquirido reconocimiento distintivo” (como el dominio eminente, el poder tributario y la administración de justicia). W. G. HASTINGS, “The Development of Law...”, cit., p. 405.

¹¹⁹ W. G. HASTINGS, “The Development of Law...”, cit., p. 372.

¹²⁰ Se trata del poder de expropiación.

¹²¹ “En otras palabras, hemos tomado los poderes residuales de gobierno que los Estados tienen en nuestro sistema —la ‘soberanía residual’ de *El Federalista*—, los hemos clasificado y dado nombres específicos a algunas partes, por ejemplo, poder de tributación, de dominio eminente, etc, y después, quizá por falta de un nombre mejor, hemos llamado a lo restante ‘poder de policía’”. W. W. COOK, “What is the Police Power?”, cit., p. 329.

¹²² W. G. HASTINGS, “The Development of Law...”, cit., p. 405.

¹²³ 5 Howard 504, 583 (1847).

Ya antes, el *Justice Barbour* había desplegado este concepto *broad*, usando la expresión “policía interna”, en lugar de “poder de policía”. En *Mayor of the City of New York v. Miln* (1837), había sostenido, con cita de *Brown v. Maryland*: Constituye no sólo el derecho sino la carga y obligación solemne del estado promover la seguridad, felicidad y propiedad de su pueblo y proveer su bienestar general; todos estos poderes se relacionan con legislación meramente municipal o lo que, quizá, más propiamente podría llamarse *policía interna* [...] con relación a ellos la autoridad del estado es completa, incondicional y exclusiva¹²⁴.

En suma, como consecuencia de la evolución histórica que hemos reseñado, “poder de policía” fue la frase elegida por los estadounidenses para expresar una noción central de su federalismo: que los estados retenían *todo* lo no delegado expresamente al gobierno federal. Ese *todo* al que se refiere la doctrina de los poderes delegados es el poder de policía. Es decir que el poder de policía estaba —y está— inescindiblemente unido al sistema federal.

Algunas autoridades estadounidenses, tanto jurisprudenciales como doctrinarias, encuentran al lado de esta definición amplia [*broad*] de poder de policía, una estrecha [*narrow*]¹²⁵. Según Willoughby, esta noción se habría comenzado a perfilar a fines del siglo XIX, cuando los estados intentaron justificar regulaciones locales, cuestionadas a la luz de la cláusula de la Constitución Federal que otorga al gobierno nacional la competencia para legislar en materia de comercio interestatal [*Commerce Clause*]. Se argumentaba que “las regulaciones en cuestión eran necesarias o razonablemente requeridas para la protección de la salud, la moralidad o el bienestar general de los ciudadanos de los Estados que las sancionaban [...]. Así, la frase poder de policía vino a referirse gradualmente, no a los poderes generales residuales de los Estados sino a su derecho a proveer y aplicar regulaciones razonables en favor de la moralidad, seguridad y conveniencia de sus habitantes”¹²⁶, aun cuando el comercio interestatal se viera incidentalmente afectado¹²⁷. De esta manera, a diferencia de lo que había ocurrido hasta entonces, el poder de policía comenzó a designar también cierto campo o rama de la actividad legislativa – la destinada a restringir derechos *por razones de moralidad, seguridad y salud públicas*.

¹²⁴ 11 Peters 102, 139 (1837), énfasis agregado.

¹²⁵ En la Argentina, Marcelo de Jesús no parece reconocer este concepto *narrow*, cuando analiza la evolución del poder de policía en los Estados Unidos. M. O. De JESÚS, *Análisis comparativo de la evolución de la doctrina del poder de policía en las Constituciones y en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América y de la República Argentina (Su influencia en la extensión del ámbito de los derechos fundamentales)*, Fundación Carlos Pellegrini, Buenos Aires, 1990, ps. 10-28 y 46. Manuel García-Mansilla y Ricardo Ramírez Calvo me alertaron sobre la existencia de este trabajo.

¹²⁶ W. W. WILLOUGHBY, *The Constitutional Law...*, cit., Vol. III, pp. 1766-1767.

¹²⁷ En sentido parecido se expresa Freund: “El ejercicio del poder de policía para la protección de la seguridad, el orden y la moralidad [*morals*], constituye la policía en el sentido primario o más estrecho [*narrower*] del término. [...] Es el poder de policía en este sentido más estrecho del término [*in this narrower sense of the term*] lo que la Corte Suprema de los Estados Unidos concede, en principio, a los estados, aun en los casos en que su ejercicio afecta el comercio interestatal y exterior”. E FREUND, *The Police Power...*, cit., n. 10, p. 7. Véase también, CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA. ANALYSIS AND INTERPRETATION, U.S. Government Printing Office, Washington, séptima edición, 1973, pp. 1303-1318.

Un caso que ilustra bien esta concepción del poder de policía es [Mugler v. Kansas](#) (1887), en el que se había cuestionado la validez de una ley de Kansas que prohibía la producción y venta de bebidas alcohólicas. La Corte Suprema reconoció la competencia de la legislatura estatal para promover la moral, la salud y la seguridad públicas, y la fundó en el poder de policía:

¿A quién o a qué autoridad le corresponde determinar si la fabricación de ciertas bebidas destinadas ya sea al consumo general o al uso personal del fabricante afectan dañosamente al público? [...]. Bajo nuestro sistema de gobierno ello se halla a resguardo de la rama legislativa del gobierno. Corresponde a ese departamento ejercitar los que son conocidos como los *poderes de policía* del Estado y determinar, primariamente, qué medidas son apropiadas o necesarias para la protección de *la moral pública* [*public morals*], *la salud pública* o *la seguridad pública*¹²⁸.

Como puede verse, esta noción estrecha [*narrow*] de poder de policía se diferencia de la original amplia [*broad*] en que aquélla hace referencia a ciertas materias o contenidos (moral, salud, seguridad públicas; a veces se agrega bienestar público). En cambio el concepto amplio es de naturaleza residual y abarca todo lo no delegado (con la salvedad hecha de que en teoría no incluye el dominio eminente, la tributación y otros poderes retenidos por los estados pero que tienen ya nombres propios). De todas maneras, los dos conceptos, *broad* y *narrow*, tienen en común la referencia a los estados, ya que en ambos casos se trata de un poder retenido por ellos y no delegado al gobierno federal.

La definición del poder de policía por referencia a materias o contenidos tuvo especial vigencia durante la llamada “Era *Lochner*”¹²⁹, durante la cual la Corte usó intensamente la cláusula del debido proceso de la constitución para invalidar controles sociales y económicos tales como el salario mínimo o la limitación de la jornada laboral, que habían sido impuestos por leyes estatales sancionadas en ejercicio del poder de policía. La definición estrecha [*narrow*] de este poder es una conclusión que se sigue del razonamiento de la Corte en *Lochner* y su progenie jurisprudencial. He aquí el argumento: i) el derecho x (v.gr. libertad de contratar) es una libertad protegida por la cláusula del debido proceso de la Enmienda XIV; ii) una invasión de dicha libertad sólo puede justificarse en virtud de un apropiado ejercicio del poder de policía; iii) el poder de policía se ejerce apropiadamente

¹²⁸ 123 U.S. 623, 660-61 (1887), las cursivas son añadidas. Para una caracterización semejante del poder de policía, véase [Powell v. Pennsylvania](#), 127 U.S. 678, 683 (1888), fallo en el que se sostuvo la validez de una ley estatal que prohibía la producción de oleomargarina.

¹²⁹ Aunque tuvo sus antecedentes en fallos anteriores, como *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897), se considera que esta era comenzó en 1905 con [Lochner v. New York](#), 198 U.S. 45, y terminó a mediados de la década de 1930 con [Nebbia v. New York](#), 291 U.S. 502 (1934) y [West Coast Hotel v. Parrish](#), 300 U.S. 379 (1937).

solamente cuando se usa para ciertos objetivos limitados, frecuentemente descriptos como la promoción de la salud, la seguridad y la moral públicas¹³⁰.

Sin embargo, incluso durante la Era *Lochner* la Corte Suprema afirmó la coexistencia de los conceptos *broad* y *narrow* de poder de policía. Así, en 1907 la Corte declaró que los poderes de cada estado nunca entregados al gobierno general “pueden ser ejercidos no sólo en pro de la salud pública, la moral pública y la seguridad pública, sino también para el bien general o común, para el bienestar, confort y buen orden de la gente”¹³¹. Y, más explícitamente, en 1919 afirmó que “las palabras ‘poder de policía’ son susceptibles de dos significados: uno abarcador (*comprehensive*), que abarca sustancialmente todo el campo de la autoridad estatal, y otro más estrecho (*narrower*) que incluye solamente el poder del estado para ocuparse de la salud, la seguridad y la moralidad de la gente”¹³².

Esta convivencia del concepto amplio y el estrecho se mantiene hasta la actualidad, como lo muestran fallos relativamente recientes. En *Barnes v. Glen Theatre* (1991) una pluralidad¹³³ de la Corte afirmó: “El tradicional poder de policía de los Estados es definido como la autoridad para proveer lo conducente a la salud, la seguridad y la moral públicas, y hemos sostenido tal fundamento para la legislación”¹³⁴. Por su parte, en *United States v. Lopez* (1995) la mayoría del Tribunal recordó la doctrina de los poderes delegados y la noción original del poder de policía como soberanía residual:

Comenzamos con primeros principios. La Constitución crea un Gobierno Federal de poderes enumerados. Véase el Artículo I, Sección 8. Como escribió James Madison, “[l]os poderes delegados al gobierno federal por la Constitución propuesta son pocos y definidos. Los que permanecen en los gobiernos de los Estados son numerosos e indefinidos”¹³⁵.

¹³⁰ Como explican Stone *et al.*, si la Corte de la Era *Lochner* creía que la verdadera razón de una regulación era “la protección de la salud, la seguridad o la moral del público general, correspondía convalidar la ley. Pero si la Corte percibía la ley en cuestión como un esfuerzo para reajustar el mercado a favor de una de las partes de un contrato, lo más probable era que la declarase nula”. STONE *et al.*, *Constitutional Law*, Little, Brown, and Company, Boston, tercera edición, 1996, p. 831.

¹³¹ *Western Turf Association v. Hyman Greenberg*, 204 U.S. 359, 363 (1907).

¹³² *Dakota Central Telephone Co. v. South Dakota ex rel. Payne*, 250 U.S. 163, 185-186 (1919).

¹³³ En la Corte de los Estados Unidos, que como es sabido tiene nueve miembros, una “pluralidad” o voto plural (en inglés, “*plurality*”) es un voto de uno o más *Justices* que no llegan a conformar una mayoría (de cinco o más). Hay pluralidades o votos plurales firmados por dos, tres o cuatro jueces. Si a un voto lo firman cinco o más *Justices*, ese voto pasa de ser una “pluralidad” a ser una mayoría o voto mayoritario. Las pluralidades o votos plurales siempre “concurrer”, junto con algún voto más, de un *Justice* que no firmó el voto plural, a conformar la mayoría. Por ello, no tiene sentido hablar de votos plurales en disidencia. Cfr. la nota **¡Error! Marcador no definido.** infra. La comprensión acabada de este tema —i.e., cómo puede un *Justice* “concurrir”, es decir, contribuir a conformar la mayoría, sin votar con la pluralidad— exigirá la explicación de un asunto que excede este trabajo: la diferencia entre *opinion of the Court* y *judgment of the Court*. Me he ocupado del tema en S. LEGARRE, *Poder de policía...*, cit., pp. 167-169.

¹³⁴ 501 U.S. 560, 569 (1991), voto de la pluralidad, citas intermedias omitidas. El caso está publicado en español en la revista *El Derecho* (1992) 148-594, con notas de G. J. Bidart Campos y W. F. Carnota.

¹³⁵ 514 U.S. 549, 552 (1995), con cita del N° 45 de *El Federalista*.

La Corte en *Lopez* concluyó, con palabras que ya he citado, afirmando que “[la] Constitución [no otorga] al Congreso un poder de policía plenario que autorizaría la sanción de cualquier tipo de legislación”¹³⁶. Estamos, nuevamente, frente al concepto *broad* de poder de policía.

Más recientemente se decidieron dos casos que volvieron a resaltar la importancia de nuestro tema y su relación con el sistema federal de los Estados Unidos. En *Gonzalez v. Raich* (2005)¹³⁷, se sostuvo por estrecha mayoría que no infringe los poderes reservados del estado de California una ley federal que autoriza a prohibir el cultivo y consumo de marihuana, en contra de lo dispuesto expresamente por una norma local que los autoriza con fines medicinales. La decisión se fundó en una interpretación amplia del poder federal de regular el comercio interestatal, previsto en la *Commerce Clause* del Artículo I, sección 8 de la Constitución¹³⁸. Quienes votaron en disidencia¹³⁹, consideraron que esta inteligencia de dicha cláusula era incompatible con el poder de policía de los estados tal como se lo entendió desde antiguo hasta el citado precedente *López*. *Justice* O’Connor consideró que el caso ejemplifica el rol de los estados como laboratorios y que el poder de policía siempre incluyó la autoridad de los estados de definir el derecho penal y proteger la salud, la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos¹⁴⁰. *Justice* Thomas sostuvo más enfáticamente que leyes como la convalidada en este caso amenazan con hacer desaparecer los vestigios que todavía quedan de los tradicionales poderes de policía de los estados¹⁴¹.

En 2006 la balanza se inclinó en sentido opuesto y la Corte, nuevamente en fallo dividido, subrayó la importancia del poder de policía al examinar, en *Gonzales v. Oregon*, una directiva federal contraria a la prescripción de drogas letales destinadas a ayudar a suicidarse a quien así lo desee. En el curso de su decisión adversa a aquella directiva, el Tribunal recordó que los estados gozan de amplio margen bajo sus poderes de policía para legislar en lo que respecta a la vida, salud, confort y tranquilidad de todas las personas¹⁴². Quienes votaron en disidencia aceptaron esta caracterización del poder de policía,

¹³⁶ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 566 (1995), voto de la mayoría.

¹³⁷ Caso No. 03-1454, sentencia del 6 de junio de 2005. La *opinion* de la Corte tan sólo fue suscripta por cinco jueces. Un sexto *Justice* —Scalia— concurrió en la decisión (el *judgment*), pero no adhirió a la *opinion*.

¹³⁸ El Artículo I, sección 8 de la Constitución federal prescribe que “El Congreso tendrá poder para regular el comercio con las naciones extranjeras y entre los distintos estados ...”.

¹³⁹ La palabra “disidencia” —traducción literal de la inglesa “*dissent*”— es usada a lo largo de este trabajo como equivalente de lo que en parte del mundo hispano se llama “voto disidente” o, a veces, “voto particular”. No obstante, esta última expresión tiene, en muchos sitios, una connotación precisamente opuesta a la de disidencia: significa “estoy de acuerdo con la mayoría pero por mis particulares razones”; a veces se llama a esto una “disidencia de fundamentos” pero, como surge de lo dicho, está lejos de ser una disidencia en sentido estricto.

¹⁴⁰ *Gonzales v. Raich*, cit., disidencia de O’Connor, J., a la que adhirieron parcialmente Rehnquist, C.J., y Thomas, J. Todavía no está disponible la paginación oficial de este caso.

¹⁴¹ *Gonzales v. Raich*, cit., disidencia separada de Thomas, J.

¹⁴² Caso No. 04-623, sentencia del 17 de enero de 2006. Todavía no está disponible la paginación oficial de este caso.

fundándose su discrepancia en una interpretación distinta de la directiva federal mencionada¹⁴³.

CONCLUSIÓN

Hemos repasado la historia constitucional estadounidense para ver cómo nació y se desarrolló el poder de policía. Ello nos llevó a la idea de policía y a sus antecedentes en Vattel, Blackstone y otros pensadores de la Europa ilustrada. Ya en Estados Unidos, la policía se transformó en poder de policía y sobrevive hasta hoy con este nombre, con los significados amplio [*broad*] y estrecho [*narrow*] que hemos observado.

La realidad estadounidense actual, ilustrada por casos recientes como *Lopez* y los dos *Gonzales*, entre otros, muestra que el problema del poder de policía conserva una enorme vigencia. Abundan las discusiones acerca de la relación entre los poderes del gobierno federal y los de los estados, y la Corte oscila entre darle prevalencia a unos o a otros. Es mi esperanza que el estudio de la historia pueda servir para iluminar estas difíciles cuestiones del derecho constitucional de hoy; cuestiones que, por cierto, no se circunscriben a los límites de los Estados Unidos: por eso hay que detenerse en ellas y pensarlas en profundidad.

¹⁴³ Cfr. *Gonzales v. Oregon*, cit., disidencia de Scalia, J., a la que adhirieron Roberts, C.J., y Thomas, J. En una disidencia aparte, Justice Thomas considera que el voto de la mayoría en este caso es incoherente con lo que se había decidido en *Raich*.