



Journal of the Brazilian Chemical Society

ISSN: 2359-5639

Sociedade Brasileira de Química

Martins, Ricardo Marcondes; Santano, Ana Claudia
Una lectura neoconstitucional de la teoría del poder de policía*
Journal of the Brazilian Chemical Society, vol. 3, núm. 2, 2016, Mayo-Agosto, pp. 87-114
Sociedade Brasileira de Química

DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v3i2.47575>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=534057829006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UDEM
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 3 | n. 2 | maio/agosto 2016 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br



Una lectura neoconstitucional de la teoría del poder de policía*

A neoconstitutional reading of the power of administrative policy theory

RICARDO MARCONDES MARTINS**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
ricmarconde@uol.com.br

ANA CLAUDIA SANTANO***

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil)
anaclaudiasantano@yahoo.com.br

Recebido/Received: 05.07.2016 / July 5th, 2016

Aprovado/Approved: 15.07.2016 / July 15th, 2016

Resumen

El poder de policía es un tema bastante polémico dentro del Derecho Administrativo. Se refiere no sólo a cómo la Administración Pública debe portarse ante los administrados, sino también refleja una posición ideológica que el Estado adopta en el ejercicio de sus potestades. Además, su proximidad con otros problemáticos temas como la discrecionalidad administrativa vuelve aún más difícil su exposición doctrinal. Por medio de una lectura a partir de los cánones del neoconstitucionalismo, se debate la aplicación del poder de policía ante los derechos fundamentales y los principios constitucionales, resultando en breves aportes sobre la utilización de la técnica de ponderación de principios, que pueden colidir en un caso concreto, de modo que la Administración Pública

Abstract

The power of administrative policy is a very polemical issue in the Administrative Law area. It refers not only to the way of the Public Administration should act in front of the people, but also reflects an ideological position adopted by the State in the exercise of its authority. Furthermore, his proximity with other problematic issues, for instance, the administrative discretion, turns even much difficult its doctrinal approach. Through a neo-constitutional reading, it is discussed the application of the power of administrative policy, considering the fundamental rights and the constitutional principles, resulting in a brief contributions about the use of the balancing of principles technique, which can hurtle in a specific case, avoiding that Public Administration violates them when it uses the power of administrative

Como citar esse artigo/How to cite this article: MARTINS, Ricardo Marcondes; SANTANO, Ana Claudia. Una lectura neoconstitucional de la teoría del poder de policía. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 87-114, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.47575>.

* Una primera versión de este artículo fue publicada en el libro colectivo: RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen. (Org.). **Curso de Derecho Administrativo iberoamericano**. Granada: Comares, 2015, v. 1, p. 361-384.

** Profesor de Derecho Administrativo de Grado, Maestría y Doctorado de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo - PUC/SP (São Paulo-SP, Brasil). Doctor y Magíster en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de São Paulo - PUC/SP. E-mail: ricmarconde@uol.com.br

*** Profesora Colaboradora del Programa de Posgrado (Maestría y Doctorado) en Derecho de la Pontificia Universidad Católica do Paraná – PUC/PR (Curitiba-PR, Brasil). Becaria Posdoctoral en el Programa de Posgrado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica do Paraná – PUC/PR. Doctora en el Programa Estado y Buen Gobierno, Universidad de Salamanca, España. E-mail: anaclaudiasantano@yahoo.com.br.

no los viole cuando ejerza su poder de policía. Al final, se subraya el perfil ideológico del debate, así como la importancia de un nuevo encaje del poder de policía en la Ciencia del Derecho.

Palabras-clave: Administración Pública; poder de policía; neoconstitucionalismo; derechos fundamentales; principios constitucionales.

policy. In the end, it is underlined the ideological profile of the debate, as well as the importance of a new legal form of the power of administrative policy in the science of law.

Keywords: Public Administration; power of administrative policy; neo-constitutionalism; fundamental rights; constitutional principles.

SUMARIO

1. Aclaraciones preliminares; 2. Regulación; 3. Derechos fundamentales y principios; 4. Ordenación; 5. Teoría clásica del poder de policía; 6. Teoría neoconstitucional del poder de policía; 7. Rasgos del poder de policía. 8. Consideraciones finales; 9. Referencias.

1. ACLARACIONES PRELIMINARES

La teoría del poder de policía es, sin ningún lugar a dudas, uno de los temas más tormentosos del Derecho Administrativo, y hay dos factores que contribuyen para ello. El primero es que esta teoría no se refiere solamente al ejercicio de la función administrativa, sino también a la función legislativa. Aunque comúnmente estudiado por administrativistas, se trata de un punto que se conecta con otros propios del Derecho Constitucional, también muy espinosos, que son la discrecionalidad y la vinculación legislativa.¹ El segundo es la crítica de grandes autores que sufre la expresión,² lo que lleva a algunos a proponer incluso su supresión, por medio de la creación de nuevas teorías, como la de la regulación, de la Administración ordenadora, y de las limitaciones administrativas.

Se busca en este estudio los reales fundamentos de las principales propuestas doctrinales relacionadas al tema. A partir de los avances del constitucionalismo, sobre todo con las actuales nociones sobre los principios jurídicos y de sus análisis críticos, se presentará una reformulación de la teoría del poder de policía, y para esto se utilizará

¹ Es debido a esto que Celso Antônio Bandeira de Mello atribuye a la expresión 'poder de policía' dos sentidos, uno más amplio, de los actos legislativos y administrativos; y otro restricto, limitado a los actos administrativos (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, XIV-7-9, p. 846-847; Apontamentos sobre o poder de polícia. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano III, v. 9, p. 55-68, jul.-set. 1969. p. 57). Ya para Luis Manuel Fonseca Pires, las limitaciones administrativas, expresión que propone para sustituir la del 'poder de policía', se clasifican en limitaciones en sentido amplio, actividad de la función legislativa, y en sentido estricto, la manifestación de la función administrativa (PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 126). Sobre las nociones constitucional, legislativa y administrativa del poder de policía, cf. RODRÍGUEZ R., Libardo. **Derecho administrativo general y colombiano**. 18° ed., Bogotá: Editorial Temis, 2013. p. 648 y ss.

² Cf. OMAR CANDA, Fabián. Régimen jurídico de la actividad de policía. In: AA. VV. **Jornadas sobre servicio público, policía y fomento**. Buenos Aires: RAP Ediciones, 2004. p. 125 y ss.; SAMMARTINO, Patrício Marcelo E. Poder de policía: bases para su control judicial. In: AA. VV. **Jornadas sobre servicio público, policía y fomento**. Buenos Aires: RAP Ediciones, 2004. p. 716-719.

los más recientes desarrollos del constitucionalismo y una visión crítica de las concepciones adoptadas por la doctrina del Derecho Administrativo.

2. REGULACIÓN

Importantes autores hacen críticas muy duras a la expresión “poder de policía”,³ siendo la ideología la base de dichas posiciones. Según algunos autores, la expresión se vincula a una ideología superada, refiriéndose al Estado de Policía en el que la Administración actuaba al margen del Derecho; el poder de policía no era más que la mera ejecución de los comandos normativos. En el Estado de Derecho, donde la función administrativa se subordina integralmente al Derecho, no existiendo un campo de actuación libre, no hay como sostener la utilización de esta denominación con el sentido que tenía anteriormente.

Así, parte de la doctrina considera la locución “poder de policía” disociada de la ideología del Estado de Derecho. Y esto por dos razones: (i) ella refleja lo que se quedó conocido como un Estado de Policía, en el que el príncipe poseía poderes absolutos y, por lo tanto, ni siquiera existía el Derecho Administrativo;⁴ (ii) ella da énfasis a la idea de un deber y, pues, de una irrestricta sumisión de los que tienen prerrogativas estatales al ordenamiento jurídico.⁵

En sustitución a la teoría del poder de policía, diversas otras fueron propuestas. Entre ellas se destaca la teoría del Estado regulador, fundamentada en un supuesto ideológico: el Estado no debe actuar directamente en el orden social, debiéndose limitar a regular, es decir, a controlar la actividad privada. Se aniquila el Estado prestador de servicios, que deja de explotar la actividad económica. Las empresas estatales explotadoras de actividad económica son privatizadas, vendidas, y dejan de prestar los servicios públicos, que a su vez estarán bajo la titularidad de la iniciativa privada, o total o parcialmente. El Estado solamente controla, disciplina y fomenta la iniciativa privada.⁶

³ La crítica más ácida es de GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – v. 2: la defensa del usuario y del administrado. 1. ed. colombiana. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998, p. V-1 a 5, que propone la eliminación total e irrestricta de la noción. En la doctrina brasileña, vid. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 16; PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**, op. cit., p. 152-156, 294. Por otro lado, como ejemplo de autores que defienden la permanencia de la expresión, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. XIV-6, p. 846; BEZNOS, Clovis. **Poder de polícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 46-60.

⁴ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. I-20, p. 47-48.

⁵ Idem, Cap. I-15, p. 43-44.

⁶ Diversos autores brasileños adoptaron la teoría de la regulación: SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*. In: _____. (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, p. 18-38, 2000, p. 23; JUSTEN FILHO, Marçal Justen. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 24; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro:

Por fuerza de esta teoría, el Estado prestador de servicios se reduce a un Estado policial, reflejando un retroceso histórico: el Estado de Bienestar, que se propone a ejecutar servicios, a garantizar concretamente el bienestar de los ciudadanos, se aleja y adopta una postura de Estado Policial, pasando únicamente a regular, sin intervenir directamente en el ámbito social. La expresión “poder de policía”, sin embargo, es sepultada porque, mientras la palabra “policía” tiene un significado restricto, objetivando el mantenimiento del orden para evitar que ciudadanos incumplan la ley, la palabra “regulación” admite una injerencia más incisiva. Mientras que la policía se limitaba a establecer obligaciones de no hacer, la regulación impone también obligaciones de soportar y de hacer. Fue el precio pagado para que el Estado dejara de actuar directamente.

Según la teoría del Estado regulador, regulación y poder de policía son términos equivalentes, la diferencia es muy sutil.⁷ El Estado de Policía era indiferente al bienestar social; la actuación del Estado se reduce a mantener el orden. El Estado de Bienestar tiene, por su razón de ser, el bienestar social. Sin embargo, reducir el Estado de Bienestar al Estado de Policía, realizar este retroceso, exige ciertos cuidados. Los defensores de esta posición no podían asumir sus reales intenciones: no podían simplemente clamar por el regreso del Estado de Policía, no podían confesar su deprecio por el bienestar social. Es aquí que sutilmente se sustituye “policía” por “regulación”. El Estado regulador no se preocupa solamente con el mantenimiento del orden, con el regular funcionamiento del mercado, sino con el bienestar social y, debido a ello, necesita imponer comportamientos activos, obligaciones de hacer y de soportar, a los particulares. La propuesta es ingenua o cínica, ya que es evidente que, si el Estado no es capaz de prestar servicios públicos, tampoco lo será para regular y garantizar el bienestar social por medio de mera actuación indirecta. En realidad, la propuesta, en términos reales, se trata únicamente de un regreso al Estado de Policía, ya que, en el fondo, los que defienden la teoría de la regulación no son ingenuos, y por estar comprometidos con el neoliberalismo, no se importan con la concreción de derechos sociales; todo gira alrededor del lucro, de la eficiencia del mercado.

A pesar de la sabida capacidad intelectual de los que defienden esta posición, se supone que no es una defensa basada en términos científicos, sino en otros con contornos de un abogado: la teoría de la regulación es propagada en el ejercicio de la abogacía de las empresas estatales. Todo lo que fue escrito sobre la teoría del Estado regulador, desde el punto de vista científico, no debe ser sobrevalorado, por parecer que se trata del mero ejercicio de la abogacía. Aquí se ubica la primera conclusión de este

Renovar, 2003; SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁷ Sobre el tema, cf. BARRA, Rodolfo Carlos. Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público. In: AA. VV. **Jornadas sobre servicio público, policía y fomento**. Buenos Aires: RAP Ediciones, 2004. p. 49-57.

estudio: no se puede utilizar de la teoría del Estado regulador para sustituir la teoría del poder de policía.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS

El siguiente paso exigirá un poco más en su argumentación. Cabe destacar, preliminarmente, dos afirmaciones encontradas en la doctrina: (i) que el poder de policía se refiere a la imposición de limitaciones a la libertad y a la propiedad privada, una vez que, observan los autores, no son los derechos a la libertad y a la propiedad que son limitados, sino los conceptos extrajurídicos de libertad y de propiedad; las llamadas limitaciones consisten, en realidad, en conformaciones del derecho;⁸ (ii) para parte de la doctrina, el poder de policía se restringe a la imposición de obligaciones de no hacer.⁹ Las dos asertivas gravitan alrededor del mismo problema teórico, como antes mencionado: el tema del poder de policía se refiere también al ejercicio de la función legislativa.

Se exigen, pues, conocimientos profundos sobre un importante capítulo del Derecho Constitucional: la ‘teoría general de los derechos fundamentales’. En las últimas décadas, dicho asunto fue muy desarrollado por los constitucionalistas, produciendo un gran avance científico. La doctrina del Derecho Administrativo sobre el poder de policía debe seguir el mismo camino, y es lo que se intentará.

En primer lugar, se debe tener en mente la noción neoconstitucional de principio jurídico. Dicho concepto pasó por tres fases en la historia de la Ciencia del Derecho: (i) la primera fase se aproximaba de su significado común, es decir, principios eran los fundamentos de una disciplina, de una asignatura jurídica, sus aspectos más importantes; (ii) en la segunda fase, la palabra adquiere un significado teórico, dejando de ser todo asunto importante y general para ser determinados enunciados del derecho positivo, dotados de una extraordinaria importancia para el entendimiento de todo el sistema, ante la alta carga valorativa que les fueron concedida. Además, tienen contenido normativo y forman el sistema jurídico. Son directrices o vectores de interpretación de todas las normas jurídicas, aunque no sean normas jurídicas autónomas; (iii) en la tercera fase, tanto las reglas como los principios son considerados como normas jurídicas autónomas y, en este sentido, son sujetos de aplicación directa en el mundo fenoménico, aunque con una diferencia estructural: principios son normas que ordenan la realización de algo en su mayor medida posible; son, en esta línea, mandatos de optimización que se realizan según las circunstancias fácticas y jurídicas; reglas son normas

⁸ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. XIV-2, p. 842; PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**, op. cit., p. 108-114; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, op. cit., p. 53.

⁹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., XIV-17, p. 855; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 127.

que exigen un cumplimiento pleno, siendo solamente cumplidas o incumplidas; son, así, determinaciones en el campo de las posibilidades fácticas y jurídicas.¹⁰

Toda regla jurídica es la realización de un principio jurídico. Ella es puesta objetivando concretar un valor que, a su vez, está positivado en un principio expreso o implícito. Dicha asertiva es fundamental para la comprensión del sistema jurídico: si una regla siempre es la concreción de un valor, un conflicto entre reglas es, casi siempre, un conflicto entre principios. Siendo así, ni siempre la regla exige un cumplimiento pleno, pues, produciéndose la ponderación entre los principios que coliden, la regla que concreta el principio más “ligero” en el caso en específico puede ser parcial o totalmente alejada por la regla que realiza el principio más “pesado”. Es decir, reglas y principios tienen perfiles *prima facie* distintos,¹¹ un principio, ante el caso concreto, puede ser alejado si un principio opuesto tenga más “peso”; una regla abstracta, ante el caso concreto, solamente será alejada por un principio opuesto al que la fundamenta, si aquel principio tiene más “peso” sobre el que se basa la regla, sumado al principio formal que determina su aplicación.¹² Se extrae de la separación de poderes un principio formal que da primacía a las ponderaciones del legislativo. Así, una regla legislativa (R) solamente será alejada si el principio opuesto (P2) tuviera mayor peso que la suma del peso del principio concretado por la regla (P1) con el peso del principio formal que da primacía a la aplicación de la regla (PF). Traduciéndose en un esquema: $P2 > P1 + PF$.¹³

Expuestas estas breves consideraciones sobre reglas y principios jurídicos, es posible examinar las teorías interna y externa de las restricciones de los derechos fundamentales. Por la teoría interna, el derecho y sus restricciones no son pasibles de disociación. El concepto de restricción es sustituido por el de límite,¹⁴ las restricciones son tenidas como inmanentes. Esta teoría parte del supuesto que las normas jurídicas son siempre razones definitivas y no *prima facie*. Sin embargo, ninguna norma abstracta es absoluta, sino relativa, es decir, toda prescripción normativa abstracta puede ser alejada ante el peso de principios opuestos en determinadas circunstancias.

¹⁰ Los conceptos son de ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traducción: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

¹¹ *Prima facie* es una expresión del jurisconsulto Cajus y significa “primer aspecto”. (SARAIVA, F. R. dos Santos. **Dicionário latino-português**. 11. ed. Belo Horizonte: Garnier, 2000, p. 469). Alexy utiliza la expresión para enfatizar el carácter relativo de las normas jurídicas (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 103-106). La razón establecida por las normas abstractas es válida *prima facie*, o sea, en un primer momento, en abstracto, dependiente, con todo, de confirmación en el plan concreto.

¹² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 103-106.

¹³ Para la comprensión del rol de los principios formales en la aplicación del derecho vid., en especial: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, Cap. III-2.4.3, p. 88-92; Cap. VI-4, p. 161-174; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39-56.

¹⁴ Entre los constitucionalistas alemanes, uno de los que adoptan la teoría interna es HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Traducción: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. 56-57.

Este es el acierto de la teoría externa. Los valores ‘libertad’ y ‘propiedad’ fueron positivados, se consagraron en la Constitución los principios de la libertad y de la propiedad. Los derechos fundamentales son considerados, contemporáneamente, como principios jurídicos. En sólo uno de sus aspectos los valores se diferencian de los principios: mientras que los valores tengan un carácter axiológico, refiriéndose a lo que es bueno; los principios tienen un carácter deóntico, conectándose a lo que es debido.¹⁵ En lo restante, existe una total correspondencia entre dichos conceptos.

Ante esto, se puede decir que, en primer lugar, existen los derechos *prima facie* a la libertad y a la propiedad, resultantes de la positivación de los principios de libertad y de propiedad, y luego existe la restricción de estos derechos. En el plan abstracto, los derechos no son definitivos, sino *prima facie*.

Los administrativistas, cuando afirman que el poder de policía no se refiere a las limitaciones de los derechos a la propiedad y a la libertad, sino a las conformaciones de estos derechos, adoptan la teoría interna de las restricciones de los derechos fundamentales. Suponen un sistema formado sólo por razones definitivas. Sin la intención de desprestigiarlos, no se puede estar de acuerdo con ellos: el sistema en el plan abstracto es formado por razones *prima facie*, las razones *definitivas* solamente surgen como un resultado de la ponderación realizada en el caso concreto. Por esto, se adopta la teoría externa de las restricciones de los derechos fundamentales. No hay sólo una limitación, sino una efectiva restricción de las razones *prima facie* consagradas constitucionalmente. Las restricciones no son inmanentes, no se encuentran desde el inicio en el sistema.¹⁶

Es común que se afirme que la característica esencial de la función legislativa es la abstracción. Esto puede que sea verdadero si fuera debidamente comprendido. Por regla general, el legislador trabaja en un plan abstracto: la primera etapa de su trabajo es identificar un valor positivado en la Constitución, un principio; la segunda es, en el plan abstracto, elaborar una regla que concrete dicho principio, es decir, fijar los medios a ser adoptados, necesarios a la concreción del fin objetivado. El legislador, al aprobar un proyecto de ley, también tiene delante de sí un caso concreto, distinto del que la ley será aplicada y que es necesariamente anterior a este. Existen, de esta forma, dos casos concretos, uno que respecta a las circunstancias en las que la ley es debatida por el legislador, y otro que se vincula a las circunstancias en las que ella será empleada. El legislador, en el momento que analiza el proyecto, teniendo en cuenta las situaciones corrientes, prevé el caso concreto sujeto a la aplicación de la norma. Su previsión es, siempre, solamente una previsión: las especificidades y las particularidades del caso de la aplicación jamás pueden ser anticipadas.

¹⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 153.

¹⁶ Robert Alexy es uno de los que defienden teoría externa (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 280).

Al votar y aprobar una ley, el legislador debe examinar el peso de cada principio incidente y hacer una ponderación. Dicho peso será atribuido primero debido a la forma como el principio fue positivado en el texto constitucional: la Constitución es compuesta por una serie de reglas y de subprincipios específicos, menos generales, que constituyen el resultado de una ponderación realizada por el constituyente, ponderación esta que debe ser observada por el legislador; y segundo por las circunstancias históricas, políticas, económicas y sociales que prevalecen en el momento de la elaboración y análisis del proyecto de ley. Cabe subrayar que toda norma es introducida en el sistema por el legislador, en el ejercicio de la función legislativa, es el resultado de una ponderación entre los principios constitucionales incidentes. La función legislativa consiste en la realización de una ponderación entre los principios constitucionales, concediéndoles, en un plan abstracto, un cierto peso, y en la imposición de un medio, es decir, de un comportamiento que los concrete. Si el principio constitucional es la exigencia de la búsqueda de un fin, sin indicación de un medio, la regla legislativa es la indicación de este medio. La indicación del medio de realización del fin constitucional, sin embargo, depende de la atribución del peso del principio, cabiendo al legislador la evaluación de dicho peso por la ponderación.

Explicada la función legislativa, se retoma el tema de las restricciones. Estas son normas que limitan la realización de un principio de derecho fundamental o, en otros términos, que restringen una posición iusfundamental *prima facie*.¹⁷ Ellas pueden resultar de reglas constitucionales, de reglas infraconstitucionales o de principios constitucionales:

1) El propio constituyente establece reglas limitantes de los principios constitucionales.

2) El legislador debe concretar los principios constitucionales. Para, por ejemplo, concretar un principio P1, él debe examinar todos los principios constitucionales (P2, P3, P4...), evaluar el peso de las razones *prima facie* de cada uno de ellos (verificar la forma como cada uno fue positivado, el peso de los principios formales resultantes de las reglas constitucionales) y realizar una ponderación. Dicha ponderación puede producir una imposición de una restricción a los principios opuestos al elegido como objeto de la concreción (P2, P3, P4). En este caso, la restricción resultará de una regla infraconstitucional. Esta regla puede ser editada con base en una autorización expresa de la Constitución (una cláusula de reserva), es decir, en una norma de potestad para el establecimiento de limitaciones, o en una autorización implícita, originada de los postulados de la proporcionalidad, de la concordancia práctica y de la unidad de la Constitución.

¹⁷ El concepto es de ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 281 e 284-285.

3) Finalmente, en la ponderación en el caso concreto, los derechos fundamentales pueden ser directamente restringidos por los principios opuestos.

En este sentido, las restricciones a los derechos fundamentales son impuestas por el propio constituyente (función constituyente), por el legislador (función legislativa) o por la Administración Pública (función administrativa). No hay dudas de que el mayor número de restricciones se impone por reglas infraconstitucionales, es decir, del ejercicio de la función legislativa. Y aquí caben tres observaciones:

1) Las restricciones fijadas por el legislador pueden originarse del ejercicio de su potestad vinculada o discrecional. En el primer caso, la ponderación exige que el legislador establezca la limitación, tratándose de una solución exigida por el sistema normativo; en el segundo caso, la ponderación lleva a dos o más soluciones razonables y justas, y el sistema imputa al legislador dicha opción. El ámbito de discrecionalidad legislativa es muy amplio, es común que la ponderación, en un nivel abstracto, presente diversas soluciones jurídicamente posibles.

2) Al fijar restricciones, el legislador debe observar lo que se denomina el núcleo esencial de los derechos fundamentales; debe, en sus ponderaciones, tomar en serio el mandato de optimización positivado en la Constitución: el derecho fundamental solamente puede ser restringido en la medida exigida por el peso de los principios opuestos.¹⁸

3) La ponderación legislativa puede llevar a la imposición de obligaciones de hacer, de no hacer y de soportar. Nada en la Constitución prohíbe al legislador de establecer obligaciones de hacer. Los delitos, en su mayor parte, son comisivos: el legislador restringe el derecho fundamental a la libertad mediante la imposición de la obligación de no hacer. El delito de homicidio, por ejemplo, resulta del orden de no hacer, no matar. Hay también, aunque en un menor número, los delitos omisivos: el delito de omisión del deber de socorro deriva de la imposición de una obligación de hacer, de socorrer. Mientras que en los delitos comisivos el legislador imputa la pena a la práctica de una conducta, en los delitos omisivos se imputa a la no realización de la conducta. La ponderación legislativa puede, por lo tanto, imponer o autorizar la imputación de comportamientos comisivos u omisivos.

Después de este breve examen sobre la teoría de las restricciones de los derechos fundamentales, es posible rechazar las dos asertivas fijadas en el inicio de este ítem. Lo que los administrativistas llaman de limitaciones son, en realidad, auténticas restricciones, una vez que restringen los derechos fundamentales a la libertad y a la propiedad, que resultan de la positivación de sus respectivos principios. La diferencia

¹⁸ El concepto de “núcleo esencial” es muy polémico. Sobre el tema vid.: BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 78-85; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, Parte III, Título 3, Cap. 4, B-III.2.2.6, p. 449-450.

del posicionamiento viene de la asunción de los principios como normas autónomas y en la visualización de las normas abstractas como razones *prima facie*. Además, no es correcto suponer que dichas restricciones se limitan, salvaguardados los casos expresos en el texto constitucional, a la imposición de obligaciones de no hacer.

4. ORDENACIÓN

Es justamente la última conclusión señalada que hace de la teoría de la ordenación un inestimable avance científico. El término ‘policía’ tiene una connotación absentista: se asocia a una actitud de mera expectación de conductas contrarias al orden público. El Estado social no es un mero expectante, él tiene un programa constitucional para cumplir de transformación social. Por esto, el Poder Legislativo del Estado social no puede tener solamente la función policial, sino también una función ordenadora.¹⁹

La ordenación es la disciplina constitucional y legislativa de la actividad privada. La Constitución y la legislación pueden disciplinar la actividad privada de modo que su ejercicio no dependa de la intervención administrativa. Pueden, por otro lado, exigir la intermediación de la Administración Pública, constituyendo el campo de la llamada Administración ordenadora. Se pretende aquí estudiar el poder de policía como una manifestación de la función administrativa; y para tanto, se estudiará, aunque perfunctoriamente, la ordenación como ordenación administrativa. Esta, según la sistematización elaborada por Carlos Ari Sundfeld,²⁰ se da por medio de cuatro técnicas.

La técnica menos utilizada por la doctrina es la imposición a los particulares de deberes autónomos. La imposición de restricciones (condicionamientos) a los derechos supone el ejercicio del derecho y, debido a esto, admite el no ejercicio y la correspondiente no sumisión a la restricción. La prescripción de deberes autónomos no supone ningún ejercicio de derecho y, así, no puede ser evitada por el administrado. Son ejemplos: el servicio militar obligatorio, la recepción de votos en las elecciones, el servicio del jurado.²¹ Las otras técnicas exigen un examen aparte.

El segundo medio de ordenación ocurre por la constitución de derechos privados por actos administrativos, es decir, por la constitución por un acto administrativo de una situación jurídica activa de la vida privada. Para esto, hay básicamente dos técnicas legislativas, correspondientes a dos tipos de actos administrativos: las licencias

¹⁹ La ordenación es un concepto de WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito administrativo** – v. I. Traducción: António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 55-56. Fue sistematizada en España por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo** – v. II. Madrid: Civitas, 2002, p. 105 et seq. Aun, cf. BALBÍN, Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 376-378.

²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, op. cit., p. 26.27.

²¹ Sobre esta modalidad de ordenación, vid. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, op. cit., p. 27 y 56.

y las autorizaciones. En el primer caso, el legislador establece restricciones al derecho de libertad o de propiedad y condiciona su ejercicio a la verificación previa por la Administración de la observancia de estas restricciones. En el segundo caso, el legislador prohíbe una determinada conducta, pero autoriza la Administración, ante el caso concreto y la obediencia a determinados supuestos, a alejar la prohibición y a permitir la realización de la conducta.

El derecho de construir es, sin lugar a dudas, resultante del derecho de propiedad: está, de esta forma, garantizado constitucionalmente. Sin embargo, su ejercicio depende de la edición de un acto administrativo de licencia, es decir, de la verificación por la Administración de la obediencia a todas las restricciones impuestas al ejercicio de este derecho, como, por ejemplo, la observancia del coeficiente de aprovechamiento, de las franjas *non aedificandi*, etc. Otro ejemplo, ubicado en el derecho brasileño, puede ser el porte de arma de fuego, tipificado como un delito, aunque la ley atribuya a la Administración, en casos excepcionales y si atendida una serie de requisitos, potestad para alejar la prohibición y autorizar el porte. En resumen: se trata de dos técnicas distintas de constitución del derecho, la licencia remueve el obstáculo al ejercicio del derecho y constituye el derecho al ejercicio, la autorización remueve la prohibición legal y constituye el propio derecho.²²

La tercera técnica de la Administración ordenadora se refiere a la disciplina del ejercicio de los derechos por medio de la constitución de situaciones jurídicas pasivas, traduciéndose en la imposición de deberes de no hacer (límites), de hacer (encargos) y de soportar (sujeciones). Mientras que en la técnica anterior se adoptan situaciones jurídicas activas en la edición de actos administrativos ampliativos de derechos, esta consiste en la adopción de situaciones jurídicas pasivas en la edición de actos administrativos restrictivos de derecho.

Utilizándose la terminología propuesta por Carlos Ari Sundfeld,²³ es posible identificar tres tipos de restricciones: a) los límites, consistentes en prohibiciones, deberes de no hacer, que a su vez se dividen en dos subgrupos: límites determinados directamente por la ley; y límites impuestos por la Administración, con base en la ley; b) los encargos, consistentes en deberes positivos, de hacer, vinculados al ejercicio de un derecho, que también se dividen en otros dos subgrupos: el deber de producir una acción complementaria como una condición de regularidad del ejercicio del derecho; y el deber de ejercicio del propio derecho; c) las sujeciones, que se traducen en el deber de soportar: el titular del derecho debe admitir que un tercero ingrese en su esfera de

²² Sobre el carácter constitutivo de licencias, vid., por todos: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo** – v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 578; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, op. cit. p. 43-44.

²³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, op. cit., p. 57-67.

intereses, más allá de la mera abstención, una vez que hay la sumisión a la interferencia del Poder Público.

El establecimiento de condicionamientos, siguiendo la sistematización de Sundfeld²⁴ se desdobra en cuatro grupos de potestades administrativas: 1) potestad para imponer condicionamientos; 2) para fiscalizar; 3) para reprimir la no observancia de los condicionamientos; 4) para ejecutar las medidas necesarias al cumplimiento de los condicionamientos. Hay casos en los que la ley no impone de plan el condicionamiento, sino que da a la Administración potestad para, ante el caso concreto, imponerlo. La potestad para la fiscalización es correspondiente a la sujeción a la fiscalización, es decir, al deber impuesto al administrado de someterse a la fiscalización de la Administración y de colaborar con ella. Se origina aquí el deber de soportar el examen de los libros comerciales, la inspección de los establecimientos que comercialicen sustancias de interés sanitario, etc.

Las potestades para reprimir se dividen en tres grupos: a) el orden para la corrección de la ilegalidad; b) las medidas cautelares; c) las sanciones. No se debe confundir la medida cautelar con la sanción administrativa, ya que la primera tiene un carácter provisorio, es dictada por la urgencia de cesar la ilegalidad y, por esto, puede ser impuesta independientemente de previo contradictorio, que se queda pospuesto; la sanción, al contrario, jamás puede ser impuesta sin la garantía del previo ejercicio del contradictorio y de la amplia defensa.²⁵

Por último, la potestad para ejecutar se refiere a la posibilidad conferida a la Administración de practicar las medidas materiales necesarias a la obediencia de los condicionamientos legales. Un típico ejemplo de medida ejecutiva es la llamada ejecución de oficio, realizada por la Administración, o por quien la represente, en sustitución del administrado infractor, cobrándose después los respectivos costes: la Administración, por ejemplo, realiza la limpieza del terreno, construye el muro, para después transferir al propietario los costes de dichas providencias.

La cuarta técnica de la Administración ordenadora es un tanto más compleja. Se trata de la imposición de sacrificios de derechos. Para entenderlos, es necesario, en primer lugar, diferenciar la configuración de la restricción de derechos fundamentales. Para aquellos que adoptan la teoría interna de las restricciones, que ya fue rechazada en este estudio, toda restricción es una configuración; para los que adoptan la teoría externa, se trata de conceptos distintos: no son todos los derechos fundamentales que admiten conformación, sino solamente los llamados derechos institucionales.²⁶ El derecho

²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, op. cit., p. 73-85.

²⁵ Sobre la diferencia, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, op. cit., p. 78-82; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., XV-15, p. 883-884.

²⁶ Sobre los derechos institucionales, cf. MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 696-701.

de herencia y el derecho de propiedad son típicos ejemplos, una vez que se protegen dos instituciones, cuyos conceptos no se encuentran expresos en el texto constitucional. Aquí se ubica la distinción: hay normas infraconstitucionales que restringen el derecho de propiedad, y hay normas infraconstitucionales que configuran dicho derecho.²⁷ Cabe resaltar, desde luego, que el derecho de libertad admite solamente restricciones, y no configuraciones, ya que no se trata de un derecho institucional; el principio de protección de la libertad impone el deber de respetar, en la mayor medida posible, la autonomía de los individuos, la prerrogativa de autoadministración de su esfera jurídica.

Se debe tener presente, sin embargo, que en la fecha de la promulgación de la Constitución (en el caso brasileño), ya existía un concepto técnico-jurídico de herencia y de propiedad. Dicha definición, al menos en su núcleo esencial, se constitucionaliza junto con la palabra. El derecho de propiedad estaba configurado en el Código Civil como el derecho de usar, gozar y disponer de sus bienes, como de recuperarlos de cualquier persona que lo posea injustamente. Se puede afirmar que este contorno del derecho de propiedad, ya existente en el momento de la promulgación de la Constitución, se constitucionalizó. Por lo tanto, sólo hay la conformación cuando no existe el concepto técnico en la fecha de la elaboración de la Constitución. En este sentido, la conformación de derechos institucionales puede ser real o aparente, siendo real cuando no exista un significado definido cuando ocurre la promulgación de la Constitución, y aparente cuando exista un significado previamente definido. En el último caso, la configuración infraconstitucional anterior a la elaboración de la Constitución se constitucionaliza y se encuentra implícita en el propio texto constitucional.

El principio de derecho de propiedad consiste, así, en una prescripción de que se garantiza lo más ampliamente posible el derecho del individuo usar, gozar y disponer de los bienes que integran su patrimonio, y de recuperarlos de cualquier persona que lo tenga injustamente. Como ya mencionado, las restricciones a los derechos fundamentales son fijadas por la ponderación de principios. Ellas deben respetar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. Sin embargo, la definición del núcleo esencial también resulta de la ponderación, por el postulado de la proporcionalidad. Por esto es tan importante la primera ley de ponderación de Alexy: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción de uno de los principios, tanto mayor tiene que ser el grado de satisfacción del otro”.²⁸

En relación al derecho fundamental de propiedad, debido a la supremacía del interés público sobre el privado, el constituyente posibilitó la afectación del núcleo

²⁷ Sobre la diferencia entre restricción y configuración, vid. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 332-340; MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1.ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, p. 210-241, 2002, p. 215-223.

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 167

esencial. Es decir, realizada la ponderación, aplicado el postulado de la proporcionalidad, se verifica el núcleo esencial del derecho de propiedad. La concreción de los principios opuestos puede permitir el alcance del núcleo esencial, o sea, el sacrificio total o parcial del derecho. Sobre el tema, dos directrices pueden ser establecidas. La primera: solamente el derecho de propiedad admite la violación del núcleo esencial; no hay, pues, que hablarse, por ejemplo, en sacrificio del derecho de libertad. Sólo la propiedad puede ser sacrificada.

El derecho de propiedad puede ser total o parcialmente sacrificado. El sacrificio ocurre no sólo cuando el Estado retira un bien o parte de un bien del patrimonio del administrado, sino también cuando alcanza intensamente uno de los derechos inherentes a la propiedad, de usar, gozar o disponer del bien. Se adopta, aquí, parcialmente la terminología propuesta por Carlos Ari Sundfeld: el sacrificio siempre causa una desapropiación en sentido amplio,²⁹ y esta puede ocasionar la ablación del derecho – en el arrebato, provisorio o permanente, de uno o más poderes del propietario – o en la extinción del derecho.³⁰ La ablación se produce por la compresión anormal de su contenido, resultante de la imposición de una obligación de no hacer o de soportar, o por la suspensión temporaria de su fruición. La extinción ocurre o con la transferencia de la propiedad del bien para el patrimonio del Poder Público, o por la imposición de deberes de abstención tan intensos que produzcan la imposibilidad de utilización funcional del bien. La segunda directriz: el sacrificio puede resultar no sólo de la pérdida de todo el derecho, sino también de la pérdida o suspensión de uno de sus aspectos.

El sacrificio exige una previa y justa indemnización. En el caso de que no exista un acuerdo con el administrado, cabe la presentación de una demanda judicial. Como regla general, el sistema jurídico brasileño no permite que la Administración Pública sacrifique derechos del administrado cuando no exista el acuerdo, sin que se encamine un recurso al Poder Judicial.³¹ Esta regla es comúnmente respetada cuando el sacrificio ocasiona transferencia de propiedad para el patrimonio estatal, pero no es frecuentemente respetada por el legislador y por la Administración cuando el sacrificio se restringe a la supresión o suspensión de los poderes inherentes a la propiedad. Es decir, la servidumbre y la protección-sacrificio³² causan, casi siempre, una inconstitucional

²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, 1997, p. 100.

³⁰ Idem, p. 112. El autor entiende que la primera hipótesis es de restricción de derecho. Por otro lado, él llama ‘restricciones de derechos fundamentales’ de ‘condicionamientos’. Adoptada la terminología contemporánea, se hace necesaria otra denominación: en el lugar de restricción, se usa ablación. Se reconoce la complejidad de la terminología: restricciones, limitaciones o condicionamientos no se confunden con sacrificios, ya que, al contrario de aquellos, este último afecta el núcleo esencial del derecho fundamental.

³¹ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, p. 104-111.

³² El término en portugués es “tombamento”, palabra que no existe en el idioma castellano. Significa declarar protegido un bien, debido a intereses culturales en gran parte de los casos, como inmuebles de perfil histórico, o incluso ciudades enteras. (n.t.).

desapropiación indirecta. Esto hace muy importante la tercera conclusión: como regla, el sacrificio exige una previa y justa indemnización; cuando no hay acuerdo con el administrado, exige una previa presentación de una demanda judicial.

Es, además, posible la requisición administrativa: la utilización de la propiedad particular por la Administración Pública resultante de “peligro público inminente”. Cuando la tutela de los bienes jurídicos protegidos por la Administración exija la inmediata utilización del bien particular, se admite la requisición. En este caso, la indemnización es ulterior. Se emplea el sacrificio y se notifica a la Procuraduría para la presentación de propuesta de acuerdo y, caso esta no sea aceptada, se prosigue con la presentación de una demanda de indemnización.

El sacrificio del derecho de propiedad también es una restricción al principio de protección de la propiedad. La diferencia es únicamente de intensidad: hay restricciones que respetan el núcleo esencial (llamados didácticamente de condicionamientos o limitaciones) y las que alcanzan el núcleo esencial (llamadas de sacrificios). Saber cuando la restricción resultante de la ponderación de principios ocasiona un condicionamiento o un sacrificio no es una tarea fácil. Diversos criterios fueron elaborados,³³ siendo uno de ellos la generalidad o la singularidad de la medida, que son medidas generales que tienden a configurar condicionamientos o sacrificios. El criterio no es absoluto, una vez que, cuando la medida general causa una onerosidad excesiva para el propietario, ella también configura un sacrificio. Carlos Ari Sundfeld concluye que la distinción se ubica en la normalidad o anormalidad del gravamen.³⁴ Es importante que se afirme que no hay una fórmula matemática, indicativa de una solución fácil. La verificación de los contornos del núcleo esencial de derecho de propiedad es, pues, si el gravamen se traduce o no en un sacrificio y, así, si se genera o no el derecho a la indemnización por la ponderación, por la aplicación del postulado de la proporcionalidad.³⁵

Toda ordenación administrativa supone una previa ponderación constitucional y legislativa. Se trata siempre de una aplicación por la Administración de reglas abstractas. Ella es un mero desdoblamiento del ejercicio de las funciones constituyentes

³³ Los distintos criterios fueron detalladamente analizados por SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, op. cit., p. 89-95.

³⁴ En las palabras del autor: “El concepto de normalidad fluctúa en el tiempo y en el espacio. Sin embargo, es posible y necesario delimitarlo, hasta cierto punto. Es normal, aunque se alcance un sujeto específico, el gravamen de baja intensidad (ej. deber de soportar la puesta, en la fachada del inmueble, de una placa indicando el nombre de la calle); de pequeña extensión (ej. deber de preservar un portal histórico, cuando se promueva la demolición para la construcción de un edificio nuevo); de cortísima duración (ej. ocupación de un terreno por la policía, por dos días, para el acceso al inmueble vecino, invadido por delincuentes); que no cambie la destinación del bien y tampoco impida o disminuya su utilización natural (ej. protección de una obra pictórica, impidiendo su destrucción) o que provoque mínimo perjuicio (ej. requisición de un tractor perteneciente a un particular para remover una pequeña cantidad de escombros lanzados en vía pública)”. (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, p. 94-95. Traducción propia.).

³⁵ En este sentido, cf. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 426-427.

o de un principio constitucional. En el último caso, el legislador, por la ponderación de principios, formula una serie de restricciones infraconstitucionales. Existe, así, restricciones resultantes de reglas constitucionales y resultantes de reglas legislativas. El constituyente y el legislador establecen una gama de reglas restrictivas de libertad y de propiedad. Muchas de ellas exigen la actuación de la Administración. La ordenación administrativa es el cumplimiento de las restricciones a los derechos fundamentales fijados en reglas jurídicas, constitucionales o legales.

5. TEORÍA CLÁSICA DEL PODER DE POLICÍA

Se ha adoptado en este estudio la teoría de la ordenación administrativa. Ella fue desarrollada por la doctrina en sustitución a la teoría del poder de policía. Se defiende, sin embargo, la autonomía conceptual del poder de policía y la necesidad del mantenimiento de ambas formulaciones teóricas para la adecuada comprensión del sistema normativo. Es menester, con todo, realizar una reformulación del poder de policía, revisando su noción clásica.

Esta comprensión es encontrada en la obra de Otto Mayer.³⁶ Él afirma que el poder de policía tiene por fin evitar los peligros a la prosperidad y a la seguridad de los ciudadanos, aunque no el aumento de la prosperidad.³⁷ Él es ejercido para prevenir daños a los bienes jurídicos tutelados; no para concretar los derechos sociales, sino para salvaguardar el incumplimiento de concreciones ya existentes en el plan abstracto. Así se pronuncia el administrativista alemán: “la policía es la actividad del Estado que tiene como finalidad la defensa del buen orden de la cosa pública, mediante los recursos del poder de autoridad, contra las perturbaciones que las existencias individuales puedan ocasionar”.³⁸

Después de elaborar dicho concepto, Mayer indaga la razón de la utilización de la expresión “poder de policía”, si el “Estado de Policía” ya se encontraba sepultado, buscando el fundamento para el mantenimiento del término en el “deber general” de los súbditos ante la Administración y la colectividad. Se trata de un “deber general” innato de no perturbar el buen orden de la cosa pública, según Mayer,³⁹ más que un deber moral, de un deber jurídico. Este deber general de los ciudadanos con el buen orden público es correspondiente a un poder de la Administración, poder este que puede ser

³⁶ MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán** – tomo II. Traducción: Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1950, §18, p. 4 a 18.

³⁷ Idem, p. 5.

³⁸ Idem, p. 8, traducción propia.

³⁹ Idem, p. 11.

ejercido aunque no exista previsión legal expresa.⁴⁰ Por esto la pertinencia de la expresión “poder de policía”, una vez que hay un deber con la policía.

Hasta muy poco tiempo atrás, estaba en vigor en la Ciencia del Derecho la segunda fase del concepto de principios jurídicos, ellos no eran considerados normas jurídicas autónomas. Así, el ejercicio por la Administración de un poder no fundado en una regla abstracta era tenido como un ejercicio arbitrario de poder, es decir, ejercicio no basado en una norma jurídica. Se entiende, así, el motivo por el que la doctrina no acompañaba en absoluto la formulación de Otto Mayer. La Administración no puede, en un Estado de Derecho, actuar sin estar fundamentada en una norma jurídica,⁴¹ y cómo los principios no eran considerados normas jurídicas, siempre se necesitaban de reglas. El poder de policía sólo existía cuando hubiese una regla legislativa expresa. Ahora bien, cabe resaltar que, a partir del momento en el que se niega la existencia del “deber general” y de la correspondiente potestad para garantizar el mantenimiento del orden mismo en la ausencia de una regla legislativa expresa, la expresión “poder de policía” deja de tener sentido. La doctrina rechazó los fundamentos presentados por Otto Mayer y, coherentemente, pasó a rechazar la llamada teoría del poder de policía.

6. TEORÍA NEOCONSTITUCIONAL DEL PODER DE POLICÍA

Todavía se vive, según lo expuesto anteriormente, la tercera fase del concepto de principios jurídicos. Ellos son hoy considerados normas jurídicas autónomas. De los principios se extraen prohibiciones y deberes, independientemente de la previa edición de una regla legislativa. Este avance de la Ciencia del Derecho ha causado una verdadera revolución conceptual. Prevalece en la doctrina que los derechos fundamentales se aplican también a los particulares y, por esto, hay un deber jurídico genérico de respeto a los derechos fundamentales.⁴² Existe, paralelamente, una prerrogativa implícita concedida a la Administración Pública para tutelarlos. Resultado: lo que era un verdadero tabú en el Derecho Administrativo, ha pasado a ser tranquilamente admitido. La Administración puede, en casos excepcionales, editar actos administrativos no fundados en una regla infraconstitucional, sino extraídos directamente de la Constitución.

Anteriormente examinados los aspectos esenciales de la función legislativa, se hace menester exponer algunas consideraciones sobre los factores esenciales de la función administrativa. Mientras que la primera tiene como núcleo esencial la realización

⁴⁰ Idem, ibidem.

⁴¹ Vid. SILVERIO GUSMÁN, Alfredo. Límites constitucionales al ejercicio del poder de policía. In: AA. VV. **Jornadas sobre servicio público, policía y fomento**. Buenos Aires: RAP Ediciones, 2004. p. 326-328.

⁴² Sobre la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones privadas, vid.: SARMENTO, Daniel. **Di- reitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 295; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**, op. cit., p. 74 et seq.

de ponderaciones en un plan abstracto, la segunda tiene como núcleo esencial ponderaciones en un plan concreto. En este sentido, la función administrativa, bajo su perfil substancial, consiste en la verificación de la medida constitucional de la exigencia del cumplimiento de determinados fines, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la actividad legislativa hasta entonces ejercida, como también el empleo, de acuerdo con la medida analizada, de los medios necesarios para la realización de estos fines.⁴³

En la ponderación administrativa, la Administración está vinculada a la observancia de la ponderación realizada por el legislador. Es decir, solamente se podrá alejar la disciplina legal, alejando una exigencia de la ley o imponiendo un comportamiento no previsto, caso el (los) principio(s) que exija(n) esta solución tenga(n) más peso ante el caso concreto que la suma del peso de los principios opuestos y del peso del principio formal, según el que la actuación legislativa debe privilegiar. Únicamente en estos casos, que son raros, podrá ser impuesto por la Administración un comportamiento no previsto en ley o alejada una exigencia impuesta por la ley. La Administración, en la ponderación que realizar, deberá fijarse en la diferencia de peso previamente establecida por el constituyente (ponderación constitucional), para la ponderación realizada por el legislador (ponderación legal) y para los respectivos principios formales que dan primacía a su resultado.

Se ha afirmado que las restricciones a la propiedad y a la libertad resultan o de una regla constitucional, o de un principio constitucional. Las restricciones que se producen de un principio casi siempre derivan del ejercicio de la función legislativa, es decir, corresponde al legislador ponderar, en un plan abstracto, los principios constitucionales y, ante la ponderación realizada, precisar las respectivas restricciones. Las restricciones fundadas en principios constitucionales, en general, son establecidas en reglas legislativas abstractas. Es posible, excepcionalmente, que las restricciones basadas en los principios constitucionales no estén determinadas en reglas legislativas, sino que se produzcan en la ponderación administrativa, realizada en el caso concreto. Este, y únicamente este, es el campo del poder de policía.

Luego, el poder de policía se refiere a la potestad administrativa de imponer, en la ausencia de ley, restricciones a la propiedad y a la libertad, en una concreción de principios más “pesados” en el caso concreto. Se restringe a las situaciones excepcionales en las que el principio formal que da primacía a la ponderación legislativa (la aplicación de la regla legislativa o, en la falta de esta, la omisión administrativa) es alejado. Se trata de

⁴³ Vid. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, op. cit., Cap. III-2.4.3 y 2.4.4, p. 88-95.

un poder (deber-poder) correspondiente al deber de los administrados de respetar los principios constitucionales.⁴⁴

Antes de listar algunos ejemplos, cabe resaltar que todos ellos suponen la falta de previsión legal, la no existencia de una regla legislativa que disponga sobre los hechos del mundo fenoménico y que conceda una expresa potestad para que la Administración ejerza la ordenación. El primer ejemplo tiene como base la obra literaria de José Saramago, "Ensayo sobre la Ceguera": suponga-se que una enfermedad, extremadamente contagiosa y absolutamente desconocida de la Medicina, vuelva a las personas ciegas; toda persona que entra en contacto con el enfermo se queda inmediatamente ciega. Ningún jurista sostiene que, en la ausencia de ley, resta a la Administración lamentar. También nadie sostiene que la Administración debe aguardar la promulgación de una ley o de una medida provisoria, o una medida cautelar, pues, según muy bien tratado por Saramago, en la situación propuesta, si no fueran adoptadas las providencias inmediatas, en pocas horas decenas, quizás cientos de personas, estarían contaminadas. En la falta de una ley, para la concreción del principio de protección de la salud de las personas, la Administración debe actuar, y la única solución es el confinamiento provisorio de los enfermos. Se trata de una medida que, en la ausencia de ley expresa, es una típica manifestación del poder de policía.

Como un ejemplo real, se cita el caso del *arrêt* Commune de Morsang-sur-Orge, juzgado el 27 de octubre de 1995 por el Consejo de Estado Francés. El alcalde de la Commune de Morsang-sur-Orge prohibió un espectáculo de lanzamiento de un enano (*lancer de nain*) promovido en una discoteca del Embassy Club. La empresa Fun Production et M. Wackenheim presentó una demanda judicial requiriendo la invalidez del acto administrativo y una indemnización por los perjuicios causados. El Tribunal Administrativo de Versailles juzgó la demanda procedente. El Alcalde representó al Consejo de Estado, que ha reformulado la decisión, considerando que la atracción atentaba en contra de la dignidad de la persona humana y, por lo tanto, la autoridad que tenía el poder de policía podría, aunque en la ausencia de ley expresa, prohibirla.

El raciocinio aquí se explica: la empresa tiene *prima facie*, en la falta de norma expresa que lo prohíba, el derecho de explotar una actividad económica y de producir espectáculos; el enano tiene *prima facie*, también en la falta de norma expresa, el derecho al libre ejercicio profesional, el derecho de contratar con la empresa y el derecho de someterse al lanzamiento en cambio de un pago, una remuneración. No se puede negar que, ante el principio constitucional de la libertad individual y de todas las resultantes de él, la libertad de explotación de la actividad económica, del ejercicio

⁴⁴ Sobre el deber de los administrados para respetar los principios constitucionales y el correspondiente poder de policía, vid. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**, op. cit., p. 74 et seq.

profesional, de contratación, de disponer de su propio cuerpo, tanto la empresa como el enano posean derechos *prima facie*.

Por otro lado, los particulares son obligados a realizar una ponderación entre los principios incidentes y verificar hasta qué punto el espacio de libertad producto de la ausencia de regla expresa subsiste. En el caso, estos derechos son alejados por la incidencia del principio de la dignidad de la persona humana. Aunque con la ausencia de regla legislativa expresa que prohíba el lanzamiento de enano, este fue prohibido porque, en una ponderación entre los principios vinculados, el principio de la dignidad de la persona humana, en este caso, aleja el principio del derecho a la libertad individual. El deber general de respeto a la dignidad de la persona humana autoriza a la Administración a intervenir en el espectáculo, aunque no haya una regla legislativa para esto.

Este juicio fue un verdadero marco del Derecho Constitucional y Administrativo. Él fijó la nueva fase de los principios jurídicos, la dignidad de la persona humana, por sí sólo, prohíben comportamientos. Fue extremadamente analizado por la doctrina, principalmente por los constitucionalistas, aunque raramente se manifieste sobre el tema central del fallo: él se refiere expresamente al instituto clásico del poder de policía y lo hace con absoluto acierto, una vez que la potestad de la Administración para prohibir el espectáculo y evitar el lanzamiento del enano se asienta en el poder de policía, es decir, en la potestad para concretar, en el plan fáctico, los principios constitucionales, o, aún, en la potestad para, ante circunstancias del caso, cuando alejado el principio formal que da prevalencia, en la falta de regla legislativa expresa, a la omisión o, existiendo regla, a su aplicación, actuar con fundamento directo en el principio constitucional; se basa, así, en la potestad para, aunque en la falta de regla expresa y ante las circunstancias del caso, evitar la directa violación de la dignidad de la persona humana.

Se podría cuestionar, aún así, la razón para el mantenimiento del término “poder de policía”, o la razón para no insertar esta potestad en la teoría de la ordenación administrativa. El motivo está en la elaboración clásica de la teoría del poder de policía. El sentido de ‘policía’, como ya dicho, se conecta a una actitud de expectación, la Administración aguarda el incumplimiento del orden jurídico, la violación de los principios constitucionales, y sólo actúa cuando dicha violación, este incumplimiento, ocurra. Se trata siempre de una reacción a los comportamientos ilícitos.⁴⁵ Por esto, por el poder de policía, jamás son impuestas obligaciones de hacer. Esta idea permanece: en la visión contemporánea del poder de policía, este es restricto a la imputación de abstenciones o, excepcionalmente, a la imputación del deber de soportar, jamás del deber de hacer.

⁴⁵ Cf. MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán** – tomo II, op. cit., §19-II-3, p. 35, traducción propia.

7. RASGOS DEL PODER DE POLICÍA

Es posible que la ponderación del caso concreto exija que la Administración utilice una requisición, para una tutela adecuada de los valores constitucionales, o para evitar la violación de los principios constitucionales, aunque falte una ley específica. En este sentido, la ocupación provisoria del bien inmueble del administrado, la utilización provisoria de un bien mueble, o incluso la necesidad de expropiación de un bien mueble (medicinas, alimentos) derivan del ejercicio del poder de policía. En la noción aquí presentada, la policía no se restringe solamente a la imposición de lo que la doctrina llama de limitaciones administrativas. Puede imponer algunos sacrificios.

Para evitar la violación de los principios constitucionales, la ponderación en el caso concreto puede exigir la imposición del deber de soportar la utilización de un bien mueble o inmueble. Se trata, por obvio, de casos excepcionales, en los que la protección del principio constitucional reclama la providencia inmediata y, por esto, no permite la previa presentación de una demanda de desapropiación. En estos casos de sacrificio resultante del poder de policía, posteriormente deberá ser propuesto un acuerdo o, si no aceptado por el administrado, la presentación de una demanda indemnizatoria. No se trata de ordenación, sino del ejercicio del poder de policía, una vez que la potestad es fruto de la ponderación de los principios constitucionales por la Administración y no de la aplicación de la ley en el caso concreto. No hay, se insiste, en el ejercicio del poder de policía, al contrario de lo que ocurre en la Administración ordenadora, una previa ponderación legislativa a ser ejecutada.

El ejercicio del poder de policía, que por sí sólo ya es excepcional, se da por la imposición de abstenciones, en situaciones muy raras, por la imposición del deber de soportar, pero jamás por la imposición del deber de hacer. Se trata de una conclusión de fundamental importancia: en la actual fase de la Ciencia del Derecho se acepta que, excepcionalmente, la Administración imponga a los administrados, directamente con base en la Constitución, obligaciones de no hacer o de soportar, pero no se admite la imposición de obligaciones de hacer. No importa el peso de los principios, si no hay ley que imponga la obligación de hacer, la Administración, en la ponderación realizada ante el caso concreto, no podrá hacerlo. Dicha imposición de deberes comisivos no es compatible con el poder de policía.

En los ejemplos expuestos, el poder de policía consistió en la puesta de un deber de no salir en determinado sitio, en el deber de no producir determinado ruido, en el deber de no lanzar un enano en un espectáculo público. En los tres casos, la imposición era de un comportamiento omisivo. Las obligaciones de hacer (y aquí no se concede a la expresión un sentido estricto, sino más amplio, comportando conductas comisivas) por la Administración se limitan al campo de la Administración ordenadora y, así, reclaman una regla constitucional o legislativa abstracta. En síntesis: el ejercicio del poder de

policía no permite la imposición de conductas comisivas, sin excepciones. Solamente admite la imposición de abstenciones o, más raramente, el deber de soportar.

La noción de poder de policía aquí abordada está en perfecta asonancia con la afirmación doctrinal de que él es compatible con la supremacía general de la Administración, y no a la supremacía especial.⁴⁶ Hay una relación de sujeción resultante de la simple condición de pertenecer al Estado y de la sumisión al orden jurídico de este. Hay, además, relaciones de sujeción específicas fruto de relaciones especiales tenidas con el Estado: se trata de lo que se ha vuelto conocido como relaciones especiales de sujeción. El poder de policía es producto de la sujeción general, de la situación de sujeción al ordenamiento jurídico estatal.

Desde luego se verifica la coherencia conceptual: las teorías de sujeción general y de sujeción especial fueron desarrolladas para fundamentar actuaciones administrativas no basadas en una regla legislativa. Se trata de competencias justificadas en la sujeción al ordenamiento como un todo, en el primer caso; o en la relación específica (de servicio público, por ejemplo), en el segundo. Es decir, la Administración puede, excepcionalmente, imponer abstenciones a los particulares con fundamento en la sujeción general, correspondiente pasivo del poder de policía.

La especialidad de la supremacía especial en relación a la general está en la intensidad de la injerencia estatal. La relación específica es asociada a un vínculo específico, vínculo este que justifica las competencias administrativas que no componen la supremacía general. Más precisamente, la Administración, titular del servicio público, ante la ponderación de principios realizada en el caso concreto, puede imponer al concesionario obligaciones de hacer no discriminadas en la ley, y del mismo modo puede imponer a los detenidos en un presidio, a los militares, a los estudiantes de escuelas públicas, obligaciones de hacer no especificadas en ley. La ponderación realizada en el caso concreto puede justificar, en el ámbito de la supremacía especial, la imposición de obligaciones de hacer. Esto jamás ocurre en el ámbito de la supremacía general.

Otra característica del poder de policía se extrae de su absoluta imposibilidad de delegación. La Administración Pública no puede delegar a los particulares su potestad para ponderar principios incidentes en el caso concreto, sin la vinculación en una relación especial y, dependiendo de las circunstancias, evitar la violación de los principios constitucionales mediante la imposición de deberes de no hacer y de soportar, es decir, de deberes de abstención de ciertas conductas o de soportar las conductas de otros ciudadanos.⁴⁷ Por cierto, la sujeción general, inherente a la soberanía, equivalente

⁴⁶ Sobre las supremacías general y especial, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., XIV-12-15, p. 848-853; PIREZ, Luis Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**, op. cit., p. 157-173; LOPEZ BENITEZ, Mariano. **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**. Madrid: Universidad de Córdoba; Civitas, 1994.

⁴⁷ Sobre el tema, cf. MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **Limites à delegação do poder de polícia**. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Victor Rhein (coord.). **Poder de polícia na atualidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 191-194.

al poder estatal, no puede ser delegada a los particulares. Como es la sujeción general que fundamenta el ejercicio del poder de policía, este jamás puede ser delegado.⁴⁸

Muchos actos administrativos gozan de ejecutividad,⁴⁹ es decir, si incumplido el deber impuesto al administrado, la Administración puede compelerlo materialmente a cumplir su deber, sin que se recurra al Poder Judicial. La coerción material, necesaria para la ejecución forzada del deber impuesto por el acto, puede ser determinada directamente por la propia Administración. Hay actos no dotados de ejecutividad, una vez incumplidos, la Administración debe dirigirse al Poder Judicial para obtener la ejecución forzada. La coacción material solamente puede ser determinada por la autoridad judicial. La buena doctrina reconoce que ni todos los actos de la Administración ordenadora tengan, en este sentido, ejecutividad.⁵⁰

En todas las relaciones especiales de sujeción, como regla general, los actos administrativos gozan de ejecutividad, aunque no exista disposición legal. La Administración no necesita ir al Poder Judicial para intervenir en una concesionaria de servicio público, o para exonerar o suspender un funcionario público. En las relaciones especiales de sujeción, la ejecutividad es la regla, es decir, no depende de precisión legal. En los casos en que la obligación de soportar, hacer o no hacer es impuesta al administrado que no esté en una relación especial de sujeción, la ejecutividad es excepcional, siendo admitida solamente si fuera indispensable a la eficaz concreción del principio incidente o, en otras palabras, si la tutela del bien jurídico exigir la inmediata actuación del Estado.

Así, el acto administrativo que tenga como destinatario el administrado en un estado de sujeción general sólo tendrá ejecutividad cuando esta fuera indispensable para la eficaz concreción del principio incidente, cuando la falta de actuación inmediata comprometer el interés tutelado por el Estado. Si la ley ya confiere ejecutividad al acto administrativo que se destine al administrado en una relación de sujeción general, de las dos, una: o el legislador cumplió este criterio y la ley es infraconstitucional, o lo incumplió y la ley es inconstitucional. Sin embargo, véase que en el primer caso, aunque no hubiera una ley, el acto sería dotado de ejecutividad. Es decir, no es la ley que confiere ejecutividad al acto administrativo dirigido al administrado en estado de sujeción general, es la necesidad de actuación inmediata del Estado para la eficaz protección de los intereses tutelados por él.

Según lo que se ha dicho, el poder de policía solamente existe cuando haya la necesidad inmediata de tutela de un valor constitucional, sin ley para ello, o sea,

⁴⁸ Cf. PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**, op. cit., p. 223-244.

⁴⁹ Término utilizado con el significado presentado por BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., VII-66, p. 427.

⁵⁰ Sobre el tema, cf. PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**, op. cit., p. 208-218.

cuando la ponderación administrativa en el caso concreto exige una actitud de la Administración para salvaguardar un valor constitucional y no haber legislación previa que dé base para esto. Si hubiera una regla legislativa, no habrá el ejercicio del poder de policía, sino de la Administración ordenadora. Es esta la diferencia entre el poder de policía y la ordenación, siendo aquella la concreción administrativa de principios constitucionales, y esta la ejecución administrativa de reglas abstractas, el poder de policía surge cuando no existe ley, la ordenación administrativa supone una ley vigente. Con esto, se concluye: la ejecutividad es inherente al poder de policía. Las hipótesis de ejercicio del poder de policía son, según la lógica del concepto, las que se admite la ejecutividad en las relaciones de sujeción general.⁵¹ Si el caso concreto no admitir la ejecutividad, tampoco se admitirá el ejercicio del poder de policía, de la actuación administrativa no basada en una regla legislativa expresa.

8. CONSIDERACIONES FINALES

Cabe observar, finalmente, el vuelco ideológico. En los términos expuestos, muchos consideran la expresión ‘poder de policía’ incompatible con la ideología del Estado de Derecho. En el pasado ella estaba asociada al Estado de Policía y, con esto, al uso arbitrario del poder estatal, a la actividad estatal no sometida al Derecho. Dicha asociación está actualmente sepultada. Es prácticamente imposible pensar el Derecho con base en las concepciones del Estado de Policía, ya superada, por lo menos en los países regidos verdaderamente por una Constitución, por la evolución cultural de la humanidad. Debido a esto que cabe cuestionar cuál es, hoy en día, la real función ideológica de esta teoría.

Ella no es invocada para justificar el uso arbitrario del poder, al revés, ella es invocada para limitar el uso del poder. En la fase actual del constitucionalismo, los juristas, cada vez más reconocen a la Administración la posibilidad de actuación fundamentada directamente en la Constitución. En la actual Ciencia del Derecho, los principios son considerados normas autónomas, que justifican potestades administrativas. Se ubica aquí la importancia del poder de policía, que explica porqué la Administración jamás, sin expresa previsión legal o constitucional, puede imponer comportamientos comisivos a los administrados. La teoría del poder de policía refuerza el arma y el escudo del ciudadano; es, en este sentido, imprescindible para evitar los abusos y las arbitrariedades.

⁵¹ Cf. RODRÍGUEZ R., Libardo. **Derecho administrativo general y colombiano**. 18° ed., Bogotá: Editorial Temis, 2013. p. 657-660.

9. REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traducción de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

ATALIBA, Geraldo. Considerações em torno da teoria jurídica da taxa. **Revista de Direito Público (RDP)**, São Paulo, ano III, v. 9, p. 43-54, jul.-set. 1969.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Apontamentos sobre o poder de polícia. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano III, v. 9, p. 55-68, jul.-set. 1969.

_____. Conflito entre União e Estado — apoderamento pela União, sem recorrer ao Judiciário, de recursos tributários que a Constituição declara pertencentes aos Estados, para saciar-se de alegados créditos — inviabilidade. **Revista Trimestral de Direito Público (RTDP)**, São Paulo, n. 33, p. 74-77, 2001.

BALBÍN, Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo** – v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARRA, Rodolfo Carlos. Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público. In: AA. VV. **Jornadas sobre servicio público, policía y fomento**. Buenos Aires: RAP Ediciones, 2004.

BEZNOS, Clovis. **Poder de polícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Traducción de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Traducción de Roberto Cabral de Melo y Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; Nau, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método** – II. Traducción de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo** – v. II. Madrid: Civitas, 2002.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** – v. 2: la defensa del usuario y del administrado. 1. ed. colombiana. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Tradução: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LOPEZ BENITEZ, Mariano. **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**. Madrid: Universidad de Córdoba; Civitas, 1994.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. A norma *iusfundamental*. **Revista brasileira de direito constitucional** (RBDC), São Paulo, v. 4, p. 526-576, 2004.

_____. A natureza normativa dos princípios. **Revista Trimestral de Direito Público** (RTDP), São Paulo, v. 40, p. 113-145, 2002.

_____. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán** – tomo II. Traducción de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1950.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: _____. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1.ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, p. 210-241, 2002.

MENEZES, Aderson de. **Teoria geral do Estado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. Limites à delegação do poder de polícia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Victor Rhein (coord.). **Poder de polícia na atualidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Taxas de polícia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OMAR CANDA, Fabían. Régimen jurídico de la actividad de policía. In: AA. VV. **Jornadas sobre servicio público, policía y fomento**. Buenos Aires: RAP Ediciones, 2004.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações administrativas à liberdade e à propriedade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

POPPER, Karl R. **Em busca de um mundo melhor**. Traducción de Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2000.

ROSS, Alf. **Lógica de las normas**. Traducción de José S. P. Hierro. Granada: Comares, 2000.

RODRÍGUEZ R., Libardo. **Derecho administrativo general y colombiano**. 18° ed., Bogotá: Editorial Temis, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SAMMARTINO, Patrício Marcelo E. Poder de polícia: bases para su control judicial. In: AA. VV. **Jornadas sobre servicio público, policía y fomento**. Buenos Aires: RAP Ediciones, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: _____. (Org.). **Globalização: fatalidade ou utopia?** 3. ed. Porto: Afrontamento, p. 31-106, 2005.

SARAIVA, F. R. dos Santos. **Dicionário latino-português**. 11. ed. Belo Horizonte: Garnier, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Tradução de Celso Reni Braida. 4. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STOPPINO, Mario. Ideologia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varrialle et al. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, v. 1, p. 585-597.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Introdução às agências reguladoras. In: _____. (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, p. 18-38, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

WALINE, Jean; RIVERO, Jean. **Droit administratif**. 18. ed. Paris: Dalloz, 2000.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. **Direito administrativo** – v. I. Tradução António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.