

Policía y poder de policía

Agustín gordillo

Es profesor titular en la Facultad de Derecho de la UBA; propuesto como profesor Emérito. Magistrado del Tribunal Administrativo del Fondo Monetario Internacional (desde 1994) y del Tribunal Administrativo de la OEA. (Desde 2002). Es profesor Honorario de diversas Universidades: Nacional de Cuyo, Nacional de La Plata, Nacional Mayor de San Marcos, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Pontificia Universidad Javeriana, Externado de Colombia, y otras. Ha sido profesor asociado de las Universidades de París I y París II; profesor visitante de las Universidades de Bolonia, Atenas, Warwick, etc. Ha sido Presidente del Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo; Decano de las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de La Plata.

Entre sus obras cabe enunciar las distintas ediciones y reimpresiones de su *Tratado de Derecho Administrativo* en cuatro volúmenes (Buenos Aires, FDA, 2003, también con ediciones nacionales en Colombia, Venezuela, Perú, Brasil y México); *Derechos Humanos* (1999, 4º ed.); *An Introduction to Law* (Londres, Esperia, 2003, con prefacio de SPYRIDON FLOGAITIS, Director del Centro Europeo de Derecho público); *Une introduction au droit*; *The Future of Latin America: Can the EU Help?* (Londres, Esperia, 2003, con prefacio de SPYRIDON FLOGAITIS); *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, 1998, 2º ed.; *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, cuarta reimpresión 2001; *Teoría General del Derecho Administrativo*, IEAL, Madrid, 1984; *L'administrazione parallela. Il parasistema giuridicoamministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987; *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, cuarta reimpresión 2001; *Princípios Gerais de Direito Público*, San Pablo, Malheiros, 1978, con varias reimpresiones; ALEJANDRO NIETO, AGUSTÍN GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.

Agradezco primero al DR. JULIO R. COMADIRA, a quien me une una larga amistad, por su siempre cordial y generosa invitación. Yo siempre me digo que el DR. COMADIRA se va ganando el cielo, además de con muchas otras cosas, con esto de invitarme a mí: Le propuse dar justamente un título con el cual no coincido; le pareció divertido. “Bueno, vamos a ver qué sale,” dijo.

El problema es que no sólo no estoy de acuerdo con el título, que yo mismo propuse, tampoco estoy de acuerdo con la clasificación que supone: *Policía, Servicio Público y Fomento*.

Yo adhiero en general a la filosofía analítica y a POPPER. Los conceptos y las definiciones tienen que tener una utilidad, tienen que ser funcionales para algo: Clasificar porque sí no tiene sentido; yo no encuentro cuál es la razón jurídica por la cual es conveniente o útil tener esta tripartición. No es que no se pueda distinguir, se puede distinguir perfectamente; la pregunta es: ¿Ayuda distinguir? Yo no he sentido esa necesidad y lo que se llama aquí *fomento* yo lo pongo en otro lado, por ejemplo Estado de Bienestar, actividad económica del Estado, regulación, cualquier título que no tenga aspiraciones a presentarse como una categoría jurídica.

En el año 1960 publiqué un artículo que se llamó “La crisis de la noción de Poder de Policía.”¹ Destaco que se trata a mi juicio de una crisis de la *noción*; no hablé de crisis del *régimen* y propuse la eliminación de la *noción*, no de las *normas* de Policía. Esta era una idea que había propuesto un autor austríaco, WALTER ANTONIOLLI,² quien explica mucho antes lo que yo reitero en aquel momento. Pero dicho autor no se decide a dar el paso final de efectuar la supresión; después de decir “esto no existe,” empieza a explicar cómo es lo que no existe. Yo arribé a una conclusión diferente sobre la base de su propio planteo. Para mí no vale la pena intentar diseñar una o más *noción* o nociones de Policía y Poder de Policía. En el *Tratado* actualmente mantengo todavía en un capítulo, con el viejo nombre “La crisis de la *noción* de *Poder de Policía*,”³ el desarrollo antiguo que está muy poco modificado e incorporo un capítulo nuevo que es el de la regulación;⁴ la regulación ahora tiene libros dedicada a ella:⁵ Pero la regulación es la policía otra vez, entonces una de dos, eliminen regulación o eliminen Poder de Policía. Esto demuestra, una vez más, que la frase en sí no es útil sino que más bien crea trabajo superfluo.

Veamos: Policía sería la noción referida a la potestad que tiene la administración, por supuesto que subordinada a la ley y a la Constitución, para preservar el bien común en pro de ciertos objetivos que pueden ser seguridad, salubridad, moralidad. Incluso pueden ser más: La estética pública, la economía colectiva, el bienestar social, etc.

El Poder de Policía, por su parte, sería la noción que describe la potestad que tiene el Congreso, no la administración, dentro del marco de la Constitución y bajo el principio de razonabilidad y por cierto bajo control judicial, de limitar los derechos de los individuos en pro del bien común, para satisfacer principios del bien general. De ese modo la noción que se caratula como Poder de Policía sería orgánica, puesta en cabeza del Poder Legislativo, bajo control judicial y bajo supremacía constitucional —y hoy en día de los Tratados de derechos humanos y demás Tratados internacionales— pero una facultad legislativa: Del Congreso de la Nación, claramente.

La noción de Policía como facultad administrativa corresponde en este esquema al Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes, sometida ya no sólo a la Constitución sino también a la legislación. Es actividad sublegal por excelencia.

El problema quizás empiece allí, algunos se confunden por error o a propósito y comienzan a hablar de estas frases suponiendo —en un imperdible salto de lógica— que si se trata de cuestiones de Policía y de Poder de Policía que implican la preservación del bienestar general, moralidad, seguridad, salubridad, ética, todo se puede hacer porque para eso están el Estado, el Derecho y las normas. Pero es obvio que ello no sería en absoluto un razonamiento válido porque al Derecho hay que fundarlo mejor. No

¹ *Revista Argentina de Ciencia Política*, 2: 227 y ss., Buenos Aires, 1960.

² Tal como son las cosas en este país, un par de autores citan a ANTONIOLLI, no a mí, y dicen “el autor italiano.” No, tiene apellido italiano pero es austríaco —lo digo para el que quiera otra vez citarlo sin mencionarme, por lo menos no se equivoquen de nacionalidad al utilizar la cita prestada.

³ *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, *Defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2003, 6ª ed. y México, D.F., UNAM, Porrúa y FDA, 2004, 7ª ed. (y 1ª ed. Mexicana), con prólogo de JORGE ALBERTO SÁENZ, cap. V, “El Poder de Policía,” § 7.

⁴ *Tratado...*, t. 2, *op. cit.*, cap. VII, “La regulación económica y social.”

⁵ BIANCHI, ALBERTO, *La regulación económica*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.

puedo decir: “Por razones de Poder de Policía voy a hacer tal cosa” y creer que ya está fundado: Tengo que fundarlo un poco más. Y ese “un poco más” es el fundamento de siempre. Si yo quiero saber si puede haber una intervención del Estado en alguna rama posible de cualquier actividad humana: Económica, productiva, industrial, personal, sea pública o privada, tengo que preguntarme primero si tengo un sustento normativo en la Constitución y en la ley, para que luego la acción de la administración se encuadre en ese sustento normativo. ¿Necesito darle a esto algún nombre? Creo que no. ¿Ayuda darle algún nombre? Creo que tampoco; que incluso perjudica. Si uno lograra usar estas palabras sin enredarse no habría problemas; así ocurre con la actividad de fomento, su utilización no da lugar a equívoco alguno: no ayuda pero tampoco perjudica al razonamiento jurídico práctico.

En cambio no es así con Policía y Poder de Policía, como tampoco lo es con Servicio Público. En su momento propuse la supresión de la noción⁶ porque en aquella época estaban todos en manos del Estado: No había diferencia entre la noción de actividad estatal y la noción de Servicio Público. Era el mismo régimen jurídico el que resultaba aplicable. Eso cambia con las privatizaciones, pues ya no es lo mismo el régimen jurídico de la actividad de la administración pública o del Estado en general que el régimen jurídico de los concesionarios y licenciatarios que prestan los Servicios Públicos por delegación, concesión o permiso del Estado. Aquí las reglas jurídicas son diferentes y por lo tanto vuelve a tener sentido hablar de una noción de *Servicio Público*. Ahí empiezan otro tipo de discusiones como cuál es la extensión que ha de tener, cuál ha de ser la nota distintiva, etc. Considero que allí sí la discusión tiene utilidad, como lo demuestra la conferencia del Dr. ALBERTSEN, “El monopolio como dato esencial del servicio público.”

En cambio el tema de Policía y Poder de Policía no está muy debatido en el mundo, pues casi hay consenso en que no son palabras que presten utilidad al conocimiento jurídico. Todos han desarrollado suficientemente la interpretación y aplicación del Derecho sin equivocarse en el razonamiento, como recordé más arriba. Hay libros europeos que ni siquiera tienen un capítulo sobre Poder de Policía; hay otros que lo tienen pero le dedican pocas páginas. Algunos le dedican mucho espacio, pero uno ve que la noción en sí no está jugando ningún rol en el desarrollo. Por eso es que hoy está un poco más de moda hablar de regulación: Económica y social, para evitar una noción que no sólo es superflua e induce confusión sino que también no es del todo simpática: El *Estado de policía* evoca un Estado autoritario, un estado demasiado presente. El *Estado gendarme* evoca un Estado ausente: ¿Tiene sentido recoger en Derecho positivo una distinción entre gendarme y policía? Cualquiera de las dos figuras vale en tanto manera de hablar. Si todos nos entendemos y nadie se confunde, no hay problema, hablemos de Estado gendarme, Estado de policía, Policía, Poder de Policía, Fomento; pero si alguien se toma esto en serio el problema se torna más complicado. En definitiva, es un problema de teoría general: Para qué definimos y clasificamos, con qué finalidad lo hacemos; tiene que ser una clasificación útil.

Aclarada la parte semántica quedaría referirse algo más al derecho de fondo. En nuestro país hace mucho tiempo que vivimos una creciente confusión entre la labor administrativa y la labor legislativa. El esquema clásico, por cierto, es que la norma es facultad del Congreso; la ejecución de la norma es facultad de la Administración. Pero

⁶ “Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos,” *LL*, t. 106, Buenos Aires, 1962, p. 1187 y ss.

la reforma constitucional de 1994 introdujo la idea, a la postre ingenua, de intercambiar una segunda reelección con una limitación a las facultades del Poder Ejecutivo. Aparecen así los decretos o reglamentos de necesidad y urgencia (Art. 99 inc. 3º) con la pretensión de que son una limitación a las facultades del Ejecutivo; del mismo modo el Art. 76 al prohibir la delegación legislativa; así también la creación de la figura del Jefe de Gabinete. Todo parecía ser un *Approach* constitucional para limitar la figura del Ejecutivo, cuya reelección se permitía. Pero las cosas no funcionaron así y de hecho ha habido un creciente abuso de estos mecanismos cuasi legislativos del Poder Ejecutivo; un retiro progresivo del Congreso en su facultad de control que podría haberlo morigerado (no han querido nunca hacer la Comisión parlamentaria para que se ocupe de esto), y un dejar las cosas en manos de la Justicia a ver qué resuelve, son sin las debidas presiones de los otros Poderes. Con lo cual yo he escuchado a profesores de Derecho administrativo decir, por supuesto charlando, que la verdad es que la gente lo que necesita es una norma, de dónde venga no importa. A veces es cierto, hasta en los fallos se lo puede ver: “Hay una norma. Basta, no me crees más problemas de si la norma está bien así o si debiera ser de otro nivel normativo o jerárquico.” Esto implicaría una suerte de piedra libre para todo el mundo y de hecho la Administración pública con el tiempo va acrecentando exponencialmente el número de normas que dicta. No solamente los reglamentos de necesidad y urgencia, son también las delegaciones. Estamos entrando en un terreno de confusión normativa sumamente importante.

Cuando venció el plazo de la cláusula constitucional adicional complementaria 8º de cinco años, para la continuidad de las delegaciones preexistentes, el Congreso de la Nación constituyó comisiones parlamentarias. Ahí se descubrió que no se sabía cuántas eran las leyes que delegaban facultades al Poder Ejecutivo y que su número oscilaba, posiblemente, entre dos mil y tres mil. Esto implica un nivel de incertidumbre extremo. En lugar de resolverlo lo postergaron, empeorándolo. Así seguimos, de dos años en dos años se va prorrogando algo que es manifiestamente inconstitucional porque está más que excedido el plazo constitucional.

Esta deliberada confusión entre actividad legislativa y ejecutiva implica también una deliberada confusión en el funcionamiento de las supuestas categorías o palabras hechas de Policía y Poder de Policía. Si uno podía decir, en un enfoque clásico, que la Policía le compete a la Administración y el Poder de Policía, o sea la limitación de los derechos, le compete al Congreso, ahora resulta que la Administración ejerce muchas actividades del Congreso incluso limitaciones a los derechos de los individuos, que podrían entrar dentro de lo que se llamaba Poder de Policía.

Las últimas limitaciones que estamos viviendo en materia económica son sumamente severas y son todas por normas administrativas. La culpa no la tienen las nociones de Policía y Poder de Policía, sino que el desequilibrio de poder en los hechos se fortaleció en lugar de debilitarse después de la reforma del 94. Es una reforma que tiene muchos méritos, pero en esto fracasó: no logró mejorar el equilibrio hacia el Congreso. Así como CROISIER señalaba que no se cambia la realidad por decreto, tampoco se cambia la realidad por una reforma constitucional. Tenemos cinco siglos de historia y de tradición de incumplir la ley, o de no cumplirla leal y fielmente. Eso es demasiado fuerte.⁷

⁷ Lo explicamos en nuestro libro *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, Londres, Esperia, 2003, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Director del Centro Europeo de Derecho Público. También

No insistamos los doctrinarios con las frases, las nociones y los conceptos creados para entronizar el poder absoluto: No corrompamos más el desequilibrio real con ideas que ayuden a confundirlo y ensanchar la brecha entre el poder y el Derecho.