

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Dr. Agustín A. Gordillo *

1. El derecho administrativo en el pasado.

1.1. En el Estado de policía.

El derecho administrativo en cuanto conjunto de normas jurídicas positivas que regulan las relaciones del Estado con los administrados, puede decirse que tal vez ha existido siempre, desde el nacimiento mismo del Estado (1). Sin embargo, la existencia de ese conjunto de normas no ha sido suficiente para dar lugar inicialmente a la creación de una disciplina científica o técnica, simplemente porque es probable que nunca existiera conciencia de que se trataba de una relación entre sujetos diferenciados.

Históricamente esta época coincide en su mayor parte con la de las monarquías absolutas (2), dando origen de tal modo a una serie de principios jurídicos idénticos: *quo regis placuit, legis est, the King can do no wrong, le Roi ne peut mal faire*. Tal vez, como señala Merkl, podría decirse que en esta época el derecho administrativo se agota en

(1) Por ejemplo, señala Bodenheimer cómo pueden encontrarse normas propias del derecho administrativo ya en el mismo derecho romano: Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, México, ps. 1.964, ps. 260 y s s.

(2) Esto no es una regla pues también puede hablarse de sistemas similares en cuanto a la negación de los derechos individuales bajo regímenes políticos diversos. Ver GARRIDO FALLA, FERNANDO. *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Madrid 1966, ps. 56 y 57; MERKL, ADOLFO, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, 1.935, p. 95; DIEZ MANUEL MARIA, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1.965, p. 118.

* Tomado de *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte, General, Tomo I, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1.974, con licencia de su autor.

un único precepto jurídico que establece un derecho ilimitado para administrar (3); no se reconoce ninguna clase de derechos al individuo frente al soberano (4); el individuo es contemplado como un objeto del poder estatal, antes que como sujeto que se relaciona con él.

Esta concepción del Estado y de sus relaciones con los administrados, ha sido denominada, particularmente con relación a sus últimas manifestaciones, *Estado de policía* (5). En el Estado de policía en consecuencia, al reconocerse al soberano un poder ilimitado en cuanto a los fines que podía perseguir y en cuanto a los medios que podía emplear, mal podía desarrollarse una consideración científica de ese poder. No creemos que pueda afirmarse lisa y llanamente que no existía un derecho público, como por ejemplo dice Mayer (6), pues incluso ese principio del poder ilimitado, y las normas que de él emanaran, constituyen un cierto ordenamiento positivo; pero sí al menos puede sostenerse que no existía en absoluto una rama del conocimiento jurídico en torno al mismo.

1. 2. En el nacimiento del constitucionalismo.

Con el nacimiento del constitucionalismo, con la eclosión histórica de la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre, se opera a fines del sig'lo XVIII un cambio en la vida política que afectará radicalmente la relación entre el Estado y los habitantes. Ya no se dirá que el Estado o el soberano puede hacer lo que le plazca, que ninguna ley lo obliga, que nunca comete daños, sino por el contrario que existe una serie de derechos inalienables que debe respetar, que no puede desconocer porque son superiores y preexistentes a él.

1. (3) Merkl, op. cit. 95 y 96.
1. (4) Esto, desde luego como principio, pues siempre se encuentran en la historia países o épocas en que algún limitado grupo de derechos ha tenido algún débil reconocimiento por el soberano. Con todo, la regla puede claramente establecerse en el sentido de que "no existen reglamentos que sean obligatorios para la autoridad frente al súbdito", como dice Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, 1.949, t. I, p. 50; en igual sentido Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de derecho administrativo*, 3ª ed., Madrid, 1.968, p. 32.
1. (5) Del alemán, *Polizeistaat*. En otras palabras como dice Martín Mateo, Ramón, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, 1.970, p. 35, "Es la lucha entre el rey y el pueblo".
1. (6) Mayer, op. cit., p. 56 y nota 12. En realidad, dice bien Ranalletti, *Diritto amministrativo*, t. I, p. 398, que las leyes con las cuales el príncipe regulaba la actividad administrativa, "no eran obligatorias para el gobierno en sus relaciones con los súbditos; no constituían para éstos, ninguna garantía; en igual sentido Lessona, Silvio, *Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, Firenze, 1.964, ps. 177 y 178.

En este momento se da el germen del moderno derecho administrativo, pues al tomarse conciencia de que existen derechos de los individuos frente al Estado, y que el primero es un sujeto que está frente a él, no un objeto que éste pueda simplemente mandar, surge automáticamente la necesidad de analizar el contenido de esa relación entre sujetos, y de construir los principios con los cuales ella se rige.

No fue fácil, sin embargo, el cambio del "Estado de policía" al "Estado de Derecho", en lo que respecta al derecho administrativo. Y ello es así porque, como es lógico, el camino institucional no se produjo de un día para otro y en todos los aspectos. El reconocimiento formal y universal de los derechos del hombre frente al Estado no hace más que marcar el jalón más importante de una evolución histórica que se remonta más atrás y que no termina tampoco allí.

De tal modo, algunas doctrinas y principios que habían comenzado a nacer con anterioridad ganaron mayor importancia y alcance, sin llegar sin embargo a sustituir del todo a las viejas concepciones. Varios ejemplos de esto pueden demostrarlo:

1.2.1. *La indemandabilidad del soberano*: el soberano no podía en el Estado de policía ser llevado ante los tribunales como un litigante común, y tampoco pudo serlo el Estado moderno durante mucho tiempo, exigiéndose en nuestro país hasta 1.900 contar con una venia especial del Congreso (7); de todas maneras, todavía cuesta demandar al Estado.

1. 2. 2. *La irresponsabilidad del soberano*: el Rey "no podía dañar", esto es, no cometía daños desde el punto de vista jurídico, y por lo tanto era irresponsable por los daños materiales que causara; también el Estado constitucional fue durante mucho tiempo irresponsable por los perjuicios que sus órganos ocasionaran y recién en 1.933 la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema aceptó la responsabilidad extracontractual del Estado (8), la que todavía hoy dista bastante de ser plenamente satisfactoria (9).

1.2.3. *Los actos del príncipe*: Correlativamente con lo antes recordado, el acto del príncipe era como un acto de Dios, por encima del

1. (7) La tortuosa evolución de esta institución en nuestro país la hemos analizado en el libro *Procedimiento y recursos administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, 1.971, ps. 477 y ss. notas 1 a 4.
1. (8) En el conocido caso *Devoto*.
1. (9) Ampliar en Reiriz, María Graciela, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1.969. Altamira Gigena, Julio I., *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1.973.

orden jurídico; su versión en el Estado constitucional fue la teoría de los "actos de imperio", primero, y de los "actos de gobierno" o "institucionales" (10), después. Todavía hoy existen autores que sostienen una o ambas teorías, a pesar de la manifiesta desubicación histórica y jurídica de ellas.

1. 2. 4. *La doble personalidad del Estado*: en la época de las monarquías absolutas, en que el rey era indemandable, irresponsable, etcétera, se ideó la teoría del "Fisco" que venía a constituir una especie de manifestación "privada" del soberano, colocada en un plano de igualdad con los administrados; de este modo se atemperaba en parte el rigor de la concepción soberana del rey. Suprimido el Estado de policía, abandonada la monarquía absoluta como forma de gobierno, no cabía sino llegar a la conclusión de que toda la personalidad del Estado era la misma, y precisamente, igual que la del rey, sino que la del "Fisco". Sin embargo, casi todos los autores hablaron también de una "doble personalidad" del Estado, como poder soberano y como sujeto de derecho; recién en los últimos años los autores argentinos han abandonado la distinción, pero todavía resta algún sostenedor de la concepción antigua (11).

1. 2. 5. *La "jurisdicción administrativa"*. En la vieja época monárquica, existía la llamada "justicia retenida"; el soberano decidía por sí las contiendas entre partes; luego se pasa a la "justicia delegada", en el que el rey "delega" la decisión a un consejo, que sigue dependiendo de él, sin tener verdadera independencia como un correcto tribunal de justicia. En el Estado moderno existen tribunales, como también lo existieron en algunas monarquías, pero la legislación o los autores tratan a veces de otorgar a la administración, contra toda lógica, alguna parte del ejercicio de la jurisdicción, produciéndose así la contradicción de la llamada "jurisdicción administrativa"; es obvio que al abandonarse el absolutismo y pasarse a un sistema de división de poderes, es inconcebible que la administración ejerza atribuciones que le corresponden al otro poder. La doctrina argentina está bastante dividida al respecto, si no en el aspecto teórico, por lo menos en lo práctico. (12)

1. (10) Los "actos del gobierno" son actos del Poder Ejecutivo que no pueden ser impugnados judicialmente, del mismo modo que los actos del príncipe no podían ser llevados a la justicia. Para una crítica más detallada, ver nuestro libro el acto administrativo, Buenos Aires, 1.969, 2ª ed., ps. 185 y ss., e *infra*, "Los actos de gobierno", capítulo XIV, t. II.

1. (11) Para una crítica de dicha teoría, ver *infra*, cap. III, Nos.: 8 a 12.

1. (12) Ver *infra*, capítulo VIII, "Las funciones del Estado", Nos.: 8 a 20; Ibáñez Frocham, Manuel, *La jurisdicción*, Buenos Aires, 1.972, ps. 135 y ss.

1. 2. 6. En el Estado de policía se hablaba de un "*poder de policía*", que era un poder estatal jurídicamente ilimitado de coaccionar y dictar órdenes para realizar lo que el soberano creyera conveniente; al pasarse al Estado de Derecho la noción fue limitada en cuanto al empleo ilimitado de la coacción, pero de todos modos se mantiene como instrumento jurídico no fundado conceptualmente y que frecuentemente desemboca en abusos (13)

1. 2. 7. Otras etapas históricas (14). Lo hasta aquí expuesto en cuanto a los rasgos jurídico-políticos del poder absoluto en el Estado de policía, por lo demás, debe también completarse con la función —positiva o negativa— del Estado en el proceso económico y social. La llamada idea liberal-burguesa del Estado lo idealiza como un Estado árbitro, imparcial, prescindente e independiente, pero en realidad no lo fue, y esto se manifestó en intervenciones autoritarias en favor de determinados intereses o clases sociales. La concepción del Estado y de la administración como agentes del "bien común" o el "interés público", dada como abstracción permanente y generalizada (todo Estado sirve siempre al bien común) es una idea que no puede aceptarse dogmáticamente, como tampoco puede serlo la contraria de que el Estado sirve siempre a los intereses de la clase dominante: habrá que analizar qué intervenciones realiza o deja de realizar, qué modalidades adopta, a qué intereses sirve, para poder evaluar en en cada caso el tipo de intervención o abstención.

En este aspecto tampoco se produce una transformación fundamental entre el viejo Estado absolutista y el Estado que sucede al constitucionalismo: es solo más adelante en el tiempo que comenzarán a operarse los primeros cambios en la concepción así incluso ha llegado a sostenerse que "la declaración de derechos de la revolución francesa consideró al Estado un aparato creado para garantizar y tutelar los derechos del hombre y *en primer lugar los derechos civiles*" (15), esto es, los derechos de propiedad. Con todo, no debe olvidarse

1. (13) Ver *La crisis de la noción de poder de policía*, en nuestro libro *Estudios de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1963, ps. 9 a 31, e *infra*, capítulo XII, "El poder de policía", tomo II de esta obra.

1. (14) En realidad, cabe subdistinguir muchas etapas históricas del derecho administrativo en el pasado. Al respecto ver Glannini, Massimo Severo, *Diritto Administrativo*, t. I, Milán, ps. 9 a 62, quien analiza separadamente el derecho romano, el medieval, y separadamente los siglos XVIII, XIX y XX. A su vez, algunos aspectos todavía no han evolucionado, como explica Dromi, José Roberto, *Acto Administrativo*, Buenos Aires, 1.973, ps. 3 a 11. Ver también Cretella Júnior, José, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, San Pablo, 1.966, ps. 228 a 237.

1. (15) Stucka, Pétr I., *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, Turin, 1967, p. 264. Comparar Groisman, Enrique, *Estado y propiedad*, mimeo, Buenos Aires, 1973.

el valor histórico que significa haber abandonado el principio absolutista del poder y reconocer la existencia de, cuanto menos, derechos políticos del habitante frente al poder.

Posteriormente, en los Estados desarrollados, se observa una mutación doble frente a la administración de antaño; ésta "respondía a un régimen autoritario en el orden político, liberal en el orden económico", mientras que luego "estos dos postulados se han, en cierto modo, invertido: el liberalismo se ha introducido en el orden político y la autoridad en el orden económico" (16). Este es, quizás, el doble juego de valores a que tiende el Estado moderno.

2. *El derecho administrativo en el presente.*

2. 1. *El estado actual de la evolución histórica.*

¿Qué importancia tiene destacar todo esto? Simplemente, advertir que si realmente nos ubicamos en la era constitucional y abandonamos el sistema de la monarquía absoluta, *no podemos de ningún modo mantener las construcciones que para esta última se construyeron y que sólo con ella tienen sentido y fundamento.*

Ninguna justificación, ni jurídica ni política y menos aún ética, puede haber para pretender aplicar al Estado moderno los criterios con los cuales funcionaron los gobiernos absolutistas del pasado. Con todo, aunque nadie podrá discutir esta afirmación en principio, ello no significa lamentablemente que se le aplique. Son numerosas las doctrinas que no pocos autores siguen manteniendo hoy, como un legado espurio del pasado; la irrenunciable labor del jurista es estar atento para detectarlas, denunciar su filiación histórico-política y suprimirlas cuando ello corresponde para dar verdadera vigencia a los principios del Estado de Derecho.

Desde ya, es innegable que la tarea no es fácil; que tal vez nunca llegue plenamente la madurez política del derecho administrativo, y que siempre quede en él algún resto de autoritarismo, de absolutismo, o de cualquier tendencia de fuerza.

Por lo que hace al estado actual del problema, puede decirse que en nuestro país sólo la primera de las teorías antiguas de la monarquía absoluta está abandonada: la indemandabilidad del soberano; ello

1. (16) Así lo expresa Rivero, Jean, *Droit administratif*, 4ª ed., Palis, 1970, p. 23.

se ha logrado, porque se dictaron dos leyes especialmente para solucionarlo (1), y aún así, no en forma cabal, porque todavía una de esas leyes dispone que la sentencia que se dicte contra el Estado, si es condenatoria, tendrá mero carácter declarativo..., es decir no puede ejecutarse coactivamente (2).

En lo que respecta a las demás teorías, el panorama es desolador: todas ellas, sin excepción, tienen uno o más sostenedores en el momento actual, y en mayor o menor medida se intenta siempre aplicarlas. Una de las empresas que este tratado acomete es precisamente insistir una vez más en el intento de erradicarlas.

2. 2. *Nuevo impulso del derecho administrativo.*

Pero, soluciónense o no esos problemas, sea el derecho administrativo realmente propio de un Estado de Derecho o manténgase atado al marco de un Estado de policía, el mundo no se detiene. Si con optimismo pensáramos que pronto el derecho administrativo se liberará de sus viejas concepciones, tocaría entonces empezar a considerar los múltiples nuevos problemas que la sociedad organizada presenta: pues aunque la ciencia jurídico administrativa no haya cambiado, la sociedad y la administración sí lo han hecho. Y en forma muy trascendente; toca, pues, referirse al futuro del derecho administrativo.

3. *El dederecho administrativo en el futuro.*

No habiendo solucionado todavía el derecho administrativo los problemas recibidos del pasado, y siendo su presente por lo tanto anacrónico en muchos aspectos, ocurre aún más que se acerca a él un futuro intenso y lleno de cambios, para los cuales esta rama del derecho se prepara con pasos inciertos. El Estado cuya función administrativa se trata de regular, se encuentra junto con la sociedad en un constante devenir, y se advierten claramente tanto los cambios que él mismo sufre, como los cambios que a través de él se intentan introducir en las estructuras sociales heredadas del pasado.

La evolución en este sentido es variada en el mundo: en algunos países se pasa a un sistema socializado, en otros a un sistema intermedio de Estado social de derecho o Estado de bienestar; en otros se mantiene el esquema liberal burgués con sus contradicciones económicas

2. (1) 3952, del año 1900 y 11.634, de 1934.

2. (2) Ley 3952, art. 7º

y políticas (*infra*, capítulo III, número 15). Se intenta, en algunos países, la "transición al socialismo por el camino de la legalidad burguesa" (Chile en los comienzos de la década del setenta).

La transformación en países como el nuestro parece ser intermedia: se ensaya con formas embrionarias de planificación, se incorporan al sector público del Estado sectores determinados de la producción; se toma como función del Estado la de intervenir en la distribución de la riqueza; se adopta la idea de la propiedad en función social como meta, aunque está distante aún de concretarse.

Con distintas modalidades y particularidades, se evidencia en todo caso un progresivo abandono del concepto económicamente liberal del Estado, del concepto liberal de propiedad privada, y del rol abstencionista de la administración, simultáneamente con un intento de revalorizar la libertad frente al poder. Es un intento arduo y complejo, cuyo análisis a nivel del derecho administrativo es incipiente.

3.1. La intervención reguladora del Estado en la economía.

Donde primero se advierte una importante mutación en la estructura y actividad del Estado es en su actuación en el campo económico: desde afuera del proceso económico, *regulándolo* a través de normas que son de derecho administrativo (1) y desde *adentro* a través de la acción de múltiples formas de *empresa pública* que de una u otra forma influyen decisivamente en el proceso, asumiendo la producción de bienes y servicios.

En el primer aspecto se tratará, según los casos, del llamado simplemente "intervencionismo" del Estado en materia económica, o más específicamente en algunos casos de la planificación (2). En el segundo caso se tratará no sólo de los entes autárquicos tradicionales, sino también de las Juntas Reguladoras, corporaciones de desarrollo, empresas del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades anónimas con control accionario del Estado, Corporación de Empresas Nacionales, etcétera (3).

3. (1) O derecho público en general, derecho agrario, del trabajo, etc.; normas reguladoras de la producción, industria, comercialización, distribución, etc., de bienes y servicios.

3. (2) Ampliar en nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, 1973. La tendencia es hacia los planes indicativos o de tipo "orientador", como ocurre con el aprobado por Decreto 776/73.

3. (3) Ampliar en nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, 1966. Ver también nuestro artículo *El estado actual de los regímenes jurídicos de empresas públicas en la Argentina*, "La Ley", t. 141, 1973, ps. 1030 y ss. y en el mismo sentido Dromi, José Roberto, *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1973, ps. 438 y ss.

La acción del Estado, multiplicada así a través de su intervención en el campo de la economía, presenta al derecho administrativo una realidad socio-económica muy diversa. Ya no es suficientemente representativo de la realidad estudiar la "organización administrativa" del Estado; ahora hay que estudiar la organización económica y administrativa del Estado. El sector público de la economía crea por una parte (empresas públicas y mixtas), y el sector privado de la economía se encuentra sometido a crecientes regulaciones, por la otra (intervencionismo o planificación, según los casos); el derecho administrativo que estudia la acción del Estado, no es ya, ni puede ser, el mismo, cuando la acción del Estado ha cambiado tanto. Determinar hasta qué punto modifica sus objetivos y sus postulados, hasta qué punto mantiene sus premisas, es indudablemente la tarea del jurista de este siglo y los venideros.

De todas maneras debe quedar dicho que la intervención estatal, clásicamente orientada a apoyar a la industria y al comercio privados, y a la propiedad privada, a fin de propender a su crecimiento, busca ahora, cada vez más, orientar a la empresa privada hacia la solución de los problemas de los cuales no puede alegar ignorancia o irresponsabilidad: la pobreza, la miseria, la marginalidad, la desigual distribución de la riqueza (todas manifestaciones de falta de libertad del individuo que está excluido de los sectores más caracterizados del poder económico y social). La intervención del Estado no se limita a la acción social directa (promoción de la comunidad, sistemas de seguridad social, subvenciones y subsidios, jubilaciones y pensiones, sistema de medicina social, etc.), sino que va también a la acción social por la vía económica: regulación de precios y salarios, participación obrera en la conducción y en las ganancias de la empresa, etcétera. En otras palabras, la acción del Estado tiende a dirigirse no sólo al aspecto de la redistribución de la riqueza, sino también a la producción.

Por lo demás, el Estado asume el rol coordinador no sólo del sector público —ley 20.338, Corporación de Empresas Nacionales— sino también del privado —ley 20.568, Corporación para el Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria—.

En otro sentido, también la creciente intervención del Estado en el proceso económico ha llevado a una intensificación de los esfuerzos por producir una integración económica entre los países, como primera etapa hacia una futura integración de mayor grado. La integración de América Latina se encuentra más embrionaria que la de Europa, pero de todos modos es mucho lo que se trabaja en ese sentido, y son

muchos también los principios jurídicos que se han ido formando al respecto (4). En la medida en que la integración latinoamericana pueda ir convirtiéndose de aspiración en realidad, se producirá igualmente una modificación del derecho administrativo, haciendo crecer el campo de acción del derecho administrativo supranacional, de la empresa pública multinacional, etcétera. Por ahora, con todo, se trata de un proceso que no ha modificado todavía sustancialmente los ordenamientos jurídico-administrativos nacionales.

3. 2. *El cambio social y la administración pública.*

Lo antes expuesto sobre la creciente intervención del Estado en la economía que es también intervención en el proceso social, haría pensar *prima facie* en un Estado que se agiganta en desmedro de las libertades individuales. Ello no es exactamente así: por una parte, algunos derechos individuales tradicionales sufren embates —propiedad, comercio, industria—; por otra parte, otros derechos individuales no siempre vigentes en la sociedad tratan de ir adquiriendo existencia a través de la acción del Estado (el postulado de igualdad y la consiguiente supersión de las desigualdades sociales y económicas existentes).

Pero no sólo eso: también nace una concepción distinta del orden social, en el cual la sociedad política y la administración que la dirige deben recibir el influjo de concepciones de renovada fuerza. Ya no basta el imperio de la autordad de quien ejerce ocasionalmente el poder; ya no satisface la voz de mando, sea quien fuere el que manda. Ahora se intenta conseguir una sociedad participativa en el más pleno sentido de la palabra; participación en los beneficios de la sociedad, participación en la toma de decisiones del poder. Los esquemas clásicos de la democracia representativa no se rechazan, pero se postulan como insuficientes: *hay que crear nuevas y adicionales formas de participación del pueblo en el poder*, de modo tal que su influencia en él no se limite a la elección de candidatos electorales. Aparecen así múl-

3. (4) Entre la abundante bibliografía que se ha producido al respecto, puede verse, para América Latina, Inst. Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales. *Derecho de la integración latinoamericana*, Buenos Aires, 1969; Brewer Carías, Allan Randolph, *Los problemas constitucionales de la integración latinoamericana*, Caracas, 1968; Kaplan, Marcos, *Problemas del desarrollo y de la integración en América Latina*, Caracas, 1968; García Martínez, Carlos, *Integración económica entre Estados*, Buenos Aires, 1968; González Arzac, Alberto, *Zona latinoamericana de libre comercio. Reseña jurídica*, Buenos Aires, 1963; Zeledón, Marco Tulio, *La Odeca. Sus antecedentes históricos y su aporte al derecho internacional americano*, San José, Costa Rica, 1966; Ortega Aranda, Elena Luisa, *La carta de Punta del Este y la Alianza para el Progreso*, Santiago de Chile, 1967; Sidjanski, Dusan, *Dimensiones institucionales de la integración latinoamericana*, Buenos Aires, 1967.

tiples canales de participación política, no todos los cuales se han aceptado ni introducido en los sistemas políticos y administrativos vigentes, pero que necesariamente habrán de serlo con el correr del tiempo (5).

Como manifestaciones del mismo criterio rector, van apareciendo otros principios semejantes:

3. 2. 1. *El consenso y la adhesión.* Ya no bastan ni satisfacen la decisión "unilateral ejecutoria" de la administración, semejante a la relación jerárquica castrense: ahora se tiende a un liderazgo fundado en el consenso de los liberados o administrados, en el cual la ejecución de las decisiones exige cada vez más la adhesión del que será objeto de la misma, como así también del funcionario que será el órgano ejecutor (6).

3. 2. 2. *La motivación o explicación.* Del mismo modo, lo que fue en el pasado exigencia jurídica, que el acto administrativo contuviera una "motivación" o explicación de sus fundamentos, es hoy una exigencia política: ahora hay que explicar al ciudadano por qué se le impone una norma, y hay que convencerlo con la explicación; pues si no se le explica satisfactoriamente, faltará su consenso, que es base esencial del concepto democrático actual y futuro del ejercicio del poder (7).

3. 2. 3. *La participación administrativa.* Pero aún más, se va advirtiendo que la administración no puede ni debe administrar sólo: el pueblo administrativo *debe participar en la decisión administrativa misma*. Aparecen así las comisiones mixtas en los distintos ámbitos de la administración, las comisiones administrativas paritarias, la reafirmación de las garantías clásicas del debido proceso administrativo (audiencia, discusión, etc), la multiplicación de las técnicas consultivas, tanto a los sectores interesados como al público en general, y la gestión tripartita de los diversos servicios públicos: una parte designa-

3. (5) Ampliar en nuestro citado libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, ob. cit.

3. (6) Rivero, Jean, *A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration*, en "Mélanges offerts à René Savatier", Daloz, París, 1965, ps. 821 y ss., 830; Cortiñas Peláez, León, *Estado democrático y administración prestacional*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XXII, Nº 1/4, Montevideo, 1972, ps. 87 y ss., p. 112.

3. (7) Como dice Rivero, op. cit., ps. 827 y ss., ya la democracia es no solo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder. Se trata de superar así, a través de la explicación y la participación, "la manifiesta contradicción entre un poder forjado por ciudadanos y una Administración que trata a los ciudadanos como simples sujetos" (Cortiñas Peláez, op. cit., p. 113).

da por el poder, una parte designada por los usuarios o administrados, una parte designada por el personal del ente o servicio administrativo (8).

3. 3. La libertad social. Aspectos psicológicos y psiquiátricos de la represión sexual.

La creciente intervención del Estado en la economía tiende hacia la obtención de la libertad económica, no a lesto decimonónico, sino en el concepto de "libertad de la necesidad" (Burdeau); las crecientes exigencias de participación del pueblo en el ejercicio diario y efectivo del poder, tienden hacia una mayor libertad política. Y si bien ambas manifestaciones se vinculan y entrelazan con una mayor libertad social, queda todavía un ámbito frecuentemente irreductible de libertad social no conquistada. Es la libertad frente a sí mismo, y la libertad frente a la sociedad que nos rodea y nos impone pautas represivas de conducta individual.

A nadie escapa, en una palabra, la naturaleza represiva de todo el contexto social, tal como fue explicada por Freud, en la medida en que la sociedad, comenzando por la figura del padre, introduce en la mente del niño una serie de pautas sociales represivas y prohibitivas (que son las que el propio padre ha recibido, por supuesto) negatorias de lo que Freud llamó el "principio del placer" y consagratorias de lo que él denominó "principio de realidad" (9). Esas normas represivas de la infancia se convierten prontamente en el super-yo del niño, que llega después a ser un adulto auto-reprimido por aquellas pautas, represor de otros, y con una absoluta falta de libertad subjetiva e individual frente a sí mismo (10). Quizá haga falta algún grado de represión, pero como señala Marcuse, el problema es que se opera en realidad una plus-represión, es decir, un exceso de represión.

3. (8) Sobre el tema de la participación nos remitimos a nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, op. cit.
3. (9) A partir de la primitiva elaboración de Sigmund Freud, por ejemplo en el ensayo "Más allá del principio del placer" (Obras Completas, t. II, *Una teoría sexual y otros ensayos*, Santiago Rueda Editor, Buenos Aires, s/f, págs. 219 y ss.) aparecen en los últimos años los trabajos filosóficos de Herbert Marcuse, especialmente *Eros y civilización*, Editorial Seix Barral, Barcelona 1971 y complementariamente en otros aspectos del mismo autor. *Ensayo sobre la liberación*, Editorial Gutiérrez, Buenos Aires, 1969; *La doctrina de los instintos y la libertad*, publicado en el libro *Freud en la actualidad*, Barral Editores, Barcelona, 1971, pág. 524 y ss. También se puede ver, en esta aplicación y revisión de los puntos de vista freudianos iniciales, Pierre Fougeyrollas, *La revolución freudiana*, Madrid, 1971, pág. 223; Wilhelm Reich, *La revolución sexual*, Editorial Ruedo Ibérico, Colombes, Francia, 1970, pág. 177 y ss.; Daniel Guérin, *La revolución sexual*, Editorial Tiempo Nuevo, Caracas, año 1969.

3.3.1. La auto-represión en las sociedades socialistas. Aún superando los problemas de la falta de libertad económica, por ejemplo, y aún dejando de lado la cuestión de la falta de libertad política, continúan operando en la sociedad socialista pautas represivas de ella misma y auto-represivas del individuo (11).

Así por ejemplo, a pesar de que en los comienzos de la revolución rusa se propugnó un total liberalismo sexual (supresión del casamiento, de la familia, etc.), el mismo fue prontamente suprimido por la reacción, que impuso nuevamente pautas "moralistas" (o sea represivas y autorepresivas) en la sociedad socialista instaurada. De modo parecido en China comunista impera un claro sentido de moralismo, con mayor énfasis en el sentido del "deber" (auto-represión) y en los controles sociales (represión social). La liberación última de la persona humana, entonces, no se produce.

3. 3. 2. La auto-represión en las sociedades no socialistas desarrolladas. En las sociedades no socialistas desarrolladas, la gradual superación de la falta de libertad económica y política ha sido acompañada por una progresiva liberación de las pautas represivas y autorepresivas de la sociedad. Las estadísticas comprueban actitudes más permisivas de los gobiernos, en materia sexual, y conductas individuales "liberadas" (12). Con todo, algunos observadores anotan la posibilidad de que no sea sino una seudoliberación, en cuanto se trate

3. (10) Para un análisis del otro principio que Freud señaló frente al principio del placer (*Eros*), o sea el principio de muerte (*Tanatos*), y su vinculación con la alienación del individuo, es de interés el sustancioso trabajo de Caruso, Igor, *La separación de los amantes*, Ed. Siglo XXI, Méjico, 1970, ps. 119 y ss. 145 y ss. 168. Ver también Ricoeur, Paul, *Freud; una interpretación de la cultura*, Ed. Siglo XXI, Méjico, 1970, ps. 220 y ss.
3. (11) La denuncia de la violación del principio de la libertad sexual (*lato sensu*) en los países socialistas, y su moralismo tanto o más exagerado que en las sociedades capitalistas, pueden ser vistos en *Reacción sexual en Rusia*, en el ya citado libro *La revolución sexual* de Wilhelm Reich; también en el excelente libro de José A. Bonilla, *La sexualidad humana*, Editorial Comunidad del Sur, Montevideo, 1971, p. 78. Bonilla además hace un valiente ensayo de ética sexual no represiva y toda su obra se refiere en especial a la realidad latinoamericana y sus perspectivas de liberación en esta materia. Ver también Luigi de Marchi, *Represión sexual y opresión social*, Editorial Hormé, Buenos Aires, 1969 y *Sexo y civilización*, Editorial Helios, 1951.
3. (12) A lo que contribuye el esclarecimiento científico del problema, por ejemplo el notable trabajo de William H. Masters y Virginia E. Johnson, *Respuesta sexual humana*, editorial Intermédica, Buenos Aires, 1967, donde a través de numerosas investigaciones clínicas, los autores destruyeron los últimos preconceptos que todavía preexistían sobre la naturaleza fisiológica y psicológica de las múltiples formas de actividad sexual. No se debe olvidar que muchas pautas represivas en materia sexual invocaron o invocan supuestos fundamentos médicos o fisiológicos que son científicamente falsos. Véase también Kenneth Walker, *The Physiology of Sex*, Penguin Books, Londres, 1962, etc. Algunos otros elementos estadísticos pueden verse en el clásico de Alfred C. Kinsey y otros, *Sexual Behaviour in the Human Female*, Nueva York, 1965.

de conductas efectivamente realizadas, pero en las cuales el individuo sigue infringiendo una norma social o un resabio de norma represiva individual, y en esa medida no deja de pagar un precio de alienación por su conducta. La pseudo-libertad no es, en tales casos, sino una forma más de manifestación de la alienación del individuo y su falta de libertad integral y ausencia total de controles auto-represivos en materia sexual (13).

3. 3. 3. *La represión social y auto-represión en las sociedades subdesarrolladas.* Lo que hemos dicho tiene, lógicamente, mayor énfasis en las sociedades subdesarrolladas, socialistas o no socialistas; en ellas es mayor la falta de libertad económica y/o política siendo también más acentuada la falta de libertad íntima del individuo; los controles sociales fueron internalizados en mayor medida; y el sistema de auto-represión es entonces mayor. Los rasgos conservadores y moralistas de la sociedad están más presentes, y los padres siguen ejerciendo el rol represivo que la sociedad tradicional les ha marcado. Las ocasionales infracciones que el individuo realiza a su propia norma de auto-represión son vividas entonces con sentimiento de culpa, temor, etc., y el precio que así paga en términos de alienación es aún mayor. Incluso ocurre a menudo que el carácter políticamente represivo de un sistema dado (muy frecuente, a qué negarlo, en las sociedades subdesarrolladas), se manifiesta también a través de la aparición o fortalecimiento, en el ámbito institucional y político, de pautas oficiales "moralizantes", que bajo distintos ropajes semánticos no son otra cosa que manifestaciones del carácter represivo y no libertario de todo el sistema social, sea él socialista o no socialista.

3. 3. 4. *Manifestaciones jurídico-administrativas del problema.*

Como se advierte, todo el sistema administrativo de control de la inmoralidad y la obscenidad, la prohibición de la pornografía (fenómeno éste abandonado ya por varios países europeos), de la sociedad tradicional. Posiblemente sea ésta la última frontera, al menos la última ahora vislumbrable, del posible cambio de la sociedad a la cual el derecho administrativo deberá reajustarse en el futuro.

4. *Los órganos de control del proceso.*

Toda aquella creciente intervención y actividad del Estado, que implica cuantitativamente mayor poder de la administración, mayores

3. (13) Castilla del Pino, Carlos, *Dialéctica de la persona, dialéctica de la situación*, Barcelona, 1970, capítulo 6, "Libertad y pseudolibertad", ps. 77 y ss., analiza el problema más general, pero su encuadre es aplicable también aquí.

casos de ejercicio del poder (salvo en el caso de los controles sexuales), y por lo tanto mayor probabilidad estadística de violaciones o abusos en el ejercicio de ese poder, plantea al derecho administrativo que emerge del pasado y tambalea en un presente difícil, un futuro incierto, y aún más difícil.

En efecto, mientras muchos observan acertadamente aquí y ahora la insuficiencia del control judicial de la actividad administrativa e incluso la insuficiencia de los controles políticos existentes respecto de la actividad administrativa (2), otros se preocupan en cambio en pensar que los jueces no tienen suficiente mentalidad de cambio como para servir al proceso que el día de mañana iniciará quizá la administración y, pensando entonces en una administración al servicio del cambio y en jueces al servicio de la reacción, propugnan una reducción de dicho poder (3).

4. (1) Ver, entre otros Parada Vázquez, José Ramón, *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, Revista de Administración Pública, Madrid, 1968, Nº 55, ps. 65 y ss., *Réplica a Nieto sobre el privilegio de la decisión ejecutoria y el sistema contencioso administrativo*, igual revista, Madrid, 1969, Nº 59, ps. 41 y ss. Ver también González Pérez, Jesús, *Administración pública y libertad*, México, 1971, ps. 67 y ss.

4. (2) Real, Alberto Ramón, *Los diversos sistemas de control político y administrativo del Estado*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XXII, enero-diciembre de 1971, ns. 1/4, Montevideo, 1972, ps. 324 y ss. Dice agudamente Real: "El juicio político, mediante el cual se hace efectiva la responsabilidad político penal, se ha vuelto un "cañón de museo". Es demasiado espectacular y no es eficaz, sobre todo cuando se requieren quórum funcionales elevados de dos tercios de componentes del órgano de juzgamiento" (op. cit., p. 324). La responsabilidad político-parlamentaria es ilusoria en la mayoría de los casos para proteger los derechos agraviados por la Administración, porque la solidaridad política de sus mayorías legislativas" (y agregaríamos nosotros, de sus minorías si sólo éstas tienen, impidiendo la concreción de los dos tercios de oposiciones necesarios para cualquier medida de control) "con sus correligionarios gobernantes las lleva a respaldarlos aún en sus errores, salvo si se trata de errores de gran repercusión pública. Y aún en esos casos los mecanismos internos partidarios extraconstitucionales suelen provocar la renuncia de ministros sin llegar a la censura, que se ha vuelto prácticamente imposible" (op. cit., p. 325). Por lo demás, apunta Real con acierto, los órganos políticos y la opinión pública no suelen tener sensibilidad jurídica. Las violaciones de la administración y funcionarios raras veces conmueven la escena política" (op. loc. cit.). Real recuerda, por lo demás, a Parry, Glyn, *Brithish Government*, Londres, 1969, quien expresa que en Inglaterra "el último *impeachment* ocurrió en 1805 y esta función es ahora obsoleta". Por fin, cabe apuntar que aún cuando el partido gobernante cuenta sólo con minoría legislativa, raramente tiene la mayoría de los dos tercios del Parlamento necesarios para el funcionamiento del juicio político al presidente o los ministros, o para cualquier votación de censura. La experiencia muestra la insuficiencia de la acusación parlamentaria, aún con mayoría de oposición. Se trata como dice Real de un cañón de museo, y a lo sumo se logrará hacer ruido con él, ante la opinión pública y la prensa, pero no se puede atacar eficazmente la eficacia de las medidas de gobierno que lesionan los derechos de los ciudadanos o del público.

4. (3) Ver el brillante, aunque en este aspecto no convincente, trabajo de Cortiñas Peláez, León, *Estado democrático y administración prestacional*, "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Sociales", Montevideo, 1972, número enero-diciembre

Esta última preocupación nos parece peligrosa e infundada: la historia muestra que los períodos de cambio profundo, buenos o malos arrastran tras de sí a todo el aparato estatal, y que los jueces no tienen políticamente la fuerza suficiente como para detenerlo. También se olvida que la interpretación judicial de casos, siempre callada y silenciosa, ha tenido muchas veces en la historia concepciones de cambio mucho mayores y más profundas que las sustentadas por la propia administración y aún el mismo Congreso (4). Por lo demás, si los jueces están al servicio de la "reacción" y no del cambio, la culpa la tienen los poderes ejecutivos y legislativos que los nombran, de donde se desprende que éstos padecen en todo caso del mismo fenómeno y la culpa no la tiene la institución judicial aisladamente.

Creemos por ello que no hay que postularse estados futurísticos hipotéticos, con administraciones "ideales" al servicio del cambio: ya que ideamos un futuro hipotético optimista en tal sentido, nada nos impide prospectivamente concebir a un poder judicial igualmente al servicio del cambio. Y por lo demás, la concepción del futuro debe tener sus pies en tierra en el presente, en el aquí y ahora: éste no tiene

de 1971, año XXII, Ns. 1/4, ps. 87 y ss., especialmente p. 117, notas 133 y 134 y texto. Dice Cortiñas Peláez: "En definitiva, históricamente, por formación y por profesión, es raro que el juez esté a la altura de las exigencias de su época, es casi imposible que presida, como Poder Constitucional responsable en el Estado, la evolución progresiva de las instituciones" (op. cit., p. 118 nota). Sin embargo, esta concepción responde sólo a la imagen "popular" de los jueces pero no se compadece con la realidad: la reacción también puede estar, en el aquí y ahora que Cortiñas Peláez critica a Parada, *entroncada en la administración o en el parlamento*; y el cambio ha estado históricamente a menudo en la mentalidad de los jueces. Ocurre con todo que sólo los fallos que implican un freno a la acción de gobierno son publicitados pero no así las innumerables decisiones en que los jueces han coonestado la acción de gobierno, *aceptando cambios de juridicidad cuestionable* en una interpretación tradicional. Por lo menos así es la jurisprudencia argentina en materia de poderes económicos y sociales del Estado, e incluso en materia de poderes políticos del gobierno. Cuando la jurisprudencia ha aceptado, de hecho, el pago diferido de la indemnización expropiatoria, aún con una norma constitucional que exige el pago "previo", por ejemplo, no parece que pueda merecer el mote de "reaccionaria". Véase también, en sentido contrario a la inspiración de Cortiñas, a Bachoff, Otto, *Der Verfassungsrichter Zwischen Recht und Politik*, Tubingen, 1963, ps. 41 y ss., Aikin, Charles, *The United States of North America Supreme Court: New Directions in the 20th Century*, en el libro de homenaje a Sayagués Laso, t. III, Madrid, 1971, ps. 139 y ss.; González Pérez, op. loc. cit.

4. (4) Es el caso de la integración racial en Estados Unidos con la corte de Warren; el principio de "one man, one vote", introducido también por dicha Corte; la decisión declarando inconstitucional las leyes restrictivas o prohibitivas del aborto, etc. Y fue justamente un presidente conservador, Richard Nixon quien introdujo modificaciones en la composición de la Corte para designar jueces carentes de visión de cambio y sí por el contrario dotados de actitud conservadora; de donde se desprende que la llamada "reacción" puede siempre venir del Poder Ejecutivo, y en contra precisamente de los avances jurídicos para el cambio, hechos por el Poder Judicial, en el caso norteamericano.

administraciones tan ideales como para que no sea deseable su control y si algo cabe decir de éste, es que es insuficiente.

Más bien pensamos, con Real, que la cuestión reside en crear nuevos y distintos órganos de control, además de perfeccionar a los existentes (v. gr., introduciendo el recurso o acción de anulación donde no lo hay; admitiendo en mayor grado la suspensión judicial de los actos administrativos, etc., en la Argentina, dictando el siempre olvidado Código Procesal Administrativo para la Nación). Esos nuevos órganos de control "magistraturas" en el sentido de órganos imparciales e independientes, deben estar dotados, a diferencia de los órganos judiciales, de *poderes de iniciativa para ejercer de oficio control preventivo o represivo sobre los actos y procedimientos administrativos* (5); sin perjuicio de que pueda actuar a pedido de parte, pues, en el nuevo órgano el control debe actuar de oficio. *El ombudsman nórdico sajón* (6), ya difundido con éxito a otros países (7), la Contraloría chilena, con sus virtudes y sus defectos (8), la Prokuratura Soviética (9), son ejemplos para tener en cuenta al adoptar sistemas independientes de control. En la Argentina, la Procuración del Tesoro de la Nación y el Tribunal de Cuentas de la Nación, perfeccionada la primera con la independencia de que carece, y con facultades de suspender o anular de oficio actos administrativos (que ahora no tiene), y modificado el segundo con una integración profesionalmente más jurídica de sus miembros, pueden ser instituciones a partir de las cuales crear los nuevos y adicionales mecanismos de control al servicio del cambio, pero también con un *standard* mínimo razonable de control de la legitimidad de los actos le gobierno. *El Ombudsman* de origen escandinavo,

4. (5) Real, *los diversos sistemas...* artículo citado, p. 336.
 4. (6) Ver al respecto Soto Klos, Eduardo, *El Ombudsman nórdico sajón*, Revista Argentina de Derecho Administrativo, N° 1, Julio de 1971, ps. 37 y ss., y Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Caracas, 1972, vol. II, ps. 355 y ss.
 4. (7) Ver por ejemplo el caso inglés del Comisionado Parlamentario, en Wade, H. W. R., y Schwarz, Bernard, *Legal Control of Government*, Oxford, 1962, ps. 64 a 73.
 4. (8) Ver ley 10.336, t. o. en 1964. Silva Cimma, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado*, tomo II, Santiago, 1961, ps. 318 y ss.
 4. (9) Boquera Oliver, José María. *Derecho administrativo y socialización*, Madrid, 1965, ps. 115 a 120, quien también hace una comparación con la institución del Ombudsman, analizado en las páginas 109 y 111 de su libro, y señala la compatibilidad entre los diversos sistemas de control de la actividad administrativa. Sostiene, con entero acierto, que debe por un lado mejorarse el sistema del control contencioso-administrativo, en abierta crisis (p. 121), e introducirlo cuando no existe (ps. 126 y 127), y crear en forma complementaria otro sistema de contralor que llegue allí donde el control contencioso-administrativo no llega (ps. 122 y 124). En igual sentido Wade y Schwarz destacan la complementariedad del control judicial y del control del Comisionado Parlamentario inglés, cubriendo este último los casos de mala administración ("*maladministration*"), abusos, arbitrariedades o injusticias, normas reglamentarias defectuosas, etc., que las cortes no llegan a controlar (ps. 70 y 71).

sea en su concepción original, o en la inglesa, puede ser un organismo que preste un eficaz servicio en el derecho público latinoamericano del futuro (10), y creemos que cabe admitirlo.

Otras formas de control dependen de las épocas históricas y de los países de que se trata, China, por ejemplo une algunos elementos de la sociedad china tradicional, con aportes de los demás Estados marxistas y algunos elementos originales. Así encontramos que el control de la administración se postula como un elemento primordial del sistema y se ejercita en primer lugar a través de "la masa popular", mediante diversas instituciones de control de los servicios administrativos por los usuarios (11), algunas de jerarquía constitucional (12) luego siguen controles del partido oficial (13); controles jerárquicos verticales por los órganos especializados, (14) etcétera (15). Cada país, en definitiva, debe buscar su propio sistema, pero lo importante será siempre que haya efectivamente un control eficaz de la administración pública para garantía del interés común, que es también el interés de todos los destinatarios del servicio (16).

4. (10) En sentido similar Real, *Los diversos sistemas...* op. loc. cit.; Boquera Oliver, op. cit., 122 y ss., piensa lo mismo para su país.
4. (11) Tsien Tche-Hao, *L'administration en Chine populaire*, París, 1973, p. 31: 'Los usuarios de los servicios administrativos son considerados como los más aptos para controlar a la administración'. En este sentido se incluyen como elementos de control las "visitas de los ciudadanos", las reclamaciones de los particulares o administrados (garantizadas por el artículo 97 de la Constitución de China), la llamada inspección por representantes del pueblo, etc.
4. (12) Es el caso de las reclamaciones por los particulares. Dice en este sentido el artículo 97 de la Constitución de China popular: "Los ciudadanos de la República popular de China tienen el derecho de presentar reclamación por escrito u oralmente ante todo órgano del Estado de cualquier jerarquía que sea, contra todo funcionario por violación de la ley o incumplimiento de su deber. Toda persona que haya sufrido un perjuicio a causa de violaciones hechas por cualquier funcionario a sus derechos de ciudadano, tiene derecho a una indemnización". Ver Tsien Tche-Hao, op. cit., p. 90.
4. (13) Control éste que sería inadmisibles en un sistema pluripartidista, desde luego.
4. (14) Esto se vincula con la particular idea del "centralismo democrático" que impera en China, en la cual los órganos electivos tienen supremacía jerárquica sobre los órganos ejecutivos, en una cierta similitud a la concepción de la democracia parlamentaria. Ver Tsien Tche-Hao, op. cit., p. 32.
4. (15) Ver Tsien Tche-Hao, op. cit., ps. 33 y ss. Todo esto debe ser complementado con la particular tradición china, que enfatiza los controles sociales antes que los controles jurídicos. Véase al respecto David, René, *Les grands systemes de droit contemporains*, 4ª ed., París, 1971, ps. 541 a 544; Cretella Júnior, José, *Direito administrativo comparado*, San Pablo, 1972, ps. 135 a 137.
4. (16) Sobre el concepto de interés público e interés individual ver infra, t. II, capítulo XIII, número 12, 2 y ss.

PRUEBA DE INSPECCION JUDICIAL

Dr. Luis Alfonso García Sierra.

Consideraciones Generales: De conformidad con el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, "Para la verificación o el esclarecimiento de hechos materia del proceso podrá ordenarse, de oficio o a petición de parte, el examen judicial de personas, lugares, cosas o documentos".

De tenerse en cuenta, en primer término, que de acuerdo al sistema dispositivo que informaba el Código Judicial derogado, al Juez no se le permitía la investigación o comprobación oficiosa de los hechos materia del proceso sino en casos excepcionales. En los demás eventos, la práctica de dicha prueba por iniciativa del Juez estaba restringida a las situaciones contempladas en el artículo 600 del estatuto abrogado, mediante autos para mejor proveer, que tenían por objeto el esclarecimiento de puntos oscuros o dudosos de la contienda judicial, facultad que se otorgaba al Juez o Tribunal de segunda instancia que fuera a resolver definitivamente sobre el asunto sometido a su conocimiento.

Pero fue tanto el formalismo de que se rodeó esta facultad por parte de Jueces y Tribunales, que llegaron a hacerse nugatorios los derechos realmente existentes, y sólo el régimen procedimental civil vigente a partir del 1º de julio de 1971 puso término a semejante irregularidad, al consagrar la práctica de la inspección en forma amplia, por decreto oficioso del Juez o mediante solicitud de parte.

Quiso ser tan claro el legislador procesal civil en torno a la oficiosidad del juzgador para el decreto de la inspección judicial, que no