

## REVISTA DE REVISTAS

Derecho procesal .....	771
------------------------	-----

trabajo, por ejemplo, los bailarines, peluqueros o cocineros) es moral. No pueden negar la venta del seguro a una clase determinada por el hecho de que alguno de sus miembros padezcan de una enfermedad. Además, homosexuales y bisexuales no pueden ser identificados como una clase; es imposible demostrar que viven más o menos tiempo que otras personas.

Son muchos los factores que influyen en el precio de un seguro: la gente con sobrepeso, la que fuma o tiene presión alta, son propensas a vivir menos años, pero éstos son factores que pueden modificarse, en cambio la presencia del VIH en la sangre es de por vida.

La parte positiva del examen de detección de anticuerpos la encontramos en la ayuda médica y psicológica que se le ofrece a la persona que resultó ser seropositiva. Hay que pensar que la gente aun antes de tener los resultados experimenta ansiedad, impotencia y miedo.

En los Estados Unidos, leemos en el artículo, como parte del programa de prevención del SIDA existe una campaña para animar a las personas para que voluntariamente acudan a realizarse el examen, pero todavía es grande el número de personas que no acuden por miedo a perder su seguro médico o que lo despidan de su trabajo.

El autor termina afirmando que los seguros no cumplen con la función para la que fueron creados: cuando más se les requiere no funcionan.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

## DERECHO PROCESAL

BERGALLI, Roberto, "Argentina: aspectos de una sentencia y sus repercusiones", *Crítica Jurídica*, Puebla, México, año 4, núm. 7, 1987, pp. 125-138.

Roberto Bergalli, de la Universidad de Barcelona, realiza en este artículo un análisis de la sentencia que pronunció la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires (9 de diciembre de 1985), en relación con los nueve comandantes de las Fuerzas Armadas que integraron las tres primeras juntas militares que usurparon el poder en Argentina entre 1976 y 1983.

El enfoque del autor se centra en dos aspectos principales: el jurídico-penal y el ético-político. El sistema penal, como parcela del universo jurídico, no es y no puede ser nunca neutral.

En el caso de la clase judicial en Argentina el hecho que se subraya es aún más patente, sobre todo por la razón de que toda ella ha estado constituida por jueces *de facto* durante el último periodo de gobierno militar, al haber sido nombrados o promovidos al margen del sistema constitucional o por aquellos que estando legítimamente en sus cargos, desde antes tuvieron que prestar juramento a las Actas Institucionales... (p. 140).

La Constitución argentina no prevé la existencia de un órgano de gobierno para la administración de justicia. Por tanto, nombrar y promover jueces en Argentina sigue siendo una tarea de competencia del Poder Ejecutivo, quien propone los candidatos para que el Senado, como instancia de control parlamentario, los apruebe. El nuevo régimen constitucional, presidido por el presidente Raúl Alfonsín, no optó por la dimisión en bloque de los antiguos jueces; más bien, se confirmó en sus cargos al 85% de los jueces *de facto*. Los resultados de esta medida se percibieron en el corto plazo, cuando estos mismos jueces acogieron el *habeas corpus* interpuesto en favor de civiles y militares vinculados a los proyectos de desestabilización política.

La interrupción del orden constitucional se había producido desde marzo de 1976. Los jueces se encargaron de investigar la desaparición, tortura y muerte de miles de personas a la luz del derecho positivo argentino. El ya famoso punto 30 de la sentencia deja planteado el tema de la "obediencia debida" que permitiría proseguir o iniciar denuncias contra aquellos oficiales superiores que actuaron en la lucha "contra la subversión", y de todos aquellos que tuvieron responsabilidad operativa en las acciones. Por la oscuridad de la sentencia, éste ha sido uno de sus puntos más debatidos hasta la actualidad.

La repercusión de la sentencia en la sociedad argentina ha sido de distinto matiz. Los militares se sintieron tocados directamente por la sentencia, la cual tiene como fundamento el enjuiciamiento del régimen militar que ellos defendieron. La resolución de los jueces no cubre a los oficiales superiores (quienes recibieron penas de distinta graduación) con la justificación de la obediencia debida, pero sí alcanza a los de graduación intermedia o inferior.

La frase de la sentencia que se refiere a "todos aquellos que tuvieron responsabilidad operativa en las acciones", es lo que más se presta a

interpretaciones y admite una doble lectura. En primer lugar, puede entenderse que se refiere a "cualquier militar", sin consideración de grado. Por otra parte, puede entenderse como referida exclusivamente a los oficiales superiores, al tenor de algunos párrafos de la sentencia, como el siguiente: "El Tribunal entiende que corresponde se investigue la responsabilidad de quienes, subordinados a los ex comandantes y desde sus cargos de comando se pusieron en ejecución dichas órdenes."

La tesis del "punto final" esgrimida por el gobierno, con el propósito de restablecer la paz en la sociedad civil y en la estructura militar, aceptó una interpretación restringida de la sentencia. Por otra parte, la tesis de la "guerra revolucionaria", planteada desde largo tiempo por los militares, ha sido reconocida en la sentencia que reseñamos. El corolario de la aceptación de un "país en guerra", ciertamente, permite atenuar o deslindar la responsabilidad de los militares, específicamente en situaciones de violación de los derechos humanos.

El autor critica la sentencia, si bien reconoce que por primera vez en la historia del país se pudo procesar a los que ejercieron arbitrariamente el poder político. El Estado de derecho supone que los ciudadanos y el gobierno deben someterse a las decisiones de los tribunales. Lo importante es que las violaciones a los derechos humanos no queden impunes, cualquiera que fuere el signo del gobierno en turno.

Luis DÍAZ MÜLLER

BEZZI, Osvaldo Máximo, "Hacia la justiciabilidad plena de la administración pública", *Anales*, La Plata, núm. 30, 1987, pp. 29-66.

Organiza el maestro Osvaldo Máximo Bezzi su exposición en cinco apartados. El primero se refiere al principio de legalidad de la administración; el segundo a la teoría de la vinculación negativa de la administración por la ley; el tercero a la doctrina de la vinculación positiva de la administración a la legalidad; el cuarto apartado se refiere al control judicial y su evolución hacia la justiciabilidad de la administración; el quinto hace referencia a la *legitimatio ad causam* en los procesos administrativos.

Dentro del estudio del principio de legalidad, señala el articulista que el derecho administrativo surgido en el hogar de la Revolución francesa constituyó una respuesta a las técnicas del absolutismo, cuyo

principio básico era que la fuente de todo el derecho estaba en la persona subjetiva del rey, en su condición de representante de Dios en la comunidad.

La Revolución revirtió ambas cosas: la fuente del derecho no está, desde entonces, en ninguna instancia supuestamente trascendental a la comunidad, sino en esta misma, en su voluntad general; a la vez, sólo hay una forma legítima de expresión de esta voluntad: la ley general, que ha de determinar todos y cada uno de los actos singulares del poder.

Esta sumisión de la administración pública a las prescripciones del Poder Legislativo se funda principalmente en la técnica constitucional de división de poderes.

Sobre el principio de legalidad, cita el autor el pensamiento del doctor Fiorin, coincidente con el de Merl, en el sentido de que este principio es un caso especial de aplicación del principio de juridicidad y que la ley no es más que una de las fuentes jurídicas, por tanto una juridicidad cualificada.

La Constitución, por ser la misma juridicidad, no es una simple norma sino un contenido pleno de derechos que no es material distinto. Por eso se la identifica como fuente originaria o primaria. La juridicidad que es el contenido de la Constitución, se encuentra sobre la administración pública.

Cita también Osvaldo Máximo Bezzi el pensamiento de Boguera Olmer, quien dice que

El sentido de la legalidad inicialmente individualista, comienza a evolucionar hacia formas sociales cuando el Estado interviene en la vida social para distribuir los bienes con el propósito de que todos los hombres satisfagan sus necesidades mínimas, para corregir desigualdades y defender a los débiles; cuando se trata de alcanzar lo que unos han llamado la libertad real y otros la justicia social.

Analiza el autor dos teorías sobre la vinculación de la administración y la ley: la negativa y la positiva. Sobre la primera, cita a Frederick Julius, a García de Enterría, a Fernández y a Gerhard Anschutz, para señalar que no puede intentarse explicar por el mismo rasero la posición respecto de la ley, de la administración y de los tribunales, recordando que fue Frederick Julius Stahl quien forjó una fórmula para explicar el diferente tipo de vinculación a la ley de uno y otro poder: mientras que los tribunales tienen en la ejecución (o particularización a un caso concreto) de la ley, el objeto exclusivo de su función, la

administración, por el contrario, tiene como función propia realizar los diversos fines públicos materiales, sólo que debe hacerlo dentro de los límites de la ley. . . En síntesis, sobre el punto señalan García de Enterría y Fernández que “El objeto de la actuación administrativa no es, pues, ejecutar la ley, sino servir los fines generales, lo cual ha de hacerse, no obstante, dentro de los límites de la legalidad”.

Siguiendo su exposición, afirma Osvaldo Máximo Bezzi que la actividad administrativa del Estado es análoga a la libre actividad del individuo en la realización de sus finalidades particulares. Encuentra sus límites en el derecho, del mismo modo que los encuentra el particular.

En relación con la doctrina de la vinculación positiva de la administración a la legalidad, el autor cita fundamentalmente a Kelsen y Merkl.

Kelsen, al referirse a la administración como “libre” actividad del Estado y al problema de las “facultades discrecionales”, señala que urge advertir que la administración es función jurídica y consiste en actos jurídicos, aun en aquel sector de su actividad en que se halla en diferencia funcional respecto de la jurisdicción. Por eso ha de rechazar decididamente la tendencia a situar la función administrativa del Estado fuera del ámbito jurídico.

Es imposible una desvinculación absoluta entre la administración y el orden jurídico —como lo prueba la existencia de “leyes” administrativas—, se presenta la relación entre la ley y la jurisdicción de forma distinta que la relación entre la ley y la administración: aquélla aplica la ley, juzga conforme a la ley, se halla sometida a la ley, ésta se desenvuelve libremente dentro de los límites establecidos por las normas jurídicas.

Por su parte, Merkl, el administrativista de la Escuela de Viena, reafirmaría la construcción kelseniana, señalando que no sólo la administración considerada en su conjunto está condicionada por la existencia de un derecho administrativo, sino que también cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto jurídico administrativo que la admita. Su juicio se expresa así: “En su concepción más radical el principio de legalidad de la administración no significa otra cosa sino que toda la administración habrá de realizarse basándose en las leyes.”

Para el imperio del principio de legalidad basta también con la existencia de un solo precepto legal para que la actividad administrativa sea reconocida como legal y atribuida al Estado.

Las respuestas surgidas desde autores y posiciones diversas, consolidan la formación de la doctrina de la vinculación positiva.

Afirma el autor, citando al maestro Benjamín Villegas Basavilbaso, que "ninguna competencia puede existir en el ámbito del derecho administrativo sin una regla de derecho que la regule".

En relación con el control judicial de la administración, destaca el autor las codificaciones modernas de su país (Argentina) que han enriquecido el acervo iuspublicista provincial; como la de la Pampa (Marienhoff), La Rioja (Gordillo); Neuquén (Dromi); Corrientes, Formosa, Mendoza, entre otras, con un ensanchamiento de la legitimación activa, cubriendo la protección amplia de los derechos subjetivos e intereses legítimos y tendiendo a la unidad del proceso administrativo (Formosa)

Con especial referencia estudia el articulista la provincia de Buenos Aires, cuya competencia originaria de la Suprema Corte y la codificación de 1905 fueron modelos seguidos en su hora por la mayoría de las provincias. La legislación de Buenos Aires quedó detenida en el tiempo, en tanto que se produjo en las demás provincias una evolución favorable. La provincia de Buenos Aires inició la regulación del contencioso administrativo con su Constitución de 1854, al establecer que: "Las causas contenciosas de hacienda y las que nacen de contratos entre particulares y el gobierno, serán juzgadas por un tribunal especial, cuyas formas y atribuciones las determinará la ley de la materia."

La ley reglamentaria de la Constitución de 1854 no fue sancionada y como única norma legal se incorporó el artículo 9o., inciso 1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial registrada con el número 166, del año 1857. Por ella se determinaba que el Superior Tribunal Pleno conocerá de todo recurso de apelación que se interpusiere de resoluciones del gobierno en asuntos con particulares.

Señala que al sancionarse la Constitución de 1873, entre las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, incluida en el artículo 156, en la cláusula 3a., se estableció que "Decide las causas contencioso administrativas en única instancia y en juicio pleno, previa denegación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionan por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante la Corte y los demás procedimientos de este juicio". Este texto sufre la enmienda que contempla la acción de retardación por silencio de la administración, en la Constitución de 1889, tal como se encuentra en el artículo 149, cláusula 3a., de la Constitución vigente (sancionada en 1934).

Resalta el autor la acción relevante del Instituto de Derecho Administrativo por la justiciabilidad universal de los actos estatales.

Sobre la *legitimatío ad causam* en los procesos administrativos, cita el autor, entre otros, a González Pérez, que con apoyo en Guasp, sostiene que la *legitimatío ad causam* implica la aptitud de ser parte en un proceso concreto, y que tal aptitud viene determinada por la posición en que se encuentran respecto de la pretensión procesal. Sólo las personas que se encuentran en determinada relación con la pretensión pueden ser partes en el proceso en que la misma se deduce, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal.

Luis M. PONCE DE LEÓN ARMENTA

## DERECHO DEL TRABAJO

DEJARDÍN, Jérôme, "La Asociación Internacional de la Seguridad Social cumple sesenta años de existencia", *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 106, núm. 4, octubre-diciembre de 1987, pp. 535-546.

Estructura el autor su artículo en once apartados, en los cuales resalta la importancia de las instituciones de seguridad social con motivo del 60o. aniversario de la Asociación Internacional de la Seguridad Social.

En el primer apartado muestra el articulista la complementariedad entre la OIT y la AISS; afirma que en ningún momento la Asociación Internacional de la Seguridad Social se propuso competir con la Organización Internacional del Trabajo.

La capacidad de acción de la AISS se ha visto considerablemente incrementada por los esfuerzos que voluntariamente despliegan sus instituciones miembros respecto de determinadas cuestiones: puede contar en todo momento con la colaboración de los empleados de más de 250 instituciones de seguridad social repartidas en 128 países de todos los continentes para actuar en favor del objetivo de la paz permanente basada en la justicia social, que fija la Declaración de Filadelfia.

En el segundo y tercer rubros hace mención de la colaboración internacional y evaluación de actividades de la AISS. Este organismo es un instrumento excepcionalmente útil de colaboración internacional, tanto más cuanto que las instituciones que representa componen un mosaico