

LOCALIDAD: VIEDMA.-

FUERO: ORIGINARIAS.-

INSTANCIA: Unica.-

EXPTE. N° 18858/03.-

SENTENCIA: N° 50.-

ACTOR: LOVELI S.A..-

DEMANDADO: .-

OBJETO: s/Acción de Inconstitucionalidad Leyes 548, art. 68 y N° 3355.-

VOCES: Control de legalidad de los Poderes del Estado: control de constitucionalidad.-

Habilitación casa de ópticas para comercialización de anteojos de todo tipo (protectores, correctores y/o filtrantes).-

FECHA: 31-05-05.-

//MA, 31 de mayo del 2.005.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Víctor H. SODERO NIEVAS, Alberto I. BALLADINI y Roberto H. MATURANA, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: "LOVELI S.A. s/ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD Leyes N° 548, art. 68 y 3355" (Expte. N° 18858/03-STJ-), deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado.-----

-----V O T A C I O N-----

El señor Juez doctor Víctor H. SODERO NIEVAS dijo:-----

-----Que a fs. 113/126 y vta., se presenta Jacobo Enrique Churba, en su carácter de Presidente de LOVELI S.A. con el patrocinio del Dr. Martín Fernando Conde Kletzel, con el objeto de interponer acción declarativa de inconstitucionalidad, en los términos de los artículos 196 y 207 de la Constitución Provincial y 793, 794 y 796, Libro VIII Capítulo II del Código Procesal Civil y Comercial, de las Leyes N° 548, artículo 68 y N° 3355.-----

-----La actora solicita la inconstitucionalidad de las normas citadas, aduciendo que impugna las mismas "por ilegítimas y arbitrarias...por limitar, condicionar y obstaculizar arbitrariamente al suscripto la libre comercialización de los enunciados productos fuera de las casas de ópticas, habilitando exclusiva y únicamente su

comercialización en casas de ópticas habilitadas al efecto”.-----

-----Solicita que, de conformidad a lo dispuesto en las Leyes N° 2541, N° 2743 y N° 2967, se proceda a readecuar la normativa vigente conforme al criterio nacional imperante, con la finalidad de posibilitar el libre expendio de los productos que se interpongan entre el ojo y el campo visual de las personas, en cualquier establecimiento comercial habilitado por la autoridad municipal competente.-----

-----El accionante entiende que dada la escasa posibilidad que poseen estos productos para producir un daño a la salud o a la integridad corporal de las personas, el argumento técnico esbozado en la normativa cuestionada no sería procedente. Asimismo, considera una palmaria desproporción entre el supuesto objetivo perseguido por el poder de policía provincial y la limitación legislativa a la que se llega.-----

-----Manifiesta que la citada normativa colisiona con la desregulación económica y el Pacto Federal (Leyes Provinciales N° 2541, N° 2743) con la Ley N° 2963 y con el artículo 86 y cc. de la Constitución Provincial.-----

-----Expone que los productos comercializados por dicha firma, no tienen fin terapéutico. Al respecto agrega que la única finalidad de su comercialización estriba en proteger los ojos y la vista de quienes practican determinados deportes, contra la eventual agresión externa de la naturaleza, o bien de los simples transeúntes que pretenden protegerse de diversas inclemencias climáticas.-----

-----Para concluir, abunda en antecedentes sobre el origen y comercialización internacional de los citados productos, sobre las condiciones de importación y el tratamiento que se le ha conferido a estos productos, en la Nación y en las provincias de Buenos Aires y Neuquén.-----

-----A fs. 144, se presenta el Dr. Eduardo Manuel Martirena, en representación de la Fiscalía de Estado de la Provincia y contesta la demanda. En primer lugar, plantea la incompetencia del STJ., en los términos del artículo 794 del CPCyC. por considerar que transcurrieron los plazos procesales para impugnar -por esta vía- las normas cuestionadas. Asimismo cita los antecedentes administrativos y judiciales que dan constancia de la supuesta afectación concreta de sus derechos por las normativas atacadas, desde el año 1997.-----

-----En cuanto a la procedencia substancial de la acción, entiende que no existe colisión entre la desregulación económica y el poder de policía de la Provincia en materia de salud pública. Al respecto, sostiene que la Ley N° 2541, de modo expreso, hizo la reserva de que tal desregulación económica lo era sin perjuicio de las normas de policía provinciales y/o municipales referidas a salubridad, seguridad e higiene. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, en este sentido.-----

-----Destaca que el período de desregulación o abandono de la actividad estatal, tras denotar sus consecuencias perniciosas, tiene un repliegue público y notorio, por lo que resulta aplicable la doctrina que sentara la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en “ASOCIACIÓN BANCARIA”, sentencia del 6-10-00, al decir: “...el actual proceso de desregulación o repliegue de la actividad estatal, no debe llevar al error de olvidar que el Estado continúa teniendo a su cargo el cumplimiento de ciertas misiones básicas...”-----

-----Concluye que resulta ajustado a derecho el ejercicio del Poder de Policía por parte de la Provincia en materia sanitaria y la prohibición, en uso de tal competencia, del expendio en locales y por personas no habilitadas especialmente, de los productos involucrados en la presente causa.-----

-----A fs. 268/270, obra Resolución N° 102/95 del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos de Buenos Aires, por la que se autoriza expresamente en los establecimientos comerciales que no sean ópticas el expendio de anteojos y otros elementos de óptica, tales como anteojos para sol, anteojos pregraduados para la presbicia, lupas, protectores visuales, cámaras fotográficas y todo otro elemento que se interponga en el campo visual, excepto aquéllos recetados con fines terapéuticos. En las fojas anteriores obran los antecedentes de dicha resolución.-----

-----A fs. 274, se agrega copia de la Resolución N° 5569/96 del Presidente del Consejo de Salud Pública de la Provincia de Río Negro, por la que se designa al Colegio de Farmacéuticos de Río Negro y subdelegaciones para fiscalizar la actividad farmacéutica y de óptica en los respectivos establecimientos.-----

-----A fs. 277 obra copia de la Resolución N° 1146/97, por la que se declara la plena vigencia de los artículos 66 a 73 de la Ley Provincial N° 548 y su Decreto Reglamentario en lo referente al ejercicio de la óptica técnica en el territorio de la

Provincia de Río Negro, y se dispone que el despacho de anteojos de todo tipo y todo otro elemento que se interponga en el campo de la visual con fines terapéuticos solo podrá tener lugar en casas de ópticas previamente habilitadas.- - - - -

-----A fs. 284, luce incorporado el informe del Ministerio de Salud de la Nación. De allí surge que la comercialización de anteojos de todo tipo, se encuentra establecida en el artículo 68 de la Ley N° 17.132 sobre normas para el Ejercicio de la Medicina, Odontología y actividades de colaboración. Dicho artículo especifica claramente que: “El despacho al público de anteojos de todo tipo (protectores, correctores y/o filtrantes) y todo otro elemento que tenga por fin, interponerse en el campo visual para corregir sus vicios; solo podrá tener lugar en las casas de óptica, previamente habilitadas”.- - - - -

-----A fs. 312/313, se agrega informe de la Dirección de Tecnología Médica del ANMAT., en el que se afirma que no existe una normativa específica para los lentes pregraduados para corrección de la presbicia simple. Asimismo se destaca que esos productos son considerados “productos médicos”, definidos por el Reglamento Técnico Mercosur de Registro de Productos Médicos aprobado por Resolución GMC/MERCOSUR N° 40/2000 e incorporado al ordenamiento jurídico nacional, por Disposición ANMAT. N° 2318/02 (T.O. 2004, B.O. del 15-03-2004) como: ”producto para la salud tal como equipamiento, aparato, material, artículo o sistema de uso o aplicación médica, odontológica o laboratorial, destinada a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o anticoncepción y que no utiliza medio farmacológico, inmunológico o metabólico para realizar su función principal en seres humanos, pudiendo entretanto ser auxiliado en su función, por tales medios”.- - - - -

-----En cuanto al poder de policía dice tal informe, que el mismo es ejercido en forma concurrente por la Nación y las Provincias.-

-----A fs. 337/354, obra respuesta de oficio, del Consejo Argentino de Oftalmología, respecto a la normativa aplicable a la comercialización de productos nacionales e importados de óptica, comprendiendo anteojos para sol y a los pregraduados. En lo pertinente informan que en la Capital Federal se encuentra vigente la Ley N° 17.132 del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración de la mismas, cuyo texto es idéntico al de la Ley N° 548 de la Provincia de Río Negro.- - - - -

-----Destaca que el artículo 42 de la Ley N° 17.132 señala que se consideran actividades de colaboración de la medicina y odontología las que ejercen: entre otros los ópticos técnicos y que el artículo 47 de la ley referida dice que quienes ejerzan actividades de colaboración, estarán obligados a ejercer dentro de los límites estrictos de su autorización.- - - - -

-----También destaca lo estipulado para los ópticos en el artículo 68 de la citada ley, en cuanto prescribe que el despacho al público de anteojos de todo tipo (protectores, correctores y/o filtrantes) y todo otro elemento que tenga por fin interponerse en el campo visual para corregir sus vicios sólo podrá tener lugar en las casas de óptica, previamente habilitadas. En tal sentido agrega que, el artículo 69 expresa que los que ejerzan la óptica podrán actuar únicamente por prescripción médica debiendo limitar su actuación a la elaboración y adaptación del medio óptico y salvo lo que exige la adaptación mecánica de lentes de contacto, no podrán realizar acto alguno sobre el órgano de visión del paciente, que implique un examen con fines de diagnóstico, prescripción y/o tratamiento. La Ley Provincial N° 548 contiene idénticas previsiones.-

-----En cuanto a la normativa específica en la Provincia de Río Negro, el Consejo Argentino de Oftalmología resalta que la Ley N° 3355 prohíbe el expendio de estos productos en lugares que no estén específicamente habilitados para ello. Al respecto, el informe dice: “El técnico óptico es la única persona científica y legalmente calificada, para interpretar la prescripción médica y elaborar y expender los medios ópticos correspondientes. Surge también con evidencia la inexistencia de toda otra persona que no sean el médico oftalmólogo y el óptico técnico, para respectivamente examinar, diagnosticar y prescribir lentes o anteojos, e interpretar y expender los medios ópticos. Además de la prohibición expresa a toda otra persona, las normas disponen que los que realizaran las actividades o acciones prohibidas cometen ejercicio ilegal de la medicina, art. 208 del Código Penal. Es evidente también el despropósito, únicamente comercial y carente de todo valor científico y alejado totalmente de la protección de la salud visual que alguien pretenda fabricar, importar y comercializar anteojos pregraduados para las ametropías sin fines terapéuticos, incluyendo la presbicia simple, pues lisa y llanamente se encontraría realizando un delito”.- - - - -

-----El Consejo Argentino de Oftalmología, también sostiene que “la sola pretensión de fabricar y/o importar y comercializar libremente anteojos pregraduados para corregir

ametropías, entre ellas la presbicia, aduciendo que los mismos no tienen fines terapéuticos, es un desatino científico, una violación evidente de la legislación que protege la salud pública visual, y por ende ejercicio ilegal de la medicina en la Capital Federal, en la Provincia de Río Negro y en todas las Provincias Argentinas”.- -

-----Finalmente dicho Consejo en su informe concluye que la petición de LOVELI S.A. es manifiestamente ilegítima.- - - - -

-----A fs. 404/ 406, se agrega dictamen de la Procuradora General Subrogante, Dra. Adriana Cecilia Zaratiegui. Dictamina que corresponde desestimar el planteo de inconstitucionalidad atento a que de la prueba producida, en especial los informes del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, el ANMAT. y del Consejo de Oftalmología, surge que no debe hacerse lugar a la acción impetrada.- - - - -

-----Que a fs. 410/411 a pedido del señor Juez de Primer Voto, previo a resolver, se dispone la interrupción de plazos y requerir al Ministerio de Salud de la Provincia de Río Negro informe sobre todas las normas y medidas que tengan vinculación con la presente acción, que en el ejercicio del Poder de Policía se han adoptado en ésta con referencia a la comercialización de anteojos pregraduados para corregir Ametropías (Presbicia).- - -

-----A fs. 420, luce incorporada la respuesta requerida, informándose que la normativa vigente a la fecha en la materia es la Resolución N° 1146/97, cuyo art. 4* regula las facultades de inspección. Asimismo, se hace saber que en el marco de dicha Resolución y de las Leyes N° 548 y N° 3355 es que se realizan las correspondientes inspecciones, tanto desde el Ministerio, como por parte del Colegio de Farmacéuticos.- - - - -

-----A fs. 415 y 422 se integra el Tribunal con el Dr. Roberto H. MATORANA, atento el fallecimiento del señor Procurador General, Dr. Hugo F. Mántaras.- - - - -

-----Ya pasando a tratar el caso planteado en autos corresponde en primer término, efectuar algunas consideraciones en punto a la acción de inconstitucionalidad utilizada por los actores y el marco de operatividad de la misma.- - - - -

-----Es sabido que todo orden normativo constituye un sistema, dispuesto de modo tal, que unas normas prevalezcan sobre otras, pues parece inevitable que al aumentar las regulaciones de la vida social, algunas de estas normas resulten contrapuestas a otras. Extrapolada esta idea al orden jurídico, ocurre exactamente igual, de forma que resulta necesario establecer, cuál de todos los mandatos legales eventualmente encontrados entre sí debe prevalecer. Se trata pues de establecer una gradación de normas, de acuerdo con un orden jerárquico (cf. Alejandro Boulin, "Los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad", publicación Sup.Act. 18-05-04, Ed. La Ley, 2004).-----

-----Como sostiene Alejandro Ghigliani que "distinguida la diversa jerarquía de las normas jurídicas, es conclusión necesaria que en caso de incompatibilidad ha de prevalecer la "norma constitucional" frente a la "norma ordinaria". En otras palabras: si hay incompatibilidad, "la norma ordinaria" forzosamente es irregular, inconstitucional, y está viciada, por tanto de nulidad absoluta" (Cf. GHIGLIANI, Alejandro, Del "control" jurisdiccional de constitucionalidad, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1952).-----

-----Esta ordenación normativa, estaba expresamente dispuesta por el art. 31 de la Constitución Nacional, la que a su vez por disposición de los constituyentes, resultaba ser la ley de leyes, a las que todas las demás, abstractas y generales o concretas y particularizadas, debían someterse. Luego de la reforma constitucional de 1.994, esta ordenación sufrió una profunda alteración, al incluir -con jerarquía constitucional- las convenciones internacionales señaladas en el art. 75 inc. 22, 2* y 3* parte. Así, se ha dispuesto una escala jerárquica, cuyas consecuencias, explica certeramente Bidart Campos: "...de un modo o de otro presidiendo desde arriba o dando apoyatura desde abajo, la constitución es la normación primera y última de la cual deriva y en la cual se sostiene el orden jurídico como estructura jerárquicamente escalonada. Ello implica diversas consecuencias: a) la constitución es la fuente primaria de validez positiva del orden jurídico; b) la constitución habilita la creación sucesiva y descendente de ese mismo orden en cuanto a la forma y en cuanto al contenido del sistema normativo; c) la constitución obliga a que el orden jurídico sea

congruente y compatible con ella; d) la constitución descalifica e invalida cualquier infracción a ella".

-----Alejandro Boulin lo resume así: el orden jurídico "debe estar" de acuerdo con la constitución y no debe transgredirlo. Si la ruptura de ese ligamen de subordinación se produce, la violación implica una anti-constitucionalidad o inconstitucionalidad (cf. Alejandro Boulin, "Los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad", publicación Sup.Act. 18-05-04, Ed. La Ley, 2004; y cf. BIDART CAMPOS, Germán J., La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional, Buenos Aires, EDIAR, 1988. p. 39).--

-----He aquí perfectamente enmarcada la idea de supremacía de la constitución (Cf. SANTIAGO, Alfonso (h), La Corte Suprema y el control político, Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, ps. 61/62).-----

-----Desde el punto de vista histórico, un Estado de derecho constitucional es una construcción política que comienza a imperar a fines del siglo XVIII en el mundo occidental y que importa que toda la actividad jurídica y material de tal Estado, en especial la de sus propias estructuras, ha de estar regulada y subordinada a los términos de la ley suprema. De tal manera, quedaron superadas las formas feudales en las que el poder era ejercido en función de una concepción privatística asentada en el derecho de propiedad del señor, dentro del cual los derechos de los individuos no existían sino en función de las concesiones efectuadas por aquél y solamente se garantizaban por la palabra del dómine. El concepto de nación indisolublemente ligado al Estado de derecho, constitucional, repele cualquier pretensión de apropiación individual o sectorial del poder; de ahí precisamente la existencia de leyes y principios que consagren derechos y garantías como manera de preservar la esencia del sistema, que no tiene otra finalidad que no sea revitalizar las viejas y siempre actuales nociones de derechos humanos e individuales, bien común, bienestar colectivo y voluntad general (cf. Adolfo A. Rivas, "Acción declarativa de inconstitucionalidad", LA LEY, 2001-E, 1097).-----

-----Continuando con la revisión histórica del control de legalidad de los poderes del Estado, cabe tener presente en lugar preferencial a Hamilton, Madison y Jay, quienes en los "Artículos sobre la Constitución de los EE. UU. plasmados en "El Federalista"" señalaban que "mucho más racional es suponer que los tribunales estaban designados

para ser un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, entre otras cosas, para mantener a ésta en los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes pertenece propia y exclusivamente a los tribunales". Más adelante señalaban, refiriéndose a la perspectiva de los jueces respecto a la Constitución como ley fundamental, que "debe pues pertenecer a éstos el determinar su inteligencia y si ocurriese pues una desavenencia irreconciliable entre las dos, aquélla que tiene la superior obligación y validez, debe ser preferida desde luego: en otras palabras, la constitución debe ser preferida al estatuto; la intención del pueblo a la intención de sus agentes" (cf. HAMILTON, MADISON, JAY, "El Federalista", "Artículos sobre la Constitución de los EE.UU., traducción hecha del texto inglés por J. M. Cantilo", Buenos Aires, Imprenta del Siglo, 1868).- - - - -

-----Sin embargo, Guillermo J. ENDERLE (cf. "Acción de Inconstitucionalidad", LL. 2002-B-911, Ponencia en XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal) sostiene que consolidada hoy tanto la supremacía constitucional y encontrándose las normas convencionales parificadas, el contralor de su jerarquía no es monopolio del órgano jurisdiccional, como componente de la tríada estatal, dado que tanto el propio Poder Ejecutivo a través del veto puede examinar preventivamente la constitucionalidad de un proyecto de ley ya sancionado; como el Poder Legislativo, en forma directa, a través de la exclusión de proyectos de ley o, indirectamente, en los supuestos de infracciones inconstitucionales de determinados funcionarios, por conducto del juicio político, o bien derogando una norma que, con posterioridad a desplegar sus efectos, sea reputada inconstitucional. Dicho control se impone, cuando en las manifestaciones de los poderes del Estado emergen actos -actual o potencialmente- como violatorios a derechos o garantías reconocidos en la Ley Suprema. El sistema de contralor constitucional adoptado por los constituyentes de 1853 continuó los lineamientos de la concepción norteamericana y si bien en esta carta constitucional en ninguna disposición legal nada se dice expresamente al respecto, fue en el primer caso, "Marbury vs. Madison" donde se trazaron las grandes diagonales que posibilitaran el mismo.- - - - -

- -
-----Este "leading case" es importante porque en nuestro sistema judicial la Corte Suprema siguió sus pasos desde los albores de la organización institucional. Enderle ya había delineado en su trabajo "La pretensión meramente declarativa" (Ed. Platense, 1992) las motivaciones históricas a que diera lugar el mismo: luego de la derrota de los federalistas, por parte de T. Jefferson en 1800, el Congreso oficialista bajo la

presidencia de J. Adams, como reacción, aprobó la creación de dieciséis cargos de jueces federales que fueron inmediatamente cubiertos por el presidente. Instalada la nueva composición en el Congreso éste derogó aquella ley de creación de los cargos en la magistratura federal lo que provocó que Williams Marbury, quien aún no había recibido su decreto de nombramiento solicitara a la Suprema Corte que intimara al Secretario de Estado de Jefferson, James Madison a que le otorgara el mismo. Fue entonces John Marshall quien fuera Secretario de Estado de Adams y luego nombrado por este juez de la Suprema Corte quien como ponente de aquel célebre pronunciamiento, fijara las directrices medulares del control de constitucionalidad (cf. Guillermo J. ENDERLE, "Acción de Inconstitucionalidad", LL. 2002-B-911, Ponencia en XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal).- - - - -

-----Enderle analiza el control derivado del llamado sistema concentrado que coexiste con el genérico en diversos estados provinciales y Ciudad de Buenos Aires. Éste es de cuño europeo -más precisamente de inspiración austríaca- y tradicionalmente a cargo de un órgano especializado, integrado o no al Poder Judicial, con diversidad en las decisiones de los tribunales constitucionales (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José J., "Typologie des dispositifs des décisions des cours constitutionnelles" en Revue Belge de Droit Constitutionnel, Bruselas, 1998, p. 333 cit., en Rev. Inv. Dcho. Comp., 1999, p. 82).- - - - -

-----La Provincia de Río Negro cuenta con la particularidad de la acción autónoma de inconstitucionalidad, precisamente la escogida por los accionantes. Este modo de control de constitucionalidad coexiste con el típico contralor constitucional del orden federal, que se enmarca en lo que se denomina contralor difuso por el que cualquier juez posee no sólo la atribución sino el deber de esa declaración tendiente a asegurar el principio de la tutela jurídica efectiva de los particulares. Teniendo como paradigma el sistema de inspiración norteamericana, se erige ese contralor a través de lo que doctrinariamente se han denominado procesos constitucionales los cuales tienen por objeto la tutela -lato sensu- de la norma suprema y constituyéndose de tal modo, en baluarte para la defensa de los principios, derechos y garantías consagrados en ella y en los Tratados Internacionales, que se asimilan en jerarquía por obra del art. 75 inc. 22, llamado "bloque de constitucionalidad", contra actos ilegítimos infractorios de la misma. Consecuentemente y como primer predicado, cualquier juez argentino, por obra del "control desconcentrado" de constitucionalidad se

eleva, dentro de un proceso o causa, como principal operador, valorizando, desde el enclave jurídico-interpretativo, las normas constitucionales y devaluando en el caso concreto y sin consecuencia derogatoria erga omnes aquéllas que se le opongan por incompatibilidad ante la situación jurídica individualizada (cf. Guillermo J.ENDERLE, “Acción de Inconstitucionalidad”, LL. 2002-B-911, Ponencia en XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal).- Es de aclarar también que el control difuso que se proclama no es igual al que se ejerce en los Estados Unidos, donde la concentración de las decisiones en determinadas Cortes e Instancias determina una diferencia notable en la continuidad del sistema originario (ver Bianchi, “Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos”, Ed.Rodolfo De Palma, ps.97, 99, 136, 148 y 159).

-----Recordemos las directivas trazadas por la propia Corte Suprema en orden a dicho contralor al que califica como acto de suma gravedad institucional (Fallos 319:3148 -La Ley, 1997-C, 150-, entre muchos otros), toda vez que los emanados de los demás Poderes del Estado gozan de presunción de legitimidad, en consonancia con el principio de división de funciones (ENDERLE, “Acción de Inconstitucionalidad”, LL. 2002-B-911, Ponencia en XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal).- - - - -

-----En este sentido, ha señalado oportunamente este Tribunal que la separación de los poderes y el recíproco respeto que cada uno de los órganos titulares de éstos debe a los otros, imponen que rija siempre una presunción en favor de la constitucionalidad de la norma cuestionada. Trátase de una presunción "juris tantum", que únicamente cede ante una prueba clara y precisa de la incompatibilidad entre aquélla y la Constitución, Ley Suprema (Cf. Segundo V. Linares Quintana, "Reglas para la interpretación constitucional", Ed. Plus Ultra, p. 136, párr.281; STJRNCO., Aut. Int. N° 14 del 3-7-96 in re "CUELLAR, CARLOS MARCELO s/ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"; STJRNCO., Aut. Int. N° 37 del 29-8-96 "GOMEZ, DANIEL ALBERTO Y OTROS s/ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD").- - - -

-----Asimismo, que “La declaración de la inconstitucionalidad de una ley es acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como última ratio del orden

jurídico” (Fallos 200, 180 y 247, 387, CSJN.), y al ser de suma gravedad la inconstitucionalidad de una ley este Tribunal se muestra celoso en las facultades que le son propias y se impone la mayor medida a fin de no desequilibrar el sistema institucional de los tres poderes -fundado no en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe obstruyendo la función de los otros, sino de que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y un poder encargado de asegurar ese cumplimiento (Cf. Segundo V. Linares Quintana, "Reglas para la interpretación constitucional", Ed. Plus Ultra, p.141, prr.2939; cf. precedentes antes citados "CUELLAR" y "GOMEZ").- - - - -

-----Además, debe ser tenido en cuenta que la Constitución debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de las disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás, evitando que las unas entren en colisión con las otras, de modo de respetar la unidad sistemática de la Ley Fundamental (Cf. Fallos: 167:121; 190:571; 296:432; 300:596; Esnal, Carlos s/Amparo, Corte de Justicia de Salta; SJRNCO., Se. N° 17 del 4-4-97, "PARRA, ROSA Y OTROS s/ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD (LEY 2956/96)"; STJRNCO., Se. N° 18 del 4-4-97, "VALLA, LUIS ELVIO Y OTROS s/ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD (LEY N° 2956)".- - - - -

-----Para el caso en que una norma es razonablemente susceptible de dos interpretaciones distintas, una de las cuales la haría inconstitucional y la otra válida, es deber adoptar la interpretación que deja a salvo su constitucionalidad. Como corolario, si la norma es susceptible de dos interpretaciones, una de las cuales elude el planteamiento de una cuestión constitucional dudosa, en tanto que otra obliga a encararla, este Superior Tribunal debe pronunciarse por la primera de ellas (cf. STJRNCO., Se. N° 20 del 11-4-97, "DEFLORIAN, ROSA CRISTINA Y OTROS s/ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD").- - - - -

-----En dicho precedente también se manifestó que: “La presunta conformidad de las normas jurídicas dictadas por los órganos legisferantes con las normas constitucionales, no debe ceder sino ante una prueba contraria tan clara y precisa como sea posible”. Asimismo se dijo: “No puede suponerse por parte de los titulares de los poderes públicos un propósito

preconcebido de ejecutar actos contrarios a la Alta Carta Provincial y a la Ley Fundamental del país. Es por ello que los Tribunales deben, en principio, presumir su constitucionalidad mientras no se compruebe clara y precisamente lo contrario (Cf. V. Segundo Linares Quintana, Reglas para la Interpretación Constitucional, pág. 140-290, Ed. Plus Ultra)".- - - - -

-----Para decretar la invalidez de una norma deben mediar motivos reales que así lo impongan, una demostración concluyente de su discordancia sustancial con los preceptos de la Constitución que se dicen vulnerados. Se ha dicho que ello no ocurre cuando son insuficientes las alegaciones y probanzas existentes en autos para demostrar palmariamente, merced a un análisis pormenorizado, la colisión de las normas impugnadas con las normas constitucionales referidas (cf. "DEFLORIAN").- - -

-----"La Constitución ha de ser interpretada de modo que sus limitaciones no traben el eficaz y justo desempeño de los poderes atribuidos al Estado, al efecto del cumplimiento de sus fines del modo más beneficioso para la comunidad" (Fallos, 171:87.).- - - -

-----Efectuada la introducción anterior, corresponde expedirse respecto al planteamiento de incompetencia efectuado a fs. 144 por el apoderado de la Fiscalía de Estado, en relación a los términos del artículo 794 del CPCyC., por considerar que transcurrieron los plazos procesales para impugnar -por esta vía-

las normas cuestionadas. Al respecto, y en orden a determinar la competencia de este Superior Tribunal para entender en la presente causa deben observarse las prescripciones de los arts. 794 y 795 del CPCyC.. Si bien la primera de las normas indica que el plazo para interponer la demanda de inconstitucionalidad prevista por el art. 793 del mismo cuerpo legal es de 30 días computados desde que el precepto impugnado afecte concretamente los derechos patrimoniales del actor, analizadas las constancias de autos no se advierte con claridad dicha afectación patrimonial

lo que ameritaría su consideración dentro de las excepciones previstas en el art. 795 del CPCyC., y en aplicación de precedentes de este Alto Cuerpo en punto a considerar que "La finalidad preventiva del art. 795 del CPCyC. a la que alude la norma persigue el exclusivo propósito de asegurar que un precepto

impugnado -ley, decreto, ordenanza, resolución o reglamento- por ser contrario a materia regida por la Carta Magna de la Provincia, la infrinja de un modo efectivo, en su aplicación futura" (cf. STJRNCO., Se. N° 24 del 11-9-96 in re "DIAZ, DOMINGO LUIS s/ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD -LEY 2872-").- - -

-----Sentado lo anterior, es dable señalar que en el caso de autos la referida conformidad de las normas jurídicas con las normas constitucionales, no cede de modo alguno porque no se comprueba clara y precisamente motivos reales que así lo impongan. Tampoco surge una demostración concluyente de su discordancia sustancial con los preceptos de la Constitución que se dicen vulnerados.- - - - -

-----Que en el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -cuya jerarquía constitucional le fue otorgada en el art. 75 inc. 22 del nuevo texto de la Carta Magna- se prevé que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.- - - - -

-----En el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos -también con jerarquía constitucional- se dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.- - - - -

-----En el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (4) -cuya jerarquía constitucional también se reconoce en la Carta Magna- se estableció que entre las medidas que los Estados Parte deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental deberían figurar: el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente (inc. b), la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (inc. c) y, la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (inc. d).- - - - -

-----Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que en el Preámbulo de la reformada Constitución, en particular del art. 41, "ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, por cierto, ha de computarse, con prioridad indiscutible, la preservación de la salud" (conf. Fallos 278-313 [7], considerando 15).- - - - -

-----Los llamados "derechos sociales" establecidos en el art. 14 bis de nuestra Carta Magna y señalados en las Declaraciones y Pactos supra referidos tienen un carácter muy diferente al de las libertades tradicionales. Estos "derechos sociales" -entre los que indudablemente se encuentra el derecho a la salud- no constituyen ya para los individuos un derecho de actuar, sino facultades de reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado - cuando éste hubiera organizado el servicio- (conf. Hauriou, André-Gicquel, Jean y Gélard, Patrice, "Derecho constitucional e instituciones políticas", Ed. Ariel, Barcelona, 1980; en el mismo sentido, Hübner Gallo, Jorge Iván, "Panorama de los derechos humanos", Ed. Universitaria de Buenos Aires, Bs. As., 1977, p. 18; C. Nac. Cont. Adm. Fed. Sala 4º del 02-06-1998).- - - - -

-----Efectuada la introducción anterior, es pertinente realizar una breve mención de la normativa cuestionada en el caso. En primer término, la Ley N° 548 (BOP. N° 583 del 26 de mayo de 1969), cuyo artículo 42 dice, que se consideran actividades de colaboración de la medicina y odontología las que ejercen: entre otros los ópticos técnicos. A su vez el artículo 47 establece que quienes ejerzan actividades de colaboración, estarán obligados a ejercer dentro de los límites estrictos de su autorización.- - -

-----Según el artículo 68 de la citada ley, en lo específico de los ópticos, prescribe que el despacho al público de anteojos de todo tipo (protectores, correctores y/o filtrantes) y todo otro elemento que tenga por fin interponerse en el campo visual para corregir sus vicios sólo podrá tener lugar en las casas de óptica, previamente habilitadas. Y el artículo 69 reza, que los que ejerzan la óptica podrán actuar únicamente por prescripción médica debiendo limitar su actuación a la elaboración y adaptación del medio óptico y salvo lo que exige la adaptación mecánica de lente de contacto, no podrán realizar acto alguno sobre el órgano de visión del paciente, que implique un

examen con fines de diagnóstico, prescripción y/o tratamiento.- - - - -

-----Debo destacar que la Resolución N° 1146/97, por la que se declara la plena vigencia de los artículos 66 a 73 de la Ley Provincial N° 548 y su Decreto Reglamentario en lo referente al ejercicio de la óptica técnica en el territorio de la Provincia de Río Negro, dispone que el despacho de anteojos de todo tipo y todo otro elemento que se interponga en el campo de la visual con fines terapéuticos sólo podrá tener lugar en casas de ópticas previamente habilitadas.- - - - -

-----Por su parte, la Ley N° 3355 (BO. N° 3762 del 9 de marzo del 2000) en el artículo 1* prohíbe en el ámbito de la Provincia de Río Negro, la exhibición y/o expendio al público de medio ópticos, nacionales o importados en comercios de los rubros denominados kioscos, polirubros, autoservicios, supermercados o hipermercados, minimercados, cualquier otro comercio que no reúna las condiciones establecidas en las reglamentaciones pertinentes y la venta ambulante de los mismos.- - - - -

-----Asimismo en su art. 2, define los medios ópticos, considerándolos como aquellos elementos que tengan por fin interponerse en el campo visual para corregir sus vicios, esto es anteojos de todo tipo (protectores, correctores o filtrantes). Esta definición es similar a la contemplada en los arts. 66 y 68 de la Ley N° 548.- - - - -

-----Pese a que la Provincia de Río Negro a través de la Ley N° 2541 (BO. N° 3017 del 23 de noviembre de 1992) dictó una norma similar al Decreto N° 2284/91 del Poder Ejecutivo Nacional -el cual establece la desregulación económica y que se deja sin efecto las restricciones a la oferta de bienes y servicios y toda otra medida o acto que distorsione los precios de mercado, tanto en el comercio interior, exterior del mercado de capitales-, no derogó ni modificó la legislación específica del ámbito provincial. Por lo tanto, debe considerarse vigente lo prescripto en el art. 1 de la Ley N° 3355, en cuanto a la exhibición y/o expendio al público de medios ópticos en el territorio de la Provincia de Río Negro.- - - - -

- - -

-----Asimismo, dable es resaltar que en el artículo 1* de la Ley N° 2541, se establece: “...sin perjuicio de las normas de policía, provinciales y/o municipales sobre salubridad, seguridad e higiene”. Y el art. 6 en cuanto dispone que: ”En todo el ámbito de la Provincia, la aplicación y contralor de las determinaciones contenidas en los artículos 13, 14, 15 y 16, sus conexos y concordantes, del decreto N° 2284/91 y decretos o leyes ampliatorias, modificatorias o aclaratorias dictadas en el orden nacional, serán facultad del Poder Ejecutivo, a través del Consejo Provincial de Salud Pública que dictará las reglamentaciones que fueran menester a efectos de lograr su plena vigencia y adecuación con las políticas de salud previstas en la Constitución Provincial”.- - - - -

-----Debemos recordar que el Poder de Policía conforme las leyes citadas debidamente armonizadas, representan una parte de la función legislativa a los efectos de promover el bienestar general que regula los derechos individuales y colectivos y que es imposible que los legisladores puedan captar todas las circunstancias, momentos y formas que puedan presentarse en el ejercicio. Por ello es inherente a la actividad administrativa concretar en cada acto, cuestión o circunstancia el ejercicio del Poder de Policía en el caso concreto. Y en este punto el Poder Judicial no está en condiciones de invalidar por ilegalidad la normativa cuestionada en el sub-examine.- - - - -

-----El presupuesto básico de la acción de la Administración Pública, es la realización del interés público. Tal cometido puede referir a la adecuada tutela de valores de especial trascendencia social como, por ejemplo, la salud pública, la que justifica especialmente el ejercicio de los poderes de policía.--

-----Es precisamente que en función del ejercicio del poder de policía que la Provincia de Río Negro sancionó la Ley N° 3355 reglamentando la comercialización de productos ópticos, los que al igual que los productos farmacológicos están ligados a la salud de la población, debiendo ser expendidos por personas debidamente autorizadas.- - - - -

-----En similar orden de ideas, Bidart Campos destaca que aun dentro de la tesis amplia recogida por el más Alto Tribunal de la

República, desde muy temprano se encuentra la afirmación de que el poder de policía es competencia primariamente provincial, haciendo hincapié en que son incuestionables las facultades policiales de las provincias para defender el orden, la tranquilidad, la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas, es decir, dentro del concepto restringido. Así, la doctrina de la Corte indica que es incuestionable que el poder de policía corresponde a las provincias y que el estado federal lo ejerce dentro del territorio de ellas sólo cuando le ha sido conferido o es una consecuencia de sus facultades constitucionales, no siendo el que nos ocupa un caso que pueda considerarse dentro de estas facultades, sino que es de exclusiva competencia provincial (Bidart Campos, "Tratado elemental de derecho constitucional", t. 1, ps. 510 y 512 párr. 1).- - - - -

-----"La libertad de comercio está subordinada al poder de policía sanitaria" (Cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 17-04-1990; Sportfila, S. A. y otro c. Estado nacional, LA LEY 1990-C, 399-DJ 1990-2, p.671).- - - - -

-----La fiscalización de la comercialización de los medios ópticos constituye una potestad estatal indelegable, que tiende a evitar que esta actividad derive en eventuales perjuicios para la salud pública. Ello así, pues el Estado posee la facultad de intervenir por vía de reglamentación en el ejercicio de ciertas industrias y actividades para restringirlas o encauzarlas en la medida que lo exijan la defensa y el afianzamiento de la salud, la moral y el orden público.- - - - -

-----En igual sentido, y en alusión a la fiscalización estricta de los productos medicinales se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Cf. CSJN., 23-11-1995, Laboratorios Ricar S. A. c.Estado Nacional Ministerio de Salud y Acción Social, LA LEY 1996-A, 679).- - - - -

-----Al respecto, el Alto Tribunal también ha dicho que: "El poder de policía del Estado es una función esencial que éste debe ejercer para cumplir los objetivos de interés general, máxime en materia sanitaria, toda vez que el resguardo de la salud de los habitantes es una derivación del derecho a la vida" (C.J.A y Otros, 30-06-99, La Ley, 2000-B, 498, La Ley 2000-C-562, La Ley C-2000-528, RCS., 2000-2-74).- - - - -

-----En ese orden de ideas, también debo señalar que, a fs. 239, el Ministerio de Salud y Acción Social de la de la Nación aduce que el Decreto de Desregulación Económica N° 2284/91, ha sido lo suficientemente previsor como para dejar intacto el poder de policía en resguardo de la salud pública.-----

-----El texto de la Ley Nacional N° 17.132 (del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración de las mismas) es idéntico al de la Ley N° 548 de la Provincia de Río Negro, por ello es oportuno citar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re: "Sportfila S. A. y otro c. Estado Nacional", "La exigencia establecida por los arts. 68 y 70 de la ley 17.132 (Adla, XXVII-A, 44) esto es, que las lentes comúnmente denominadas de sol deben ser expedidas por profesionales ópticos, no resulta irrazonable si se tiene en cuenta que ellas son susceptibles de ocasionar daños a la salud. Antes bien, la necesaria intervención de un profesional idóneo tiende a evitar su concreción, lo que legitima el poder de policía sanitaria puesto en ejecución mediante el dictado de la norma impugnada". Asimismo en el citado precedente la Corte sostuvo que "Existe un nexo razonable entre las previsiones de los arts. 68 y 70 de la ley 17.132 (Adla, XXVII-A, 44) y la afectación de la salud pública. No se puede perder de vista la especial jerarquía que cabe asignar a este bien jurídico que se intenta prever, de manera que la extensión del área de defensa de la salud frente a la probabilidad de un riesgo cierto, como lo es las lentes filtrantes con defectos cilíndricos, esféricos y cromáticos, parece razonable" (del voto de los doctores Cavagna Martínez, Barra, Fayt y Nazareno, 03-03-1992, LA LEY 1992-E, 377 - DJ. 1993-1, 254).-----

-----El informe de fs. 337/354 producido por el Consejo Argentino de Oftalmología, destacado en el dictamen efectuado por la Procuración General a fs. 406, es lo suficientemente contundente en cuanto a considerar como desatino científico la sola pretensión de fabricar y/o importar y comercializar libremente anteojos pregraduados para corregir ametropías, entre ellas la presbicia, aduciendo que los mismos no tienen fines terapéuticos -conforme fs. 348-.-----

-----Repárese que, del detallado informe antes citado, es dable concluir que si alguien pretendiera fabricar, importar y comercializar anteojos pregraduados para las ametropías sin fines

terapéuticos sólo persigue un interés netamente comercial y alejado totalmente de la protección de la salud visual.- - - -

-----Asimismo, que el técnico óptico es la única persona científica y legalmente calificada, para interpretar la prescripción médica y elaborar y expender los medios ópticos correspondientes. Surge también con evidencia la inexistencia de toda otra persona que no sean el médico oftalmólogo y el óptico técnico, para respectivamente examinar, diagnosticar y prescribir

lentes o anteojos, e interpretar y expender los medios ópticos.--

-----Los médicos examinan, diagnostican y prescriben o recetan, los ópticos técnicos interpretan las recetas, confeccionan los anteojos y los expenden en establecimientos ópticos habilitados por el organismo que ejerce el poder de policía sanitaria.- - - -

-----Dable es advertir lo que consigna la Dirección de Tecnología Médica del ANMAT., en cuanto a los lentes pregraduados para corrección de la presbicia simple. Al respecto, alude que esos productos son considerados “productos médicos”, definidos por el Reglamento Técnico Mercosur de Registro de Productos Médicos aprobado por Resolución GMC/MERCOSUR N° 40/2000 e incorporado al ordenamiento jurídico nacional, por Disposición ANMAT. N° 2318/02 (T.O. 2004, B.O. del 15-03-2004) como: ”producto para la salud tal como equipamiento, aparato, material, artículo o sistema de uso o aplicación médica, odontológica o laboratorial, destinada a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o anticoncepción y que no utiliza medio farmacológico, inmunológico o metabólico para realizar su función principal en seres humanos, pudiendo entretanto ser auxiliado en su función, por tales medios”.- - - - -

-----Concluyo que en el caso no se demuestra violación de derecho constitucional alguno. Por otro lado, admitir lo contrario en el sub examine atentaría contra el derecho a la salud reconocido por la Constitución Nacional en su art. 42 y la Constitución Provincial en su art. 59.- - - - -

-----Por todo lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar la acción de inconstitucionalidad deducida por LOVELI S.A. a fs. 113/131 de las presentes actuaciones.- Con costas (art.

68 del CPCyC.)- Regular los honorarios profesionales del doctor Martín F. CONDE KLETZEL en la suma de pesos MIL DOSCIENTOS (\$1.200) (30 JUS) y del doctor Eduardo M. MARTIRENA en la suma de pesos MIL SEISCIENTOS (\$1.600) (40 JUS),(arts.6,8 y ccdtes.,L.A.). MI VOTO. El señor Juez doctor Alberto I. BALLADINI dijo:- - - - -

-----ADHIERO a los fundamentos y solución propuesta por el doctor Víctor H. Sodero Nievas en su voto.- - - - -

El señor Juez Subrogante doctor Roberto H. MATURANA dijo:- - - - -

-----También ADHIERO a las consideraciones y resolución dada por el señor Juez de primer voto.- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA
R E S U E L V E:

Primero: Rechazar la acción de inconstitucionalidad deducida por LOVELI S.A. a fs. 113/131 de las presentes actuaciones.- Con costas (art. 68 del CPCyC.)- - - - -
- - - - -

Segundo: Regular los honorarios profesionales del doctor Martín F. CONDE KLETZEL en la suma de pesos MIL DOSCIENTOS (\$1.200) (30 JUS) y del doctor Eduardo M. MARTIRENA en la suma de pesos MIL SEISCIENTOS (\$1.600) (40 JUS), (Arts. 6, 8 y ccdtes., L.A.. Notifíquese al Representante de la Caja Forense y cúmplanse con los aportes previstos en la Ley N° 869.- - - - -

Tercero: Regístrese, notifíquese y oportunamente archívense.- - -

FDO.: VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ- ALBERTO I.BALLADINI JUEZ-
ROBERTO H. MATURANA JUEZ SUBROGANTE- ANTE MI: EZEQUIEL
LOZADA SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.-
PROTOCOLIZACION Tomo II-Se. N° 50-Folios 452/477-Sec. N° 4.-