

LOCALIDAD: VIEDMA.-

FUERO: ORIGINARIAS.-

INSTANCIA: Unica.-

EXPTE. N° 21841/07.-

SENTENCIA: N° 34.-

ACTOR: ANZALDO, Carlos A.-

DEMANDADO: .-

OBJETO: s/Acción de Amparo s/Competencia.-

VOCES: Declara prohibimus.- Hace lugar acción y eclara nulidad de la Res. N° 7300/06-Mrio. de Salud (suspensión preventiva de la matrícula).-

FECHA: 30-03-07.-

///MA, 30 de marzo de 2.007.-

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: "ANZALDO, CARLOS A. s/ACCION DE AMPARO s/COMPETENCIA" (Exppte. N° 21841/07-STJ-), puestas a despacho para resolver, y- - - - - CONSIDERANDO:- - - - -

- - - - - El señor Juez doctor Alberto I. BALLADINI dijo:- - - - -

-----Que llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Superior Tribunal de Justicia, en virtud de la acción presentada a fs. 1/10, por Carlos Alberto Anzaldo, con el patrocinio letrado de los Dres. Oscar R. Pandolfi y Miguel Angel Cardella, solicitando la declaración de nulidad absoluta e insalvable por ilegitimidad de la Resolución N° 7300/06 MS, emitida por la Sra. Ministra de Salud Pública, en fecha 29-12-06, por la cual se suspende preventivamente al nombrado en la matrícula profesional; asimismo peticionan que se haga lugar a la suspensión provisoria de los efectos del acto impugnado hasta tanto recaiga sentencia definitiva en estos autos y oportunamente se declare la nulidad del acto objetado con los efectos y alcances prescriptos en el art. 21 de la Ley N° 2938.- - - - -

-----Que a fs. 26/21, la Jueza del amparo, Dra. Susana Milicich de Videla, Presidente de la Cámara en lo Criminal, Sala A, de la Ia. Circunscripción Judicial, compartiendo el dictamen de la Sra. Fiscal de Cámara declaró su incompetencia, conforme a lo dispuesto en el art. 41, inc. a, punto 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en razón de considerar que se trata de un mandamiento de prohibición, previsto en el art. 45 de la Constitución Provincial.- - - - -

-----A fs. 24/35, la Procuradora General consideró que, si bien tanto la Fiscal de Cámara

como la Magistrado receptora debieron haber realizado un análisis pormenorizado de los recaudos formales para la procedencia, como así también del objeto y de la petición de autos, a fin de no dilatar el curso de la presente acción, efectuando una interpretación amplia y a fin de no aletargar el curso de la acción incoada, expresa que el Superior Tribunal debe asumir la competencia y proceder al rechazo in límine de la misma por improcedencia formal.- - - - -

-----Para así dictaminar, destacó que no hay irregularidad por parte de la Administración que pueda ser tenida como ejecución de actos prohibidos por la Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución, por parte de un funcionario o ente público administrativo como lo requiere el art. 45 de la Constitución Provincial para dar andamiaje a esta excepcional garantía procesal específica.- - - - -

-

-----Agregó que la autoridad de aplicación actuó en cumplimiento de las normas legales que regulan la materia; consecuentemente, señaló, que no hay afectación de derechos de la actora por ejecución de acto prohibido alguno.- - - - -

-----Resaltó que el presentante cuenta con todas las garantías para ejercer las defensas y recursos contemplados en la Ley N° 2938 de Procedimiento Administrativo, por él invocada, lo cual demuestra la existencia de otra vía apta, valladar insalvable para la admisibilidad de esta excepcional garantía procesal específica constitucional.- - - - -

- - - - -

-----En punto a la alegada inconstitucionalidad de la normativa que el accionante manifiesta como vulnerable y además portadora de un perjuicio patrimonial, la señora Procuradora sostuvo que existen vías procesales aptas.- - - - -

-----Pasando a considerar la acción impetrada, en primer término corresponde señalar que de los términos plasmados en el escrito de fs. 1/10 por el presentante, se persigue la no aplicación de la Resolución N° 7300/06 MS, emitida por la Sra. Ministro de Salud de la Provincia de Río Negro, por la cual se suspende al Dr. Carlos Alberto Anzaldo, en su matrícula profesional. Es así que la acción intentada participa de la naturaleza del prohibimus, pues ésta es la vía a elegir contra actos u omisiones en el plano técnico del campo administrativo en la actividad del hombre frente al Estado (conf. "GARRIDO" del 17-7-90 y Se. N° 35/00, "D., M. J. s/AMPARO s/COMPETENCIA"), competencia de este Superior Tribunal, así dispuesto en el art. 41, inc. a, ap. 5° de la Ley Orgánica

del Poder Judicial, Ley N° 2430.- - - - -

-----Pasando a resolver la cuestión traída a juicio se tiene presente que el amparo –en cualquiera de sus modalidades- es un remedio excepcional, urgentísimo, encaminado a superar una lesión insuperable por todo otro medio previsto en la legislación, con un daño para el recurrente de carácter presente o de inminencia innegable.- - - - -

- - - - -

-----Toda esta excepcionalidad propia de los amparos, que la jurisprudencia de este STJ. y de tribunales de todo el país se ha encargado de tipificar de modo claro y preciso, se condice en el presente caso.- - - - -

-----Que el artículo 14 de la Ley N° 3338 (sanc. 30-09-99, prom. el 14-12-99, Decreto N° 29, BOP. N°3740) establece: “El Consejo Provincial de Salud Pública, estará facultado para suspender o inhabilitar preventivamente para el ejercicio de las profesiones de salud o actividades de apoyo a las personas que padezcan enfermedades específicamente invalidantes o potencialmente peligrosas para sus pacientes, así como a aquéllas judicialmente procesadas por delitos contra la honestidad de las personas. La incapacidad o la potencial peligrosidad serán determinadas por una Junta Médica Especial integrada por tres (3) médicos designados por el Consejo Provincial de Salud Pública y uno (1) designado por el interesado, convocada según los términos, modalidades, misiones y funciones establecidos en la reglamentación de la presente ley”.- - - - -

-----Que a fs. 38/39, y como medida para mejor proveer, se ha requerido a la señora Cra. Adriana E. Gutiérrez, Ministro de Salud de la Provincia de Río Negro la remisión de copia certificada de las actuaciones administrativas -Expediente N° 52068/s/2006- llevadas en contra del Dr. Carlos Alberto Anzaldo.-

-----A fs. 43 se dispuso agregar por cuerda las mismas, correspondientes al Expte. N° 52068, Letra S del año 2006, iniciado por la Asesoría legal del Ministerio de Salud de la Provincia de Río Negro en 156 fojas.- - - - -

-----Luego de una atenta lectura se advierte que el Poder Administrador se ha excedido en el ejercicio que legalmente le corresponde, y a continuación se explica tal circunstancia.- - -

-----Que el procedimiento llevado a cabo contra el aquí amparado ha padecido deficiencias en orden a la determinación de incapacidad o peligrosidad que debía efectuar la Junta Médica Especial, oportunidad en la que pudiera haber hecho valer su derecho de defensa; así como ofrecer la participación de un profesional designado por el mismo. Es decir, no medió convocatoria según los términos, modalidades, misiones y funciones establecidos en la reglamentación.- - - - -

-----Esta circunstancia generó una indefensión para con el amparista que no puede ser convalidada judicialmente.- - - - -

-----Este Cuerpo ha expresado que “Para admitir las nulidades procesales deben existir vicios que afecten a los sujetos o elementos del proceso, es decir, violaciones a las formas ordenadas para regular el procedimiento. Por tanto, y desde que el sistema de nulidades de la ley procesal tiende a garantizar el derecho de defensa en juicio, evitando que por actos viciados se provoque un estado de indefensión, las nulidades procesales tienen carácter relativo” (CNCiv., Sala A, “Banco de Santa Fe c/CR. S. A.” del 02-10-98; L.L. 1999-A-105; STJRNSC.: Se. 72 del 26-11-02, “MUNICIPALIDAD DE EL BOLSON c/M., J. y M., D. s/EJECUCION FISCAL s/INCIDENTE DE EJECUCION DE HONORARIOS s/INCIDENTE DE NULIDAD s/CASACION”, Expte. N° 17107/02-STJ).- --

-----También se ha señalado que la omisión de dar aquella adecuada participación sin duda constituye un hecho anómalo, cuya magnitud debe ser valorada inexcusablemente en sus consecuencias cuando se presenta un vicio que atenta contra el principio rector del debido proceso. Si bien, en principio, en materia procesal las nulidades pueden ser convalidadas en tanto no se alegue o se acredite la existencia del perjuicio y/o la afectación del debido proceso -en este caso por violación del principio de defensa como negación implícita de las garantías constitucionales que lo consagran-, el vicio procesal del que aquí se trata, precisamente por tener entidad suficiente para violar ese principio constitucional, no puede ser disimulado ni convalidado, y en consecuencia la medida adoptada contra el accionante debe ser declarada nula (cf. STJRNSC.: Se. N° 47 del 16-5-05, “C., M. c/AUQUEN SAFICIA s/EMBARGO PREVENTIVO s/RECONSTRUCCION s/CASACION”, Expte. N° 19366/04-STJ).- - - - -

-----Que en el caso de autos se han excedido los límites del ejercicio del Poder de la

Administración, y la decisión importó una actuación ilógica, incongruente con la normativa procesal que debe ser aplicada al caso.- - - - -

-----Sin perjuicio de ello, y ya respecto a la petición subsidiaria de inconstitucionalidad del art. 14 de la Ley N° 3388 que faculta al Consejo Provincial de Salud Pública para determinar la suspensión y/o inhabilitación de la matrícula a los profesionales médicos, cabe una vez más reiterar que: "La declaración de inconstitucionalidad de una ley, es un acto de suma gravedad, y debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico (CSJN., Fallos 300:241 y sus reiteradas citas). Ya se ha expresado que debe ser encarada de modo restrictivo, atento su gravedad y delicadeza, no mediando en autos la clara e indubitable demostración de que las normas impugnadas se oponen a la Constitución. La declaración de inconstitucionalidad es el último remedio o instancia constitucional" (cf. "González Vitale", Se. N° 76/98; "Aerolíneas Argentinas S.A.", Se. N° 70/00, entre otros).- - - - -

-----Cabe agregar que en autos estamos en presencia del estrechísimo margen procesal que implica una garantía procesal específica de la Constitución Provincial, y que en dicho reducido marco procesal no se garantiza en plenitud la participación de la Provincia para que ésta ejerza el derecho de defensa correspondiente.- - - - -
- - - - -

-----Este Tribunal ha sostenido oportunamente y en reiteradas ocasiones, que debe respetarse el principio de agotamiento de una etapa de mayor amplitud de debate y prueba, ajena al ámbito procesal de esta naturaleza. Si es requerido el examen de la constitucionalidad de una norma, es menester que quien la dictó tenga la oportunidad, también constitucionalmente garantizada, de ser atendido en lo atinente a sus argumentos dirigidos a la defensa del ajuste constitucional del precepto que dicte. Para ello existen otras vías procesales que resultan idóneas para la defensa de derechos que se estimen afectados -art. 793, CPCC.- (STJRNCO., "Bosco, Claudia Mariela s/Amparo s/Apelación", Se. 7 del 30-5-96). - - - - -

-----Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente a la acción intentada, declarando la nulidad de la Resolución N° 7300/06 MS, emitida por la Sra. Ministra de Salud Pública, en fecha 29-12-06, por la cual se suspende preventivamente

al actor en la matrícula profesional; en razón de los vicios procedimentales aludidos previamente. Con costas (art. 68 del CPCyC).- MI VOTO.- - - - -

El señor Juez doctor Luis LUTZ dijo:- - - - -

-----1.- Introducción.- Viene la presente causa a mi voto, según el llamado al Acuerdo de fs. 36 con fecha 13-2-2007, luego interrumpido a fs. 39 a fin de sustanciar una “medida para mejor proveer” que peticionase el señor Juez de primer voto Dr. Alberto I. BALLADINI y reanudado a fs. 44 el 2-3-2007.- - - - -

-----Obra a fs. 24/35 el dictamen de la señora Procuradora General.- - - - -
- - - - -

-----2.- Antecedentes.- El médico Carlos Alberto ANZALDO, con domicilio real en Avda. Roca 176, P.A. Cinco Saltos interpone el 5-2-2007 ante la “juez de amparo” y Magistrada de la Cámara del Crimen de Viedma Dra. Susana MILICICH DE VIDELA, una acción del art. 43 de la C.N. e ídem de la C.P., incluyendo una medida cautelar, contra la Resolución N° 7300/2006 del CONSEJO PROVINCIAL DE SALUD PUBLICA, suscripta por la Sra. Ministro de Salud de la Provincia en funciones de Presidente y “ad referéndum” de ese organismo (ver fs. 11/13).- - - - -

-----Previo dictamen de la Fiscal de Cámara a fs. 18/19, la “juez de amparo” a fs. 20/21 declara su incompetencia por entender que dicha acción que se intenta reviste la naturaleza del “prohibimus” del art. 45 de la C.P., que se notificó no al amparista, sino a su letrado patrocinante a fs. 21 vta. con fecha 6-2-2007.- - - - -
- - - - -

-----Llamado “autos al Acuerdo”, el distinguido colega Dr. BALLADINI solicitó en carácter de “medida para mejor proveer” a fs. 38 se requiera a la Sra. Ministro de Salud de la Provincia “...remita copia certificada de las actuaciones administrativas - Expediente N° 52068-S-2006 ...”.- - - - -

-----Así se ordenó, por lo que se cursó a fs. 41 el Oficio N° 92/07-Sec. N° 4-STJ-suscripto por el Sr. Presidente, Dr. Víctor Hugo SODERO NIEVAS, dirigido a la mencionada Sra Ministro, el que recibido en la Mesa de Entradas del MINISTERIO DE SALUD DE LA PROVINCIA el 22-2-2007, fue contestado con envío de tal copia certificada proveniente de sede administrativa y que está acollarada a la causa, mediante Nota N° 350/07 firmada por el Director General de Asuntos Jurídicos del citado Ministerio, Dr. J. Mariano GESTOSO, a quien aparte de las cuestiones formales y de fondo en sustanciación, se deberá advertir que incurrió en falta de decoro para con el

S.T.J. al responder desde su jerarquía inferior una comunicación jurisdiccional suscripta por quien es titular de un Poder del Estado dirigida a quien a su vez es titular del Ministerio.- - - - -

-----Surge del Expte N° 52068-S-2006: a) La Resolución N° 7300/2006 C.P.S.P. se dictó el 29-12-2006 (ver fs. 146/148).- b) El amparista constituyó domicilio en sede administrativa en la presentación del 20-10-2006 ante la FISCALIA DE ESTADO.- c) La notificación del decisorio que se pretende poner en crisis se efectuó a fs. 149/151 al propio amparista el 30-1-2007 y a sus letrados el 6-2-2007.- También a fs. 152 por carta documento a su domicilio real.- Y d) El Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio certifica a fs. 156 de las notificaciones y "... la falta de interposición de recurso alguno atacando la misma.-" - - - - -

-----3.- Las cuestiones propuestas por el ponente.- El Dr. BALLADINI identifica dos cuestiones a resolver: A) La naturaleza de la acción impetrada a los fines de determinar la competencia.- B) El objeto de la acción en orden a decidir sobre la pretensión del amparista ("...se declare la nulidad del acto objetado, con los efectos y alcances prescriptos en el art. 21 de la Ley 2938 ...".- Con "...planteo subsidiario de inconstitucionalidad del art. 14 Ley 3338 ...".- A mi criterio, ha de agregarse una tercera: C) La petición de una medida cautelar ("...se suspendan provisoriamente los efectos del acto impugnado hasta tanto recaiga sentencia definitiva en estos autos.-").- Ver punto VII, apartados 2) y 3), fs. 10 de la causa en sede judicial.- - - - -

-----4.- "Prohibimus".- Coincido con el dictamen de la Sra. Procuradora General y de modo parcial en este aspecto con el Sr. Juez de primer voto en cuanto a que el S.T.J. debe asumir la competencia y resolver en los términos del art. 45 de la C.P. "...teniendo en cuenta que el patrocinante de la acción se ha notificado de la incompetencia y su remisión...", de lo que se infiere la aceptación a que conozcamos y decidamos.- - - - -

-

-----En consecuencia, corresponde decidir que la acción en curso revista la naturaleza de "mandamiento de prohibición" del art. 45 de la C.P. y que el S.T.J. resulta competente en los términos del art. 41, inc. a), apartado 5) de la Ley N° 2430 (Ley Orgánica del Poder Judicial).- - - - -

-----5.- El previo informe del art. 43 de la C.P.- La Constitución Provincial en el art. 43 expresa que las acciones de amparo en sus diversas modalidades "...se resuelven por el juez previo informe requerido a la autoridad o particular que suprimió, restringió o amenazó libertades ...".- - - - -

-----En lo hasta aquí actuado, no se ha observado ese requisito esencial para resolver, ya que la “medida para mejor proveer” que se ordenó, no reviste el carácter del que está investida la norma constitucional referida, pues pedir un expediente administrativo no es lo mismo que requerir un informe que a través de un acto necesario, ineludible, se asegure el derecho de defensa por medio de una “bilateralidad restringida”, más aún teniendo en cuenta que el principal destinatario de las acciones de los arts. 44 y 45 de la C.P. suele ser el Estado y sus dependencias, para el caso, el CONSEJO PROVINCIAL DE SALUD PUBLICA, a lo que agrego la tradicional postura del suscripto en el sentido de que cuando tales acciones de los arts. 43 a 45 de la C.P., e inclusive del art. 43 de la C.N. se direccionan contra organismos del Estado provincial, corresponde que el informe le sea requerido simultáneamente al Sr. Gobernador de la Provincia y anoticiar al Sr. Fiscal de Estado.- - - - -

-----Según consta en autos, no se ha pedido informe del art. 43 de la C.P. ni al CONSEJO PROVINCIAL DE SALUD PUBLICA, ni a la Sra. Ministro de Salud, ni al Sr. Gobernador de la Provincia, ni se ha anoticiado al Sr. Fiscal de Estado, por lo que la presente causa no está en aptitud de resolverse de la manera que propone el distinguido colega Dr. BALLADINI.- Resulta apresurado, es extemporáneo.- Hasta allí llega mi coincidencia tan solo parcial con el ponente, o sea a lo descripto en el último párrafo del punto anterior de mi voto, –SEGÚN REITERO Y EXCLUSIVAMENTE- decidir que la acción en curso reviste la naturaleza de “mandamiento de prohibición” del art. 45 de la C.P. y que el S.T.J. resulta competente en los términos del art. 41, inc. a), apartado 5) de la Ley 2430 (Ley Orgánica del Poder Judicial).- --

-----6.- La “bilateralidad restringida”.- He sostenido recurrentemente que le asigno al informe del art. 43 de la C.P. la condición de garantizar una “bilateralidad restringida” en función de asegurar el derecho de defensa.- - - - -

-----No comparto parcialmente y discrepo con la ponencia del Sr. Juez de primer voto en orden a ingresar en la resolución del fondo del asunto (Punto 7, apartado 3 de fs. 10), sin dar cumplimiento al requerimiento del informe previo de quien resulta ser el requerido, sea el CONSEJO PROVINCIAL DE SALUD PUBLICA, la Sra. Ministro de Salud o el Sr. Gobernador de la Provincia, en suma, el Estado provincial.- - - - -

- - - - -

-----“La acción de amparo - aún estructurada sobre la base de un proceso sumarísimo - no ha desatendido en modo alguno su bilateralidad ni contradicción. Repárese que la Constitución, tanto Local como Nacional, le ha conferido tales caracteres al informe

circunstancial o previo, y además, el art. 22 de la Constitución Provincial y el art. 18 de la Constitución Nacional consagran el derecho de defensa y está a la par de los demás preceptos constitucionales" (Voto del Dr. Lutz; STJRNCO.: Se. N° 34 del 29-3-06, "S., P. s/ACCION DE AMPARO s/APELACION", Expte. N° 20507/05-STJ-; LUTZ- SODERO NIEVAS- BALLADINI; Sumario: <25577> y relacionados <24559> - <24561> - <23279> - <24563> - <22719> - <23936> - <23901> - <25195>).- En igual sentido, en STJRNCO: Se. N° 116 del 29-12-00, "A., S. s/AMPARO s/APELACION", Expte. N° 15408/00-STJ-, SODERO NIEVAS- BALLADINI- LUTZ; Sumario: <22217>: La acción de amparo ha nacido para resolver conflictos necesitados de solución urgente, y es la vía adecuada para ello, y eventualmente puede operarse en ella con medidas autosatisfactivas a fin de examinar el fondo de la cuestión para decidir si es merecedora de tutela urgente. Pero siempre debe asegurarse la bilateralidad previa y un régimen recursivo suficiente para lograr el equilibrio entre los derechos constitucionales en pugna: derecho a una tutela jurisdiccional temprana y oportuna versus garantía del debido proceso (Cf. A. Boulin, Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2000, p. 380 y ss.).-----

-----7.- La medida cautelar.- Si bien el abordaje procesal de la medida cautelar del apartado 2) del Punto 7) de fs. 10 no viene propuesto por el distinguido ponente Dr. BALLADINI, he de ingresar en la consideración por el estadio en que se encuentra la causa en trámite, siendo de opinión que aun dentro de la informalidad y la urgencia de la acción en curso, el amparista debió: A) Adoptar los recaudos para sustanciar esa solicitud conforme los arts. 175, 177, 178 y cc. del C.P.C.C.- B) Ofrecer contracautela, en atención a que la actividad en la que fue suspendido corresponde al ámbito del ejercicio liberal de una profesión.- C) Abonar más acabadamente esa pretensión contra el acto administrativo, con argumentos muy sólidos, excepcionales, contundentes, tanto fácticos como jurídicos, ya que los esgrimidos son de por sí escasos, agregándose que se trata de suspender "... provisoriamente los efectos del acto impugnado ...", que es un pronunciamiento de la Administración cuya legitimidad y legalidad se presumen, además de la reiterada doctrina legal del S.T.J. al respecto.- Ver STJRNCO.: Aut.Int. N° 16 del 4-3-04, "G. J., H. y Otros s/PROHIBIMUS", Expte. N° 19110/04-STJ-; BALLADINI- LUTZ- SODERO NIEVAS: Los actos de la autoridad pública se presumen legítimos y así está alineada la reiterada jurisprudencia del S.T.J.. Por ello, ante la falta de contundencia argumental de la petición de la medida cautelar entiendo que no hay mérito para dar curso a la misma atento que no se traen probanzas objetivas

y terminantes, no se abona con sólidos fundamentos ni argumentos jurídicos y tampoco se ofrece contracautela suficiente. Además, hay semejanza con la pretensión de fondo, y si se la receptase en la práctica puede comportar un anticipo indebido de jurisdicción. (Mayoría de los Dres. Lutz y Sodero Nievas, Sumario: <24093> y relacionados <22714> - <23315> - <23902> - <23316> - <23317> - <23318> - <20786> - <23832> - <23677> - <23678> - <20493> - <22004> - <20495> - <23833> - <22023> - <00643> - <23324> - <22085> - <22086> - <22419> - <23919>).- Idem: STJRNCO.: Se. N° 57 24-11-04, "PROVINCIA DE RIO NEGRO s/QUEJA EN: 'C. M., O. s/ACCION DE AMPARO'", Expte. N° 19810/04-STJ), LUTZ- BALLADINI- SODERO NIEVAS Sumario: <24297> La medida impugnada por la queja está referida al otorgamiento de una medida cautelar genérica del art. 232 del C.P.C.Cm.. contra actos de la Administración Pública que gozan de presunción de legitimidad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en "PUSTELNIK" dijo que, como principio general, para que un acto administrativo no sea presumido como legítimo, debe estar viciado con una invalidez evidente y manifiesta, un vicio grave. La presunción de legitimidad existe en tanto y en cuanto el referido acto no es manifiesta, ni evidentemente inválido. El S.T.J. tiene precedentes en cuanto a la necesidad de acreditar la inexistencia de otras vías para abrir la sustanciación de una acción de amparo, remitiéndome a nuestros fallos recientes en "ZOTTA" Se. 4/04 y "TSCHERIG" Se. 6/04 , que a su vez refieren a otros anteriores en similar alineamiento (Voto del Dr. Lutz; Sumarios relacionados: <22829> - <22830> - <22831> - <22832> - <22833> - <22834> - <22255> - <23971> - <23973> - <22250> - <22251>).- Sumario: <24298> Los actos administrativos están sujetos a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, el cual se traduce en prerrogativas especiales de la Administración Pública, como por ejemplo la presunción de legitimidad de sus actos y la posibilidad de ejecutarlos por sí misma o extinguirlos por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, ante el cambio de circunstancias de hecho operadas con posterioridad a la emisión del acto que se revoca. En principio, la acción de amparo no es apta para enervar la resolución de autoridad competente dictada en ejercicio de sus facultades legales, razón por la cual es inadmisibles si la intervención judicial impide o perturba las facultades privativas de otros Poderes del Estado (ver LA LEY, 1997-E, pág. 835 – 96203; Voto del Dr. Lutz <22829> - <22830> - <22831> - <22832> - <22833> - <22834> - <22255> - <23971> - <23973> - <22250> - <22251>).- -----
-----Hay liviandad en la solicitud de la cautelar, más aún si se tiene en cuenta que

mientras el amparista al dar sustento a sus derechos invoca la Ley N° 2938, no controvierte con ajuste a derecho la certificación de fs. 156 “in fine” del Expte N° 52068-S-2006.- -----

-----8.- Conclusiones.- Mis conclusiones son: A) El pronunciamiento del Acuerdo tiene que limitarse a la determinación de la naturaleza de la acción (“prohibimus”, consentido por el amparista) y declarar la competencia del Tribunal.- Hasta allí mi coincidencia parcial con el Sr. Juez de primer voto.- B) Se ha omitido en la tramitación el requisito sustancial, ineludible, del “... previo informe ...” del art. 43 de la C.P. al requerido autor del acto administrativo que se impugna por vía tan excepcional y urgente.- Dicho requerimiento debe cursarse al CONSEJO PROVINCIAL DE SALUD PUBLICA, o a la Sra. Ministro de Salud, y al Sr. Gobernador de la Provincia, con anoticiamiento del Sr. Fiscal de Estado (arts. 43 a 45, 139, 190 y cc. de la C.P.).- C) La petición de la medida cautelar es liviana, insuficiente, no está acabadamente abonada y omite tener en cuenta la doctrina legal del S.T.J. al respecto (art. 43 “in fine de la Ley N° 2430 –Ley Orgánica del Poder Judicial-).- - - -

-----9.- Propuesta al Acuerdo.- Por lo expuesto, propongo al Acuerdo: 1°) DECLARAR que la acción de fs. 1/10 reviste la naturaleza de “mandamiento de prohibición” del art. 45 de la C.P., con la consecuente competencia del Tribunal (art. 41, inc. a, apartado 5 de la Ley N° 2430 -Ley Orgánica del Poder Judicial-).- 2°) DAR EL TRAMITE del art. 43 de la C.P. a la presentación de fs. 1/10, requiriendo el previo informe en el plazo de cuarenta y ocho horas al CONSEJO PROVINCIAL DE SALUD PUBLICA y al Sr. Gobernador de la Provincia, con anoticiamiento del Sr. Fiscal de Estado.- Adjuntar copia de fs 1/10.- 3°) RECHAZAR por insuficientemente fundada la medida cautelar inserta en ese escrito inicial.- 4°) HACER SABER a la Sra. Ministro de Salud de la situación a que se alude en el cuarto párrafo del Punto 2.- "Antecedentes" del segundo voto, a efectos de que se ponga en conocimiento del Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio a su cargo, Dr. J. Mariano GESTOSO.- 5°) De forma.- ASI VOTO.- ----- El señor Juez doctor Víctor H. SODERO NIEVAS dijo:- -----

-----En primer término coincido en que el objeto perseguido en la demanda de autos (escrito de fs. 1/10), en el que se procura la no aplicación de la Resolución N° 7300/06 MS, emitida por la Sra. Ministro de Salud de la Provincia de Río Negro -importando la suspensión del Dr. Carlos Alberto Anzaldo, en su matrícula profesional- lleva a interpretar que en el caso de autos estamos en presencia del prohibimus (conf.

“GARRIDO” del 17-7-90 y Se. N° 35/00, “D., M. J. s/AMPARO s/COMPETENCIA”), competencia de este Superior Tribunal, así dispuesto en el art. 41, inc. a, ap. 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley N° 2430.- - - - -

-----Que en segundo lugar, y ya pasando a tratar la disidencia planteada, tengo presente lo expresado por Hernán V. GULLCO (Derecho Penal y Procesal Penal, Juris. Anotada, p.84 y ss., Agosto de 2004, Lexis Nexis) en el que señala que cuando el organismo que aplica una sanción no es un tribunal de justicia sus decisiones requieren, al menos, de una instancia judicial de revisión para que los procedimientos llevados ante dicho órgano sean compatibles con las garantías previstas en los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana; revisión que es imperativa respecto de la cuestión de si dicho cuerpo ha respetado el derecho al debido proceso. GULLCO examina la cuestión de si la posibilidad de contar con una instancia de revisión judicial (por ejemplo, el recurso extraordinario federal) es suficiente para satisfacer los requisitos impuestos por la Convención Americana en materia de debido proceso; si aquellos procedimientos que no son considerados “penales” por el derecho nacional se deben respetar las garantías que el art.8.2. de la Convención Americana prevé para toda persona inculpada de delito. A tal fin aborda la jurisprudencia de los tribunales nacionales y afirma que son cuestionables los criterios manejados por la CSJN. y la Cámara Nacional de Casación Penal en los casos “Butyl S.A.”; en “Organización Coord. Argentina s/Recurso de queja”, del 4-3-1998; “Brando Hnos S.A.”; “Ditter, Raimundo s/Rrecurso de queja”, 16-3-1998 y “Dilon S.R.L., 15-7-1999).- - - - -

-----Menciona los casos tratados por el Tribunal Europeo en los que señaló que una persona tiene el derecho de gozar de todo el catálogo de derechos y garantías a pesar de que la legislación nacional retire la calificación “criminal” al hecho atribuido al imputado y lo clasifique como una “infracción” (caso “Ozturk v. Germany”, 21-2-1984; y “Ezeh & Connors v. Reino Unido”, 9-10-2003).- - - - -

-

-----La pertinencia de esta doctrina para el derecho argentino es evidente, atento a que la misma CSJN. ha expresado en varias oportunidades que la jurisprudencia de ese tribunal era una “guía muy valiosa a los fines de interpretar las normas de la Convención Americana que eran equivalentes a su igual europea” (cf. “Firmenich”, Fallos 310:1476, JA.1989-I-393), voto de la mayoría, considerandos 6 y 8, voto del Juez

Fayt; “Micro Ómnibus Barrancas de Belgrano”, Fallos 313:249, consid. 6 y 7; “Comunidad Homosexual Argentina”, voto del Dr. Fayt, consid. 10; “Ekmekdjian vs. Sofovich”, Fallos 315:1492, JA.1992-IV-199, voto de la mayoría, consid. 21 y 22; “Servini de Cubría s/Amparo”, Fallos 315:1943, voto del Dr. Boggiano, consid. 15, entre otros). Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuya jurisprudencia no debe olvidarse es decisiva para la interpretación que los tribunales nacionales hagan de la Convención Americana, y han aplicado en numerosas ocasiones las doctrinas elaboradas por su equivalente europea (ver entre otros casos, “La Colegiación Obligatoria de los Periodistas”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva, OC.-5/85, del 13-11-1985, serie A Nº5).- - - - -
- - - - -

-----Menciona otros ejemplos jurisprudenciales en los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos tampoco aceptó una distinción tajante entre normas penales y “no penales” y concluye en punto a la aplicación de estos principios a nuestro derecho interno que la decisión final le corresponde exclusivamente a los órganos judiciales, quienes, a tal fin, deben tener en cuenta las características que presenta la sanción concreta impuesta al inculpado, por ejemplo en tal sentido: su gravedad y su ámbito de aplicación, más allá del “nombre” que les haya otorgado el legislador.- - - - -
- - - - -

-----GULLCO nos advierte que no son aceptables las pautas tradicionales utilizadas por la Corte Suprema y la Cámara de Casación Penal para distinguir los procedimientos “penales” de los “no penales” y que corresponde reemplazar dicho criterio por el empleado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana; tratándose éste de un supuesto en que corresponde aplicar la conocida jurisprudencia de la Corte Suprema conforme a la cual no hay obstáculo constitucional alguno en apartarse de los precedentes del alto tribunal siempre y cuando aporten nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por aquél, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (cf. “Cerámica San Lorenzo”, Fallos 307:1094; JA. 1989-III-343, considerando 2 y su cita, entre otros).- - - - -

-----En tercer lugar, y ya en lo referido a las objeciones del segundo votante, considero

que en autos no se ha omitido en la tramitación de esta causa el requisito del informe previo establecido para las garantías procesales específicas de la Constitución Provincial, en tanto a fs. 38/39, y como medida para mejor proveer, se ha requerido a la señora Cra. Adriana E. Gutiérrez, Ministro de Salud de la Provincia de Río Negro la remisión de copia certificada de las actuaciones administrativas -Expediente N° 52068/s/2006- llevadas en contra del Dr. Carlos Alberto Anzaldo. De este modo se han agregado por cuerda a fs. 43 las mismas, correspondientes al Expte. N° 52068, Letra S del año 2006, iniciado por la Asesoría legal del Ministerio de Salud de la Provincia de Río Negro en 156 fojas.- - - - -

-----Es decir, se requirió el envío de las actuaciones para efectuar un acabado control de legalidad del procedimiento llevado a cabo contra el accionante, cuestión aún más amplia que un simple y mero informe.- - - - -

-----Por otra parte, considero que nada debe ser dicho respecto a la cautelar, puesto que no ha sido concedida hasta el presente, y el objeto del presente amparo, con la decisión que en definitiva se dicta, desplaza el mismo siendo innecesario su tratamiento.- -

-----También considero una exorbitancia el hacer saber a la señora Ministro de Salud de la situación a que alude el magistrado de segundo voto, a efectos de que se ponga en conocimiento del Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio a su cargo, Dr J. Mariano GESTOSO su falta de decoro para con el S.T.J. al responder desde su jerarquía inferior una comunicación jurisdiccional suscripta por quien es titular de un Poder del Estado dirigida a quien a su vez es titular del Ministerio. Entiendo que estamos en presencia de la acción prevista en el art. 45 de la Constitución Provincial, que expresa: “Si un funcionario o ente público administrativo ejecutare actos prohibidos por esta Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución, la persona afectada podrá obtener por vía y procedimiento establecidos en el artículo anterior, un mandamiento judicial prohibitivo que se libraré al funcionario o ente público del caso”. El funcionario en cuestión en la presente acción es la Sra. Ministro de Salud, y sólo ella es a quien se destinará la decisión que en definitiva adopte este Tribunal, atento los claros términos de lo dispuesto en el art. 45 de la Constitución Provincial. Por lo demás, la remisión del expediente íntegro N° 52068-S 2006, s/situación del Dr. Anzaldo del Ministerio de Salud, está firmado en lo que decide e interesa por la Ministro de Salud, Res. N°

7300/06, de forma tal que reitero, dicho expediente satisface todos los requisitos, porque es mucho más que el informe del 43, C.P., porque es control de todo lo actuado hasta llegar al acto del 29 de diciembre de 2006, que es la fecha de la suspensión preventiva. Como si esto fuera poco, debe destacarse que en el mandamiento de prohibición la orden va dirigida a un funcionario determinado, es decir, quien causó la lesión constitucional, y lo que el tribunal requiere en concreto es información y prueba sobre lo decidido y en tal inteligencia en este tipo de cuestiones la prueba por excelencia es el propio expediente administrativo. Es más, la Ministro de Salud al resolver ha invocado la facultades otorgadas por la Ley N° 2570, art. 11 inc. a., es decir, como Presidente del Consejo Provincial de Salud Pública, y ad referendum del mismo, con lo cual, conforme la doctrina de este STJ. le ha quitado al acto administrativo los efectos ejecutorios (cf. “Consultora Visor”), porque no se encuentra conformada la voluntad del Estado hasta tanto sea expresamente formulada. Esto es más contundente aún teniendo a la vista la Ley de Ministerios, Ley N° 4002, que en lo atinente a la competencia del Ministro de Salud en su inciso 14 dice expresamente que depende funcionalmente y son fiscalizados en su gestión los siguientes organismos y programas: “-Consejo Provincial de Salud Pública”, texto que se puede leer liminarmente como contradictorio en orden a los postulados del art. 59 de la Constitución Provincial.- - - - -

-----Sin perjuicio de ello, la pretensión de ejecutar una resolución que no expresa ciertamente la voluntad del Estado constituye sin duda un abuso funcional que genera daño potencial al involucrado. Es más, de ser ratificado en los términos en que ha sido dictado, violando lo dispuesto en el propio texto del art. 14 de la Ley N° 3338, dicha convalidación no serviría para purgar el vicio de procedimiento que tiene, que genera una nulidad absoluta (arts. 19 inc. b, y 21 de la Ley de Procedimiento Administrativo). La falta de realización de la junta médica y del ejercicio adecuado de defensa no pueden ser suplidos con posterioridad. Y es más, es una competencia administrativa que a mi entender jamás podría ser reasumida porque la potestad de aplicar inhabilitaciones de carácter preventivo o provisorio corresponde únicamente al Poder Judicial conforme el viejo texto del artículo 285 del C.Pcto. en lo Penal. En esta causa, en sede judicial ya pasó la segunda instancia y los jueces ninguna medida dispusieron al respecto.- - - - -

-----Tengo presente que el amparo –en cualquiera de sus modalidades- es un remedio excepcional, urgentísimo, encaminado a superar una lesión insuperable por todo otro medio previsto en la legislación, con un daño para el recurrente de carácter presente o

de inminencia innegable. Todo ello ha ocurrido en autos y se inscribe dentro de la nueva corriente del derecho Procesal Constitucional, que apunta hacia una tutela más incisiva (ver D.J.-2007-I-131, de Laura CASAS y Marcos ARIAS).- - - - -

-----Ello es así, porque teniendo a la vista el artículo 14 de la Ley N° 3338 (sanc. 30-09-99, prom. el 14-12-99, Decreto N° 29, BOP. N° 3740) y confrontado con las actuaciones agregadas a autos se advierte que el poder Administrador, tal como lo señala el Dr. BALLADINI se ha excedido en el ejercicio que legalmente le corresponde.- - - - -

-----Que hago míos los fundamentos expuestos por el primer votante en punto a que el procedimiento llevado a cabo contra el aquí amparado ha padecido deficiencias en orden a la determinación de incapacidad o peligrosidad que debía efectuar la Junta Médica Especial, oportunidad en la que pudiera haber hecho valer su derecho de defensa; así como ofrecer la participación de un profesional designado por él mismo. Es decir, no medió convocatoria según los términos, modalidades, misiones y funciones establecidos en la reglamentación, generándose una injusta indefensión para con el amparista que no puede ser convalidada judicialmente.- - - - -

-----De allí, la correcta aplicación al caso de lo expresado en "MUNICIPALIDAD DE EL BOLSON c/M., J. y M., D. s/EJECUCION FISCAL s/INCIDENTE DE EJECUCION DE HONORARIOS s/INCIDENTE DE NULIDAD s/CASACION" (STJRNSC.: Se. N° 72 del 26-11-02, Expte. N° 17107/02-STJ-; cf. CNCiv., Sala A, "Banco de Santa Fe c/CR. S.A." del 02-10-98; L.L., 1999-A-105; y cf. STJRNSC.: Se. N° 47 del 16-5-05, "C., M. c/AUQUEN SAFICIA s/EMBARGO PREVENTIVO s/RECONSTRUCCION s/CASACION", Expte. N° 19366/04-STJ-).- - - - -

-----Que estando excedidos en autos los límites del ejercicio del poder de la Administración, el planteo puesto a consideración viene acompañado efectivamente de los extremos indispensables para la procedencia formal de esta excepcional garantía procesal específica intentada, en tanto el accionante indica concretamente el funcionario responsable que ha ejecutado un acto en contra de la ley, acreditando palmaria y fehacientemente que las derivaciones en las condiciones reseñadas configuran un acto que indubitadamente viola el orden jurídico.- - - - -

-----Debe ser tenido presente que este Tribunal, en sentencia Nº 42 del 5 de abril de 2.006, en los autos caratulados: "SARDI, MARIA DEL CARMEN NICOSIA s/ACCIÓN DE AMPARO s/APELACIÓN" (Expte. Nº 20932/06-STJ-), señaló que respecto a los actos dispuestos por la Administración, no existen actos administrativos reglados o discrecionales sino actos administrativos dictados en ejercicio de actividades regladas o discrecionales. Aunque según la doctrina jurisprudencial, el control judicial del acto administrativo está ceñido a su legitimidad y no a su oportunidad, mérito o conveniencia, aún cuando se trata de actos dictados en ejercicio de atribuciones discrecionales, el análisis judicial se efectúa a través del estudio de los elementos reglados (competencia, causa, objeto, forma, procedimiento, motivación, publicidad y finalidad) del acto administrativo. En este sentido, la Administración puede aplicar sanciones cuando la ley la autoriza a ello, sujetas a control judicial suficiente, pues ello permite proscribir la arbitrariedad y la prescindencia de la ley por parte del órgano sancionador. No debe hacerse cumplir una sanción sin que medie declaración judicial con fuerza de ley de la infracción imputada (cf. María Angélica Gelli, en "Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada", Tercera Edición Ampliada y Actualizada, La Ley, ps.904/907; cf. COVIELLO, Pedro J. J., "El control judicial de la Administración Pública en la Rep. Arg.", JUS revista Di Scienze Giuridiche. Estrato. Anno XLVII. Maggio Agosto 2000, p. 218; cf. Cám. Nacional de Apelaciones Cont. Adm. Federal, Sala IV, 13-08-1999, "Prácticos Río de la Plata Caja de Crédito y otros c/Bco. Central de la Rep. Arg.", LL. 1999-F, 463).- - - - -

-----Tanto Soler como Marinehoff, Diez y Gordillo, afirman el insoslayable respeto a la garantía constitucional del art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto exige que toda sanción disciplinaria esté predeterminada en la ley (Apesteguía, "Sumarios Administrativos", Ed. La Roca, 2000, pgs. 51 y 53).- -

-----En el ámbito del ilícito disciplinario administrativo se aplican los siguientes principios –tomados del proceso penal-: in dubio pro reo, de progresividad, de la eventualidad, requisitos y garantías observables para recibir declaración a los imputados y testigos (Apesteguía, ob. cit., pág. 56).- - - - -

-----Como señala Roberto E. LUQUI, la revisibilidad o no revisibilidad judicial de los actos administrativos no depende básicamente del carácter reglado o discrecional de los actos, sino de la existencia o no de derechos subjetivos que habiliten a los agraviados para acudir ante los tribunales de justicia. Los jueces no pueden revisar la

discrecionalidad como tal, lo que es de estricta valoración del mérito. Pero, de la misma manera que los jueces revisan los vicios de forma y de competencia, también pueden hacerlo cuando el acto no cumple con los requisitos esenciales establecidos por la ley para que lo decidido se ajuste a la mecánica contemplada por las leyes, para que la justicia se realice por el derecho, como sistema de legalidad. La cuestión pasa por la existencia o no de un interés protegido por el derecho objetivo y la consecuente pretensión procesal (cf. Roberto E. LUQUI, “Revisión Judicial de la actividad Administrativa”, Ed. Astrea, 2005, T.I, p. 234).- - - - -

-----En “SARDI” se expresó que la suspensión del acto como medio para impedir que se produzcan efectos contrarios al interés público está plenamente desarrollado por LUQUI, quien alude al art. 12 de la LNPA., que faculta a la Administración, para que mediante resolución fundada suspenda la ejecución de un acto administrativo, por razones de interés público o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta; o cuando se trate de evitar perjuicios graves del interesado (cf. Roberto E. LUQUI, “Revisión Judicial de la actividad Administrativa”, Ed. Astrea, 2005, T.I, p. 438). De de esta manera se da respuesta a la tutela judicial efectiva, conforme a los precedentes de la CJDDHH., en orden a la aplicación de los arts. 8 y 25 de la CJDDHH. (cf. Botassi, Carlos, LL-2000-F-595).- - - - -

-----Ello es así, porque además debemos tener presente el principio de legitimidad de los actos administrativos, prerrogativa que los considera ajustados a derecho al “solo efecto de su eficacia jurídica” (sin necesidad de que sean consentidos por los destinatarios, o requieran de una sentencia judicial previa que declare su validez) – (cf. Roberto E. LUQUI, “Revisión Judicial de la actividad Administrativa”, Ed. Astrea, 2005, T.II, p. 339). El mismo LUQUI en la mencionada obra alude a que para fundamentar el carácter suspensivo de la impugnación administrativa se ha sostenido que existe una relación entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial que justifica aplicar a aquél las reglas de éste, por cuanto representan las mayores garantías para los derechos de los administrados. LUQUI mantiene reserva respecto a dichos argumentos, y en lo que nos interesa, manifiesta que no existe similitud entre las apelaciones del Código Procesal y los recursos administrativos o las acciones contencioso administrativas, sean éstas ejercidas por demanda o por recurso. Y agrega: en nuestro país, la regla es que la interposición de los recursos administrativos o de las acciones contencioso administrativas no suspende la ejecución de los actos, salvo cuando: 1) una ley expresamente dispone lo contrario o 2) cuando se trata de actos sancionatorios de

naturaleza punitiva. En estos casos la suspensión puede ser de oficio o a pedido de parte, cuando existan razones de interés público que lo justifiquen o para evitar perjuicio graves al administrado (cf. Roberto E. LUQUI, ob.cit., p. 345).- - - - -

-----LUQUI enfatiza la necesidad de “tener una idea clara de ciertos principios o criterios básicos, sobre todo cuando resulta imposible establecer reglas generales para cuestiones impregnadas de pragmatismo y de contenido político. Es una cuestión compleja. Por una parte, están los derechos de los particulares, muchas veces conculcados por actos ilegítimos de la Administración, que no se reparan con sentencias tardías. El resarcimiento patrimonial no es la solución de las ilegalidades administrativas en un Estado de Derecho y, a veces, ni siquiera llega a constituir un remedio justo, porque existen perjuicios que no se pueden compensar íntegramente con dinero (cf. Roberto E. LUQUI, ob.cit., .p. 352 y ss., T. II).- - - - -

-----Que ya en punto al exceso ritual, corresponde destacar que en “Zamarreño, María Antonia contra Municipalidad de Ensenada”, 6-12-05, la Suprema Corte en dicha oportunidad ratificó la postura ya expresada en "SACOAR SAIyC. c/Prov. de Buenos Aires s/Demanda c. administrativa” (Fallos 311:2082) en cuanto no corresponde llegar a una situación frustratoria del derecho constitucional de defensa (art.18, CN), ello a raíz del viraje jurisprudencial operado a partir de la aplicación de la doctrina de la causa “Lesieux” (Sup. Corte, Prov. Bs.As., del 11-12-86, LL1987-D, 106), desvirtuándose así la necesidad de que el litigante conozca de antemano las “reglas claras de juego” a las que atenerse, en aras de la seguridad jurídica. Es menester recordar que las formas a las que deben ajustarse los procesos han de ser sopesadas en relación con el fin último a que éstos se enderezcan, o sea, contribuir a la más efectiva realización del derecho (cf. Fallos 308:552, etc.). La CSJN. expresó: “Que, conforme a todo lo reseñado, la solución del tribunal anterior en grado, que consiste en vedar “in limine” la instancia judicial revisora, no halla debido sustento en los antecedentes invocados por la superior instancia provincial y se ha traducido, además, en un notable cercenamiento de la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto ésta requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle sino por un proceso conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia fundada (Fallos 268:266; 295:906; 299:421, entre otros). Ello significa, ni más ni

menos, la real posibilidad de obtener la efectiva primacía de la verdad jurídica objetiva, que reconoce base constitucional, concorde con el adecuado servicio de justicia (Fallos 247:176, 268:413; 279:239; 283:88; entre muchos otros).--

-----Que no sólo tengo en consideración lo resuelto en el precedente “Ricchini, María M. c/Dirección General de Cultura y Educación” (cf. 04-02-04, La ley online), sino también lo decidido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Informe N° 105/99, Caso N° 10194, “Palacios, Narciso Argentino” (del 29-09-99), oportunidad en la que expresó que el derecho a la tutela judicial efectiva, y al debido proceso, garantizados por los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, imponen una interpretación más justa y beneficiosa de los requisitos de admisión a la justicia, y por el principio “pro actione”, deben interpretarse en el sentido más favorable al acceso de la jurisdicción. A su turno la CSJN. tiene decidido que “frente a informes o recomendaciones emanadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero están obligados a atender a su contenido con el fin de procurar la protección de los derechos humanos involucrados, pues en esta materia la reglamentación legislativa no es requisito indispensable” (in re: A61.XXXIV, “Acosta Claudia y B. y otros”, Sent. del 22-12-98).-----

-----Además, como señala Julio Rodolfo COMADIRA, en su obra “El Acto Administrativo, en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, Ed. La Ley, 2003, ps. 150 a 153), en el marco del proceso de amparo es posible obtener la suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar, requiriendo la jurisprudencia para su concesión la reunión de los requisitos del art. 230 del CPCC.. Comadira no ve obstáculo legal para el empleo del amparo como instrumento de una pretensión cautelar suspensiva del accionar administrativo; y considera incluso que, a tenor de lo dispuesto por el actual art. 43 de la C. Nacional, no es necesario efectuar previamente el requerimiento suspensivo en sede administrativa en tanto la citada disposición constitucional habilita al amparo respecto de los actos u omisiones que enuncia, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. La existencia de una opción administrativa suspensiva, no debería pues, obstar a la procedencia del amparo con ese objeto, cuando concurren los demás requisitos exigidos para ello.-----

-----El Superior Tribunal de Justicia tiene dicho recurrentemente que las "garantías

procesales específicas" de los arts. 43 a 45 de la Constitución Provincial, exigen diversos extremos para tan excepcional y urgente remedio entre los que se encuentran el que la violación de derechos y garantías sea francamente manifiesta, clara y evidente, debiéndose encontrar comprometido un derecho o garantía de raigambre constitucional cierto, de fácil exhibición (cf. STJRN. in re: "TSCHERIG", Se. N° 6/04; "GARCIA ZAPONE", Se. N° 30/00; Se. N° 39 del 04-05-05, "C.,A. s/ACCION DE AMPARO", Expte. N° 19962/05-STJ-; Se. N° 59/05, "UNTER. s/ACCION DE AMPARO", Expte. N° 20222/05-STJ-).- - - - -

-----Si bien los actos de la Administración gozan de presunción de legitimidad, lo cierto es que en el caso van en contra de lo dispuesto en la ley, que es expresión de la voluntad soberana. Es decir, que la presunción de legitimidad existe en tanto y en cuanto el acto no es manifiesta ni evidentemente inválido.- - -

-----Por último, debo señalar que en un Estado de Derecho el principio de legalidad preside todo el accionar de la Administración Pública, que debe sujetar su actuación al cumplimiento estricto del mismo. El principio de legalidad opera en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esta cobertura legal previa su actuación es legítima (cf. Eduardo GARCIA DE ENTRERRIA y Ramón Tomás FERNANDEZ, "Curso de D. Administrativo", Ed. Civitas, 2001, 10 edición, T.I, p.440). Para el caso de autos, es evidente que la Administración ha violado en forma clara y manifiesta este principio.- - - - -

-----Ya respecto a la petición subsidiaria de inconstitucionalidad del art. 14 de la Ley N° 3338, coincido con los fundamentos expuestos por el Dr. BALLADINI en su voto, al que remito "brevitatis causae" puesto que en autos estamos en presencia del estrechísimo margen procesal que implica una garantía procesal específica de la Constitución Provincial, y que en dicho reducido marco procesal no se garantiza en plenitud la participación de la Provincia para que ésta ejerza el derecho de defensa correspondiente (cf. asimismo lo expresado en STJRNCO., "Bosco, Claudia Mariela s/Amparo s/Apelación", Se. N° 7 del 30-5-96).- - - - -

-----En síntesis, los propósitos que impulsaron esta medida en función de los derechos de las supuestas víctimas de delitos sexuales no han sido canalizados por el Estado ni resuelto conforme a la Constitución y la ley sino en forma manifiestamente ilegal y sin

perjuicio de la antigüedad de la Ley 3338 y su art. 14 observamos que el mismo no ha sido cumplido por la Administración. Alcanza para dar satisfacción a la acción de amparo deducida, la declaración de nulidad absoluta e insanable de la Res. N° 7300/06 ya citada. Aún cuando se trata de una medida provisional que no se encuentra perfeccionada, y aunque existe imposibilidad jurídica por los vicios que presenta de que sea confirmada. Lo concerniente al tratamiento de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo que da lugar a una errónea interpretación en tanto y en cuanto se entendiera en la esfera de la Administración una medida similar de la interpretación del art. 14 de la Ley N° 3338, confusión que pareciera manifestarse en el segundo voto, pero que queda superada con la resolución definitiva que aquí se toma. Es decir, que los extremos de inhabilidad o peligrosidad vistos a la luz de la jurisprudencia de la CSJN. en su actual composición, en las causas MALDONADO y GRAMAJO, y de la Corte Intereamericana de D. Humanos en el caso "Fermín RAMIREZ GUATEMALA", demuestran que son conceptos que han sido abandonados por la jurisprudencia por ser incompatibles con un estado de derecho y en el marco del debido proceso legal.- - - - -

-----La peligrosidad -sin ningún sustento científico- es despreciable para el derecho, máxime cuando se esgrime para impedir el ejercicio de la Profesión al margen del juicio. Bien pudieron las víctimas incidentar por las vías previstas en el CPP. y acreditar los extremos indicados -prueba científica- en lugar de consentir que un funcionario incompetente dicte un acto manifiestamente ilegal no ejecutorio.- - - - -

-----Es decir que ni aún los resabios del viejo poder de policía del Estado podrían superar hoy estos principios generales establecidos por la jurisprudencia como un límite a la potestad sancionatoria del Estado cuando están en juego derechos y garantías individuales.- - - - -

-----Está de más decir que aún cuando se diera este supuesto, que se pretenda enmarcar la decisión como ejercicio del poder de policía, el mismo no obsta al ejercicio de la acción de amparo, que será siempre dirigida contra actos de la autoridad pública de esta Provincia tal como ocurre en la ciudad autónoma de Buenos Aires, art. 7 Ley, N° 2145, aunque por lo normado en nuestra Constitución el Tribunal competente sería el STJ. en virtud del art. 45 de la Const. Provincial.- - - - -

-----Como lo comenta Mirian Ivanega, “No estamos ante un poder abstracto de la Administración ni un título de intervención inherente a la autoridad administrativa, pues su ejercicio necesita de una habilitación legal previa, por eso, es la efectivización formal y material de los productos normativos derivados del ejercicio del poder de policía”. Ya se trate de una u otra noción, la coacción no integra la sustancia de los conceptos dado que es sólo un accidente que se pone en ejercicio en el caso de que fracasen las medidas de prevención o intimación formuladas por la Administración (De Nuevo Acerca del Poder de Policía, Mirian Ivanega, Sup. La Ley de D. Constitucional, marzo 2007, ps. 43, 45, 48 in fine).- - - - -Por todo lo expuesto, adhiero a la propuesta del Dr. Alberto I. BALLADINI y propicio que se haga lugar a la acción intentada. Con costas (art. 68 del CPCyC.). ES MI VOTO.- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Declarar que acción intentada participa de la naturaleza del prohibimus (art.45 C.P.), competencia exclusiva del Superior Tribunal de Justicia, conforme art. 41, inc. a, ap. 5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley N° 2430.- - - - -

Segundo: Hacer lugar parcialmente a la acción intentada por el doctor Carlos Alberto ANZALDO a fs. 1/10 de las presentes actuaciones, con costas (art. 68 del CPCyC.).- - - - -

Tercero: Declarar la nulidad de la Resolución N° 7300/06-MS-, de fecha 29-12-06, emitida por la señora Ministro de Salud Pública de la Provincia de Río Negro, por la cual se suspende preventivamente al actor en la matrícula profesional; en razón de los vicios procedimentales aludidos precedentemente.- - - - -

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

Fdo.:ALBERTO I. BALLADINI JUEZ LUIS LUTZ JUEZ EN DISIDENCIA VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ ANTE MI: EZEQUIEL LOZADA SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.-

DATOS DE PROTOCOLIZACION: Tomo I Sentencia N° 34 Folio N° 216/244-Sec. N° 4.-