000253/2008

--- En la ciudad de Trelew, a los 15 días de diciembre del año dos mil ocho, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“M., M. E. s/ acción de amparo” (Expte. 253 – Año 2008)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 112.------ **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo:---------- Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 95/100 vta. en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 84/91 vta., por el cual se hace lugar a la acción de amparo promovida por M. E. M. contra la Provincia del Chubut, y declarando, en consecuencia, la inaplicabilidad del decreto provincial Nº 1076/08 y de la ley 5788 que lo ratificara, debiendo la demandada arbitrar por intermedio de la Secretaría de Salud, lo conducente para que la actora pueda acceder, en el término de diez días, siempre y cuando el resto de los requisitos se encuentren cumplidos, al beneficio jubilatorio, con retroactividad a la fecha en que estaba en condiciones para ello, e imponiendo las costas a la demandada vencida. A fs. 101 se concede el recurso de apelación interpuesto. A fs. 102/107 la actora presenta, en esta sede, el memorial en los términos del art. 11, última parte de la ley 4572.---------- I.- Dicho lo anterior procedo a efectuar el relato de los agravios.---------- 1) La demandada, luego de transcribir extensamente párrafos de la sentencia recurrida, considera que el primer gran error cometido en la misma radica en entender que se está frente a la misma situación y a la misma emergencia que la decretada en 2007. Explica que ello no es así ya que la anterior ley fue dictada en el marco de una situación de ribetes bastante diferentes motivada en una serie de renuncias, agregando que dicha emergencia fue solucionada merced a la incorporación de nuevos profesionales al sistema, y otro punto a tener en cuenta, es que el gran cuestionamiento o argumento que poseía la Cámara de Apelaciones en su momento era que la anterior ley tenía plazo incierto, mientras que la nueva posee plazo cierto. Reitera que no se puede confundir ambas situaciones y considerar que el dictado de la anterior sentencia que le permitía a la actora renunciar, lo que no hizo después del dictado de la misma pero sí antes, pudiera darle un derecho absoluto que la cubriera de nuevas situaciones de emergencia. Agrega que no cabe sumar los plazos del decreto 232/07 y los del decreto 1076/08, que no hubo violación del principio de razonabilidad y que se tuvo en cuenta la totalidad de los detalles para armonizar las circunstancias especiales de la nueva emergencia, el derecho a la salud de los habitantes y los derechos individuales de los médicos anestesistas, a quienes simplemente se limitó en forma temporal el ejercicio de

algunos derechos en defensa de un bien social de mayor jerarquía.---------- En comentario a otro párrafo de la sentencia, reitera que el juez se equivoca ya que no se trata de decretos iguales con motivaciones idénticas, y que la sentencia 40/07 fue dictada en el marco de la anterior emergencia y el hecho de que la actora no renunciara en su momento luego de la misma y así quedar atrapada por la nueva normativa no implica que se esté ante una extensión de plazos de las emergencias. Señala que resuelta judicialmente su situación anterior, la amparista decidió no renunciar -pese a su autorización- y continuó prestando funciones, es más luego de varios meses suscribió con la provincia un convenio de Gestión por Resultados que introdujo modificaciones específicas a su vinculación originaria. Vuelve a sostener que con el dictado del decreto 1076/08 la provincia no pretende sustraerse al cumplimiento de la sentencia anterior, ya que la emergencia es nueva y la situación es distinta.----------
--- 2) Luego de transcribir más párrafos del decisorio atacado, considera que no existió falta de razonabilidad en la nueva limitación impuesta, explicando que no corresponde sumar los plazos de ambas emergencias. Cita jurisprudencia en apoyo de la razonabilidad de la nueva emergencia así como de la limitación temporal del derecho de la actora. Critica lo expuesto por el “a quo” con relación a los derechos de la amparista que se entienden afectados, por cuanto no se está frente a cualquier empleado público sino frente a un médico anestesista, por lo que el derecho a la igualdad que se dice violado debe darse entre iguales y además está en juego el derecho a la salud de la población. Se explaya sobre el reconocimiento constitucional de este derecho. Destaca que la nueva normativa es de carácter netamente transitorio o de emergencia y que se corrigió el defecto que poseía la anterior legislación que fue declarada inconstitucional por la irrazonabilidad del plazo previsto. Expresa que la calidad y cantidad de los derechos involucrados fue bien entendida por el propio “a quo” en otra causa relativa al servicio de anestesiología en el hospital público de Puerto Madryn, en la cual dictó una medida cautelar que obligaba a los demandados a cumplir funciones por un término razonable. Cita jurisprudencia relativa al conflicto de derechos constitucionales y a su armonización y al derecho a la salud. Formula reserva del caso federal y efectúa el petitorio de estilo.----------
--- II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, corresponde el tratamiento de los agravios reseñados.----------
--- 1) En primer lugar habré de otorgarle la razón a la apelante en cuanto sostiene que la cuestión planteada por la emergencia declarada por el decreto 1076/08 del 02/09/08, ratificado por la ley 5788 resulta diferente a la generada por el decreto 232/07 ratificado por la ley 5598, y por la ley 5601. Ello por cuanto si bien el decreto 1076/08 declara en su art. 1 la emergencia en el servicio de anestesiología en el ámbito público provincial, de sus considerandos se desprende que lo que genera el dictado de esta nueva norma es la situación del hospital de Puerto Madryn. El hecho de que al final de tales considerandos se haga mención de la causa del Juzgado Civil y Comercial Nº 2 de

Trelew (44/07), donde se dictara la SD Nº 40/07, confirmada por la CANE, Sala “B”, mediante SDC Nº 21/07 a fin de ajustar a los parámetros de juridicidad de este último decisorio la medida dictada, es otro dato que revela que se trata de una situación nueva, no obstante que es dable pensar que el proceso de carencia de profesionales anestesiólogos en el sector público viene de larga data . Por tal motivo es que comparto lo expuesto por la demandada en cuanto a que con el dictado del decreto 1076/08 no intenta sustraerse al cumplimiento de los pronunciamientos recaídos en el expediente antedicho respecto a la amparista.---------- --- 2) Sentado lo anterior, entiendo que la cuestión a dilucidar es si la normativa de emergencia que se ataca en este amparo responde a los parámetros de razonabilidad, sobre lo cual la recurrente ha sido muy enfática en otorgarle respuesta afirmativa, destacando la diferencia con la normativa sancionada en 2007. En efecto destaca que se tuvo en cuenta lo sostenido por esta Sala en la causa mencionada. Aduce asimismo que firmes los pronunciamientos antedichos, M. no renunció y además suscribió con la provincia el convenio que luce a fs. 18/21 del cuaderno de prueba actora. Este argumento carece de relevancia, ya que en virtud de la cláusula décimo quinta del citado convenio se acordó que: *“Cualquiera de las partes podrá rescindir el presente acuerdo sin invocación de causa, debiendo notificar a la otra por medio fehaciente con un mínimo de 30 días de antelación. “E. C.” que hiciere uso de esta facultad deberá permanecer en el cargo con todas sus obligaciones y responsabilidades inherentes por el mismo plazo, salvo expresa autorización en contrario por parte de “L. S.”.* Es así que a los fines de evaluar la razonabilidad de la normativa de emergencia cuestionada mediante esta acción, deviene irrelevante la suscripción del convenio antedicho, el cual fue suscripto en mayo de 2008, es decir antes de la declaración de emergencia. Por lo demás, los 30 días mentados en la cláusula décimo quinta del convenio invocado fueron esgrimidos por la Secretaria de Salud en la carta documento de fs. 14, amén de mencionarse el mismo plazo en la de fs. 13, todo lo cual fuera aceptado por la amparista en su comunicación de fs. 10, tal como lo explicita en la demanda a fs. 08 (ver últimos párrafos).---------- Pareciera ser que la demandada juzga que la normativa atacada deviene razonable porque la emergencia fue declarada por el plazo de seis meses (conf. art. 1 del decreto 1076/08), plazo que el suscripto entendió como el máximo razonable en la SD Nº 40/07 de la causa 44/07 ya referida. Entiendo que la quejosa se equivoca. En primer lugar no ha distinguido la apelante que una cosa es considerar un plazo de emergencia de seis meses como máximo razonable en concreto, como lo hiciera el suscripto en el marco de una situación generada por la renuncia de los cuatro médicos anestesistas que se desempeñaban en el Hospital Zonal de Trelew, y otra bien distinta es considerar, en abstracto y de manera general, ese mismo plazo en el decreto 1076/08, sin distinguir las distintas cuestiones que pueden darse respecto de las personas afectadas. Así, por ejemplo, la afectación que por la normativa en cuestión, puede experimentar la

amparista -a quien se le reconoció que reúne los requisitos para acceder al beneficio jubilatorio (ver fs. 07 del cuaderno de prueba de la actora)-, puede diferir de la afectación que puedan sufrir otros colegas, o la situación puede diferir según sean las circunstancias concretas del servicio, así si en un hospital hay un solo médico anestesiólogo y en otro hay diez.----------

--- Lo dicho en el párrafo precedente, no importa más que tener presente que normas generales que no son en sí mismas inconstitucionales pueden derivar a una inconstitucionalidad cuando se las aplica a un caso particular, lo que puede acontecer cuando las circunstancias concretas de ese caso no resisten la aplicación de esa norma y de llevarse a cabo se efectúa una aplicación inconstitucional (conf. Bidart Campos, Germán J.: "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Ediar, 1994, Tº , pág. 156). De manera sumamente clara y profunda, y en el marco de la defensa del control judicial de constitucionalidad desde una justificación democrática del mismo, este tema es abordado por Gabriel Bouzat. Este autor en su artículo "El derecho como un sistema de razones para la coacción" (ver en "Homenaje a Carlos S. Nino", Coordinadores: Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz, Ed. La Ley, 2008, págs. 137/150) explica que: *"La concepción democrática de la legitimación se basa en la idea de que una norma es legítima cuando las consecuencias de dicha norma pueden ser aceptadas por todos los involucrados. Es por eso que la legitimación se da a través de un procedimiento colectivo tendiente al establecimiento de un interés común a partir de una preocupación recíproca por el punto de vista individual de las personas involucradas esta idea de legitimación determina que, en general, el consenso necesario para dictar las normas jurídicas se da a un nivel de abstracción distanciado de las situaciones concretas en que las normas son aplicadas. Ello plantea una dificultad porque sólo si fuese factible prever detalladamente, durante el proceso de discusión previo a la sanción de la norma, todas las situaciones posibles en las cuales las normas pueden ser aplicadas puede considerarse que el procedimiento democrático ha respetado el principio de imparcialidad. Como decía el gran juez norteamericano Oliver W. Holmes, "generalizar es omitir"...A estas consideraciones debe sumarse la circunstancia de que el debate democrático es imperfecto porque la necesidad práctica de decidir determina que quede generalmente inconcluso y que las decisiones deban adoptarse por mayoría y no por unanimidad. Además, las limitaciones de la representación política impiden muchas veces que todos los puntos de vista relevantes sean tenidos en cuenta al momento de decidir...El procedimiento judicial debe compensar la generalidad y universalidad de las normas jurídicas garantizando, frente a las circunstancias concretas del caso planteado, la realización de los valores presupuestos en los procedimientos democráticos...La tesis que defiendo considera que existen diferencias entre el razonamiento justificatorio de normas generales y el que justifica la aplicación de una norma a un caso determinado. Dado que las normas son justificadas de acuerdo a criterios generales, abstraídos en buena medida de las*

particulares circunstancias en que van a ser aplicadas, no se puede sostener que una norma pueda aplicarse mecánicamente a un caso concreto..." (ver aut. cit., op. cit., págs. 145/148). En otro artículo, Bouzat vuelve a tratar el tema con conceptos preclaros, explicando que *"Se debe tener presente que las legislaturas han sido pensadas para dictar normas generales que han de regir las futuras conductas individuales. En cambio, los jueces investigan los hechos pasados y tienen con exclusividad la facultad para determinar las circunstancias fácticas del caso. Por eso, cuando frente a un caso concreto advierten que un derecho constitucional de una persona ha sido afectado, por una ley que no contempla imparcialmente la situación de la persona en cuestión, si amparan la pretensión, están ampliando y no restringiendo los valores que justifican la democracia"* (conf. aut. cit.: "La argumentación jurídica en el control constitucional" (Trabajo presentado en el Seminario "La Jurisdicción Constitucional", en la Universidad Diego Portales de Chile en noviembre de 1995). En dicho trabajo da un ejemplo jurisprudencial de la Corte Federal. Dice Bouzat: *"Como ejemplo de este punto de vista me parece relevante analizar unos fallos recientes de la Corte Suprema Argentina. El Congreso argentino dictó una ley por la que dispuso que la deuda que el Estado mantiene con los jubilados y pensionados sea pagada con bonos públicos que tienen un plazo de vencimiento de 16 años. Muchos jubilados plantearon la inconstitucionalidad de dicha ley alegando la violación del derecho de propiedad y de los derechos de la seguridad social. La Corte Suprema consideró que la ley es constitucional, porque en el marco de la emergencia económica y los recursos con que cuenta el estado, el Congreso legisló teniendo en cuenta de manera imparcial los intereses de los jubilados en relación a la situación financiera y recursos públicos. Sin embargo, en el caso planteado por una jubilada que tenía 92 años de edad, la Corte varió su posición, y declaró la inconstitucionalidad de la norma, para ese sólo caso, en virtud de que, por razones biológicas, dicha señora muy difícilmente iba a vivir para cobrar su crédito, y que por consiguiente, el punto de vista particular de esa señora no había sido tenido en cuenta por el legislador al sancionar la ley (ver fallo "Iachemet, María L. C/ Armada Argentina, CSJN, 29/04/93, LL, 1993-D-118)"* (ver aut. cit., op. cit.).----- He preferido extenderme en las citas doctrinarias precedentes a fin de que resulte claro que la actividad legislativa es bien diferente a la jurisdiccional, y por ello el plazo de seis meses del art. 1 del decreto 1076/08, que la demandada alega como razonable porque se condice con lo decidido en la causa 44/07 precitada, en primer lugar no puede traspolarse del caso particular precitado a una norma general sin más a fin de garantizar su constitucionalidad, pero además, aún cuando pueda ajustarse en forma general a los estándares de razonabilidad del art. 28 de la Const. Nacional y 9 de la Const. Provincial, puede no serlo en un caso particular. De hecho en la referida sentencia Nº 40/07 en la causa mentada (44/07) efectué distinciones entre los diferentes amparistas, según su situación particular, extendiendo en algunos casos -como en el de M.- su vínculo hasta el 31/12/07, o bien si sucedía antes, hasta que

acredite la asunción de compromisos profesionales que le impidieran continuar la relación o hasta que accediera al beneficio jubilatorio.----------

--- 3) A la luz de lo expuesto precedentemente, es de tener en cuenta la norma del art. 3 del decreto 1076/08 que dispone: “Establécese que durante el período de emergencia declarada en el artículo 1 del presente, la efectividad de las renuncias de los profesionales que presten servicios y/o cumplan funciones de la especialidad, quedará supeditada a la asunción de tales funciones por otro profesional de la materia debidamente designado”. De acuerdo a la norma mentada, la demandada entiende que la actora podrá cesar en sus funciones cuando otro profesional asume en su reemplazo o a los seis meses de presentada la renuncia, lo que suceda antes. Ahora, entiendo que si bien la emergencia en cuestión, no es continuación de la presentada en 2007, y en esto asigné razón a la recurrente, bien hizo el juzgador de grado en valorar la situación planteada de acuerdo a los estándares utilizados por el suscripto y la Sala B en los fallos que citara de la causa 44/07. Y en esto encuentro un punto que no ha podido ser refutado por la apelante, el cual consiste en que en la situación planteada en el año 2007 en el Hospital Zonal de Trelew renunciaron en la misma fecha los cuatro médicos anestesistas y se valoró como razonable el plazo de seis meses para permitirle al estado provincial organizar adecuadamente el servicio con nuevos profesionales; en cambio en la especie renunció un solo profesional, quedando cinco en servicio (ver sentencia a fs. 90 “in fine” e informe de fs. 62).----------

--- A fin de valorar esta circunstancia, permítaseme reiterar conceptos ya vertidos en la sentencia Nº 40/07 de la causa 44/07. Así se ha sostenido que los institutos de emergencia no autorizan el ejercicio por el gobierno de poderes que la constitución no le acuerda, pero sí proporciona ocasión para que los concedidos se empleen con un ejercicio pleno y a menudo diverso del ordinario (conf. Bidart Campos, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Tº I, pág. 735). Respecto de las emergencias en general también se ha considerado que existe un repertorio de principios que tiende a conciliar dos necesidades imperiosas: a) la eficacia de las medidas que procuran superar la emergencia y b) la protección de los individuos cuyos derechos, libertades y garantías se restringen; y en cuanto a las condiciones de validez constitucional que han de reunir los institutos y medidas de emergencia, los mismos son: a) una real situación de emergencia, constatada o declarada por órgano competente y con control judicial sobre su existencia y subsistencia, b) un fin real de interés social y público, c) transitoriedad de la regulación excepcional, d) razonabilidad del medio elegido, o sea proporción y adecuación entre la medida dispuesta, el fin perseguido, y los motivos y causas que dan origen a la medida de emergencia (conf. Bidart Campos, op. cit., ídem págs. 303/305). A excepción del estado de sitio y de la emergencia de la guerra, se suele hablar de las emergencias económicas como aquellas más frecuentes o casi excluyentes (conf. Bidart Campos, op. cit., ídem, págs. 315/316). Pero en realidad las llamadas emergencias económicas no son más que

expresiones en el área económico-financiera, con impacto fundamentalmente en los derechos de propiedad y libertad de contratar, de un concepto más amplio que es el poder de policía de emergencia, que consiste en la facultad del Estado de limitar el ejercicio de los derechos individuales para asegurar determinadas finalidades, que varían según un concepto restringido que comprende la seguridad, salubridad o moralidad y un concepto amplio que además agrega el bienestar general (conf. Hernández, Antonio M. (h): “Las emergencias y el orden constitucional”, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 67). Como se puede apreciar, las normas de emergencia que nos ocupan tienen como finalidad la protección y mantenimiento del servicio de salud pública en cuanto al servicio de anestesiología en los hospitales públicos, por lo que su objetivo puede considerarse incluido dentro del concepto de salubridad al que hemos hecho mención “ut supra”. Por lo demás, el ejercicio de ese poder, en cuanto importa reglamentación de derechos personales corresponde al poder legislativo sobre la base de los principios de legalidad y razonabilidad de los artículos 14, 19 y 28 de la Const. Nacional -agregaríamos arts. 9 y 18 de la Const. Provincial-, y dicho poder de policía -si bien reconocido desde largo tiempo por nuestra doctrina y jurisprudencia- fue recién incorporado en forma explícita a nivel constitucional con la reforma de 1994 en el art. 75, inc. 30 de la Const. Nacional (conf. Hernández, op. cit., pág. 68). Formalmente en cuanto a la competencia de su dictado, lo cual no se ha cuestionado, el decreto y ley impugnada encuentran su fundamento en los arts. 72, 135 incs. 20 y 27 y 156 de la Const. Provincial.----------

--- Ahora bien, adentrándonos en la razonabilidad de la limitación de los derechos a través del poder de policía de emergencia, dicho principio, el de “razonabilidad”, fue identificado como la garantía del debido proceso sustantivo y el control judicial de razonabilidad se limita a verificar si el “medio” elegido para tal o cual “fin” es razonablemente proporcionado y conducente para alcanzar ese fin (conf. Bidart Campos, op. cit., ídem, págs. 361/636). El art. 28 de la Const. Nacional -art. 9 de la Const. Provincial- en cuanto establece que los derechos constitucionales no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, debe entenderse como preservando el “núcleo esencial” del derecho en cuestión, el que no tolera supresión, extinción, daño o frustración (conf. Bidart Campos, op. cit., ídem, pág. 364). Ese “núcleo esencial” aparece como un límite infranqueable para el legislador, es que como se ha dicho caracterizando al debido proceso sustantivo, el mismo es un estándar o patrón de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), es lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos, es decir, hasta dónde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo (conf. Linares, Juan F.: “Razonabilidad de las leyes”, Ed. Astrea, 2da. edición, pág. 26). No ha de extrañar que se hable de “núcleo esencial” de un derecho cuando se analiza el art. 28 de la Const. Nacional si se tiene en cuenta que el antecedente de dicha norma, el art. 20 del Proyecto de Alberdi establecía: “Las leyes

reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia" (conf. cita de Linares, op. cit., pág. 160). En consideración específica de la garantía de razonabilidad de las leyes al evaluar los poderes de policía, siguiendo a Linares, diremos que ese poder "...para ser razonable y como tal válido: a) debe ejercerse con un interés público; b) el objeto de la legislación debe ser lícito; c) no debe destruir los derechos fundamentales del individuo ("reglamentar no es destruir"); d) la finalidad de la ley debe ser sincera y no oculta (legislación indirecta)" (conf. Linares, op. cit., págs. 38/39). El punto crítico aquí es si las normas en cuestión "destruyen" derechos fundamentales, ya que la actora alega que se ha violado su derecho a la libertad de trabajar y a la jubilación. Nuevamente aparece aquí la idea del "núcleo esencial" del derecho en cuestión, el que no debe ser afectado ni siquiera con el propósito de asegurar fines o intereses sociales. Con preclaros términos se ha dicho en base a esta armonización de intereses sociales y derechos individuales: "En cuanto al debido proceso, la única limitación sobre las legislaturas es que, un acto que prive a una persona de su libertad o propiedad es nulo cuando en el balance de todos los intereses, el efecto predominante de este acto es tal que cualquier generalización resultante de sostenerlo abriría un camino libre de ataque, por las legislaturas, contra una fundamental condición de existencia del orden social" (conf. cita de Kales en Linares, op. cit., pág. 124). Al considerarse que existe un núcleo esencial de los derechos sobre el cual la autoridad no puede avanzar con el argumento de garantizar objetivos sociales, lo que está en juego es el propio concepto de persona. Esta idea, vinculada desde siempre al liberalismo, y que en el siglo XX se la denominó personalismo con el objeto de comprender otras ideologías que sin reconocerse liberales también destacaban la importancia de la persona humana, no es más que reconocer a dicha persona como un fin en sí mismo y al estado y a la sociedad como un medio. Y en la opinión doctrinaria de Linares, es "este personalismo el que debe aceptarse ya en calidad de vigente en nuestro país y como fuente de valoraciones para hacer justicia con la ley y también para juzgar de la razonabilidad de las leyes" (conf. aut. cit., op. cit., pág. 130). En el mismo sentido cabe interpretar las consideraciones del jurista norteamericano Ronald Dworkin, cuando manifiesta que "La perspectiva de logros utilitarios no puede justificar que se impida a un hombre hacer lo que tiene de hacer, y las supuestas ganancias por el respeto a la ley son simplemente logros utilitarios...el beneficio general no constituye una buena base para recortar los derechos, ni siquiera cuando el beneficio en cuestión sea un incremento del respeto por la ley...La existencia de derechos en contra del Gobierno se vería amenazada si el Gobierno pudiera vulnerar uno de esos derechos apelando al derecho de una mayoría democrática a imponer su voluntad. Un derecho en contra del gobierno debe ser un derecho a hacer algo aún cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese "algo" se haga" (conf. Dworkin: "Los

derechos en serio", Ed. Ariel Derecho, Barcelona, págs. 288/289). Y para culminar con este breve análisis doctrinario, hemos de citar a Nino quien caracteriza el principio de inviolabilidad de la persona como aquél que proscribe la disminución de la autonomía de una persona para alcanzar como único propósito el incremento de la autonomía de la que gozan otros individuos (conf. Nino, Carlos S.: "La constitución de la democracia deliberativa", Ed. Gedisa, pág. 79).----------

--- Efectuada esta breve consideración de la doctrina sobre aspectos del principio de razonabilidad en cuanto a los poderes de policía de emergencia, creo conveniente efectuar una breve reseña de la jurisprudencia de la Corte Federal al respecto. Uno de los primeros fallos se refirió justamente a una cuestión de salubridad, si bien con ribetes distintos al aquí examinado. En el fallo "S. S. J. y otros c/ Pcia. de Buenos Aires" (Fallos 31:274) la Corte expresó que los actores no podían alegar derechos adquiridos en base a un permiso "no sólo porque él se les concedió bajo la condición implícita de no ser nocivos a los intereses generales de la comunidad, sino porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria". Es de recordar que no se les prohibía la actividad sino practicarla en un determinado lugar. En "E. c/ L. de R." (Fallos 161:136), se trataba de la emergencia locativa, y el máximo tribunal decidió constitucional la ley 11157 que prohibía por dos años cobrar un precio de locación mayor al que se pagaba al 1 de enero de 1920, basándose en que no se acreditó que dicho alquiler no fuese razonable, mas advirtió que el Congreso no podría fijar un precio arbitrario que no correspondiese al valor vocativo de la habitación en condiciones normales, ya que ello importaría confiscatoriedad. En cuanto a la emergencia hipotecaria, en "A. c/ de la P." (Fallos 21:172) se decidió por la constitucionalidad de la ley 11741 que reducía el interés a percibir y prorrogaba el plazo para el pago del capital del préstamo para los deudores hipotecarios, mas se estableció que se postergaba el ejercicio del derecho del acreedor -en ello consistía la moratoria- mas no se lo anulaba o suprimía. Ya más próximo en el tiempo en el fallo "P., L. A. y otro c/ Estado Nacional" (Fallos 313: 1513), se vuelve a decidir por la constitucionalidad del decreto 36/90 que convirtió los depósitos bancarios a plazo fijo en títulos públicos -afectando así el derecho de propiedad y de libertad de contratar-, y más allá de las consideraciones que se puedan efectuar sobre la decisión de la Corte, nuevamente se esgrimió que la norma atacada era constitucional, entre otras razones, por cuanto la misma "no privaba a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos, ni les negaba su propiedad y sólo limitaba temporalmente la percepción de tales beneficios o restringía el uso de dicha propiedad". Nuevamente se observa el argumento de que no se suprime el derecho en sí, el "núcleo esencial" del mismo, sino que se posterga su ejercicio o se lo limita en términos de razonabilidad. La misma argumentación, y reiterando que sin perjuicio de las consideraciones positivas o negativas que puedan hacerse de la decisión, ha utilizado

la Corte en los más recientes fallos respecto de las normas de pesificación como “Bustos” (ver en www.diariojudicial.com SC B 139, L XXXIX) y “Massa” (ver en elDial: AA3ACA). Es decir se deja a salvo que no se altera o suprime el “corazón” del derecho afectado o limitado.-

4) En la especie, como se dijera, la actora ve frustrado su derecho a la libertad de trabajar (conf. art. 14 de la Const. Nacional), lo que involucra la renuncia al empleo, ya que implica, primariamente, la disponibilidad individual de elegir libremente una actividad (conf. Bidart Campos, op. cit., ídem, pág. 569). La renuncia, a su vez, es uno de los medios más comunes de extinguir la relación de empleo público, y sólo una vez aceptada por la autoridad respectiva surte efectos jurídicos, pues ello permite que la Administración adopte las medidas necesarias para que el interés público no sufra lesión (conf. Marienhoff: “Tratado de Derecho Administrativo” Tº III-B, pág. 460). Tal como lo expresé en el antecedente citado (SD Nº 40/07 de la causa Nº 44/07), si las cuatro renuncias, analizadas en el mentado precedente, se hubieran dado en forma sucesiva y no simultánea, en cuatro meses -un mes por profesional- la administración habría debido reemplazar a los galenos. Aquí renuncia una profesional, quedando cinco en el servicio, y renuncia porque luego de treinta años computables de servicio (ver fs. 04 del cuaderno de prueba) se encuentra en condiciones de acceder al beneficio jubilatorio, por lo que ve afectado otro derecho constitucional (conf. art. 14 bis de la Const. Nacional y art. 74 de la Const. Provincial). Resulta claro que el plazo de seis meses, en este caso particular deviene excesivo y en consecuencia irrazonable. Ya no se trata de un limitación razonable en los términos del art. 28 de la Const. Nacional. Se anula un principio fundamental que es el de la autonomía personal. Siguiendo a Nino diremos que dicho principio “determina el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él podemos inferir los bienes que esos derechos protegen. Esos bienes son las condiciones necesarias para la elección y realización de ideales personales y planes de vida basados en esos ideales. Los prerrequisitos para la elección y realización de planes de vida incluyen: una vida psicobiológica, integridad corporal y psicológica, y libertad de movimientos, libertad de expresión, acceso a recursos materiales, libertad de asociación, libertad de trabajo, posibilidad de tener tiempo libre y libertad de prácticas religiosas” (conf. Nino, op. cit., pág. 77). En el mismo sentido Bidart Campos propone dentro de los contenidos de la libertad jurídica: “...b) el desarrollo de la propia personalidad, con la respectiva prohibición de interferir y a veces, con la obligación de ayuda y promoción, c) elegir para sí la propia forma de vida sin perjuicio de terceros, con la respectiva prohibición de interferir...f) liberarse de toda imposición coactiva de acciones o privaciones que no redundan en beneficio propio, con la respectiva obligación de no imponer compulsivamente esas acciones o privaciones...” (conf. Bidart Campos, op. cit., ídem, pág. 383). En síntesis, encuentro que el plazo de un mes -que surge de la legislación ordinaria y que la propia amparista consintió- deviene razonable para el “sub exámine”. Por lo tanto si se tiene en cuenta que al

tiempo de dictarse el fallo apelado, habían transcurrido casi tres meses desde la fecha que la actora comunicó que se acogía al beneficio jubilatorio (ver fs. 02 del cuaderno de prueba), la solución brindada por el sentenciante de origen resulta ajustada a derecho.---

--- III.- En consecuencia de lo anteriormente expresado, corresponde confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de agravio, con costas a la demandada vencida (conf. arts. 17 de la ley 4572 y 68 del CPCC).----------

--- Respecto de la regulación de honorarios por los trabajos realizados ante esta sede, en atención a la extensión y mérito de los mismos, así como al resultado del pleito, los del letrado apoderado de la actora, Dr. J. F. C., se establecen en un 30% de lo regulado al mismo en la sentencia de origen, con más el IVA correspondiente (conf. arts. 6, 7, 14 y 47 del arancel, leyes 23349 y 23871); sin regulación para los letrados de la demandada en virtud de lo dispuesto por el art. 2 de la ley 2200.---------- Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.---------- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:---------- 1. Llega a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada al punto I del escrito de fs. 95/100 vta., que fuera concedido a fs. 101, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 84/91 vta. que hizo lugar a la acción de amparo deducida por M. E. M. contra la PROVINCIA DEL CHUBUT, declarando la inaplicabilidad del decreto provincial Nº 1076/08 y de la ley 5788 que lo ratificara, debiendo la accionada arbitrar las medidas conducentes para que la actora pueda acceder en el término de diez días al beneficio jubilatorio, en tanto se encuentren cumplidos los restantes requisitos, con retroactividad a la fecha en que se encontraba en condiciones para ello, con costas a la demandada vencida.---------- Los agravios de la apelante y el memorial de la actora presentado en esta instancia en los términos del art. 11 de la ley 4572 lucen a fs. 95/100 vta. y 102/107, respectivamente, y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las consideraciones que en su caso corresponda realizar.----------

---

--- 2. Desde ya que la emergencia declarada por el decreto Nº 1076/08, ratificado por la ley 5788, tuvo como sustento una diferente situación a la que diera lugar al decreto 232/07, ratificado por las leyes 5598 y 5601. ----------

--- Nótese que si bien el decreto citado en primer término declara en su art. 1 la emergencia en los servicios de anestesiología correspondientes al ámbito público provincial, lo cierto es que la cuestión se vincula con la situación de un concreto hospital toda vez que el segundo párrafo de sus considerandos alude a “Que el hospital de Puerto Madryn se encuentra sin la debida cobertura de las cirugías programadas, así como también de las cirugías de emergencia ...”. Por lo demás, corrobora la existencia de una nueva situación la referencia que en la parte final de los considerandos se

efectúa del expediente 44/2007 y en la que se señala el ajuste a los parámetros de juridicidad que surgen de la decisión recaída en dichos actuados.----------

--- 3. Con tales alcances cabe ingresar al análisis del decreto Nº 1076/08 a fin de determinar si la nueva declaración de emergencia dispuesta se ajusta a las pautas de razonabilidad y a cuyo respecto sostiene la apelante que las mismas se encuentran cumplidas ya que la nueva emergencia declarada no resulta para nada irrazonable como tampoco la limitación temporal del derecho de la actora, destacando asimismo que en la nueva normativa se corrigió el defecto que poseía la anterior.----------

--- Tocante al argumento referido a que la amparista decidió no renunciar y continuar prestando funciones pues suscribió un convenio (ver cuaderno de prueba, copia de fs. 18/21), el mismo no resulta atendible por las siguientes razones, a saber: a) el citado acuerdo otorga la facultad de rescindir sin invocación de causa a cualquiera de las partes con una anticipación mínima de treinta días (cláusula 15ª., fs. 20); b) dicho plazo fue esgrimido por la demandada y aceptado por la hoy amparista (cartas documento, fs. 14 y 10, respectivamente; y c) el convenio fue celebrado con anterioridad a la declaración de emergencia (convenio de gestión suscripto el 02/05/2008, y decreto Nº 1076/08 publicado en el Boletín Oficial Nº 10.565 del 04/09/2008).----------

--- En cuanto a la pretendida razonabilidad en función al límite temporal fijado en seis meses (art. 1 del decreto antes mencionado), debe señalarse que ese plazo no puede considerarse de un modo abstracto sino con sujeción al caso concreto, pues únicamente de ese modo puede valorarse el grado de afectación que padece un sujeto determinado en relación con sus específicas circunstancias.----------

--- Así, un plazo de seis meses con referencia a la situación acaecida frente a la renuncia de los cuatro profesionales de la salud en la especialidad de anestesiología que se desempeñaban en los meses de marzo y abril de 2007 en el Hospital Zonal de Trelew Dr. A. M. puede resultar razonable. Pero ese mismo lapso vinculado a la renuncia de un solo profesional (M.) -cuando a ese momento prestaban servicios otros cinco (P., M., M., A. y B.) (informe del establecimiento hospitalario, fs. 62)- para acceder al beneficio jubilatorio por reunir los requisitos de edad y años de servicio (nota del ISSyS, fs. 7 del cuaderno de prueba) puede generar una afectación de derechos de distinta intensidad.----------

--- Bien pondera el colega que me precede en la votación con cita de doctrina que una norma general que no es inconstitucional en si misma puede derivar en inconstitucionalidad cuando se la aplica a un específico caso.----------

--- Por eso, una norma no puede aplicarse en forma mecánica a un caso concreto, pues en esa tarea de aplicación resulta necesario subsumir el caso individual en la norma.----

--- **Este paso es el que pone término a la tarea de aplicación de una norma al caso**. Éste es un paso en cierto sentido mixto: por un lado, **requiere una nueva derivación de implicaciones lógicas aplicables estrictamente al caso individual**, una vez que el sistema normativo relevante ha sido reconstruido, eliminándose sus

indeterminaciones; por otro lado requiere, por supuesto, las operaciones empíricas necesarias para determinar las propiedades del caso; pero también en este paso intervienen consideraciones valorativas (Nino, Carlos Santiago, “Fundamentos de derecho constitucional”, Astrea, 1ª reimpresión, 2000, pág. 84) (el resaltado me pertenece).----------

--- Así, una norma general rige para ser aplicada a conductas futuras. En cambio, los jueces despliegan una actividad interpretativa referida a una conducta ya cumplida debiendo subsumir el caso individual en la norma general.----------

--- El juez actúa en ejercicio de una función de *individuación* de la norma *general* “en” y “para” un caso singular y concreto (Bidart Campos, German J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, EDIAR, 1993, T. II, pág. 439).----------

--- De esa manera resulta con toda claridad que la actividad jurisdiccional se presenta nítidamente diferenciada de la legislativa, por lo que el plazo de seis meses establecido por el art. 1 del decreto 1076/08, aún cuando coincida con una decisión judicial, no permite que sea llevado de un caso singular a esa norma general dictada con posterioridad para así considerar que la misma resulta constitucional, pues ello importaría una aplicación mecánica a un caso concreto diverso.----------

--- En tales condiciones, a partir del alcance fijado por el art. 3 del mencionado decreto, corresponde analizar si le asiste razón a la demandada al considerar que la accionante cesa en sus funciones cuando sea reemplazada por otro profesional de la salud de la especialidad o a los seis meses de la presentación de la renuncia, lo primero que ocurra.----------

--- Y respecto de ese plazo, en oportunidad del dictado de sentencia en la c. 22.292, S.D.C. Nº 21/2007, de esta sala “B”, se ponderó una circunstancia diferente pues allí se trató de la renuncia que la totalidad del plantel de anestesistas presentaron en el ya citado nosocomio, por lo que el plazo de seis meses para reorganizar el servicio se estimó razonable a tal fin.----------

--- Y esa no es la situación ahora planteada que se presenta de modo diverso ya que en el presente caso se trata de la renuncia de un profesional de la especialidad de anestesiología y la continuación de otros cinco (informe del Hospital Zonal de Trelew ya citado, fs. 62).----------

--- Por eso, bien señaló el Sr. Juez de la anterior instancia que en la presente causa nos encontramos frente a un marco fáctico distinto al destacar que ***conforme surge del informe del Hospital Zonal de Trelew, glosado a fs. 62, en marzo de 2.007 se desempeñaban como médicos anestesistas los Dres. J. P., B. A., S. P. y la actora, es decir, cuatro profesionales, y que al momento en que presentó la renuncia M. (agosto de este año) prestaban funciones como anestesiólogos los Dres. S. P., V. R. M., L. Irupé M., M. J. A. y S. R. B., es decir que cinco médicos quedarían en funciones de aceptarse la renuncia de M.*** (fs. 90, últimos ocho renglones) (el subrayado me pertenece).----------

--- Y esa ponderación del juzgador en cuanto a la diversa situación planteada no mereció embate idóneo por la apelante. ----------

--- Y en atención a la declaración de emergencia y efectividad de las renuncias (arts. 1 y 3 del decreto 1076/08), corresponde efectuar sobre esa cuestión algunas consideraciones ya que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ampliado considerablemente las atribuciones restrictivas de los derechos en situaciones de emergencia, llegando a decir que si bien la emergencia no crea poderes extraconstitucionales, sin embargo amplía los existentes (Ekmekdjian, Miguel Ángel, “Tratado de Derecho Constitucional”, Depalma, 1995, T. III, par. 389, pág. 88).----------

--- Sin perjuicio de ello, cabe concluir con una afirmación enfática en cuanto a que la emergencia se encuentra comprendida dentro de los límites de la constitución y no fuera de ella. En tal sentido, la necesidad como acontecimiento excepcional e imprevisible tiene respuestas en un ejercicio más severo de las facultades que la constitución concede pero sin exceder los límites de la norma fundamental. *Las reglas constitucionales del estado de emergencia tienen la misma naturaleza que las correspondientes a las situaciones normales. En materia de control, la pauta de razonabilidad emerge como la clave de bóveda en cuanto a la adecuada proporción entre medios y fines*. (Alberto Ricardo Dalla Via en “La doctrina constitucional de la emergencia”, “Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Constitucional”, La Ley, 2002, pág. 767) (la cursiva me pertenece).----------

--- Desde esa perspectiva, aunque el art. 28 no contiene la expresión, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado el principio de razonabilidad, como un intento de delimitación entre la reglamentación legítima y la que altera los derechos y garantías.----

--- Junto con el principio de legalidad, el principio de razonabilidad completa la estructura de limitación del poder (Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada”, 4ta. edición, La Ley, 2008, T. I, págs. 423/424). Principios de legalidad y razonabilidad contenidos en los arts. 14, 19 y 28 de la Constitución Nacional, y arts. 9 y 18, primer párrafo, de la Constitución Provincial.---------

--- Y hay sólo dos tipos de limitaciones posibles de los derechos constitucionales: *a*) la razonable, que es la única reglamentación o restricción válida; y *b*) la irrazonable, que es la alteración y está prohibida por el art. 28 (Ekmekdjian, Miguel Ángel, obra y tomo citado, pág. 33).----------

--- Y en materia de razonabilidad nos encontramos con la tensión que se produce entre el interés particular de un individuo a trabajar, libertad que comprende el dejar de trabajar incluyendo el derecho a la jubilación, y el interés colectivo afectado, en el caso el servicio de salud pública.----------

--- Y sobre pautas fundamentales e interpretación se señala que: “... e) en orden a la interpretación de los derechos la Corte Suprema tiene dicho que la igual jerarquía de las cláusulas constitucionales requiere que los derechos fundados en cualquiera de ellas, deban *armonizarse* con los demás que consagran los preceptos constitucionales, ya

sea que versen sobre los llamados derechos individuales o sobre atribuciones estatales. f) La igual jerarquía de todas y cada una de las normas constitucionales, a que aludimos en el inciso anterior, permite decir que *todas las que declaran derechos gozan de igual rango*, no obstante lo cual los derechos “en si” no son todos iguales, porque hay unos más “valiosos” que otros (la vida “vale” más que la propiedad, por ejemplo). De ahí que para completar la regla del inc. e) haya que afirmar, con el derecho judicial de la Corte, que si hay conflicto entre valores jurídicos contrapuestos, se debe preferir el de jerarquía mayor (Bidart Campos, Germán J., obra citada, 1994, T. I, pág. 327).----------
--- Sin embargo, cabe destacar que la jerarquía o mayor importancia de unos bienes sobre otros, incluso admitiéndola, no es evidente que posea relevancia jurídica para la resolución de los casos concretos, pues no autoriza sin más a sacrificar, en los supuestos de conflicto, los derechos correspondientes a aquellos bienes inferiores de los que son titulares ciertos individuos, en beneficio de los bienes y derechos jerárquicamente superiores, de los que son titulares otros individuos. … En conclusión, parece claro que en la práctica constitucional no deben existir jerarquías de derechos tasadas previamente ni facturadas con miras al caso, sino que en cada litigio debe realizarse la mejor composición posible de los bienes que parezcan en juego determinando cuál tiene realmente la razón. Ésta es la “doctrina oficial” de la Corte Suprema Argentina, aunque lamentablemente muchas veces no haya sido fiel a sí misma (Fernando M. Toller, La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*”, en Eduardo FERRER MC GREGOR (coord.). *Interpretación Constitucional.* Porrúa – UNAM. México, 2005, T. II, págs. 1199/1284, par. 4 c).----------
--- Y en cuanto a las manifestaciones vertidas en el sentido de que la nueva emergencia declarada no resulta para nada irrazonable, así como tampoco la limitación temporal, evidente resulta que al entrar en tensión distintos derechos con rango constitucional, (derecho a la vida y a la salud frente al derecho a la libertad de trabajar que incluye el dejar de hacerlo y jubilarse), a fin de establecer si en la limitación a uno de ellos no existe violación constitucional al mismo, cabe decir que la razonabilidad es el test que sirve para distinguir lo constitucional de lo inconstitucional. Enunciar esta fórmula es solamente proponer una pauta doctrinaria. Su aplicación a cada caso concreto no siempre es fácil, porque no lo es la valoración individualizada en cada situación. Sin embargo, cabe sugerir que ese concepto jurídico indeterminado se esclarece cuando se penetra en el núcleo esencial de cada derecho. Tal núcleo es el que no tolera supresión o, en otros términos, es ese núcleo el que no puede extinguirse, alterarse, dañarse, o frustrarse. Cuando el núcleo queda preservado, toda otra limitación al derecho es razonable. Cuando el núcleo se afecta de la manera dicha, hay arbitrariedad e inconstitucionalidad (Bidart Campos, Germán J., obra citada, T. I, pág. 364).----------
--- También existe la posibilidad de efectuar una ponderación de los derechos en pugna,

pues “otro gran método empleado es el menos traumático *balancing test*, consistente básicamente en ponderar o contrapesar los bienes jurídicos en liza –que pueden ser de índole pública o privada – de acuerdo con las circunstancias del caso, para determinar cual “pesa” más en el supuesto y cual debe rendirse. Se opta así por uno u otro derecho, o se determina si es constitucionalmente aceptable -en virtud de una razón suficiente que compele a restringir- la limitación a un derecho en aras de intereses generales. A diferencia de la jerarquización, el *balancing test* implica admitir que no hay derechos absolutos en sí y que entre los derechos no hay prioridades absolutas, por lo cual determina en el caso cual de ellos debe ser apoyado y cuál postergado. Por ello, en buena lógica la utilización del *balancing* es excluyente y alternativa al método de la jerarquización absoluta, que establece preferencias inalterables entre los derechos” (Toller, Fernando M., obra, tomo y páginas citadas, par. 5 a). ---------- Ello, aun cuando este autor considera que “los métodos que se critican -especialmente el *balancing*- y junto a ellos, la doctrina de los límites externos, llevan implícito un ilógico corolario –aunque esto no se diga o quien los utiliza no repare en ello-: que los dos derechos alegados existen en el caso concreto, pero uno de ellos, del cual una de las partes es titular y lo ejerce, lo ha ejercido o lo ejercerá legítimamente, debe *sacrificarse* en aras de un contrincante superior en abstracto y *a priori* –tal es el caso de la categorización o jerarquización-, o superior en concreto - como ocurre con el método del balance-, que será pues, el derecho realmente eficaz. En definitiva: se limita o restringe externamente un derecho en virtud de otro derecho o bien, *ex ante* del caso por la jerarquización, o en el mismo litigio, por el *balancing*. … Se utiliza, por tanto, una *lógica del sacrificio*, que, como se intentará mostrar, es contraria a las reglas del pensamiento racional y metódico.” Para luego postular que: “En la interpretación de los derechos constitucionales partir de su armonía y no de su contradicción no es una postura sin sustento. Como se ha dicho armonizar disposiciones aparentemente contrapuestas es un principio hermenéutico general en la interpretación constitucional. ... Para resolver los conflictos –*rectius*, disolver- aquí se mantiene la tesis de que, estando en juego derechos fundamentales, en caso de aparente colisión los jueces deben decidir cómo armonizar y compatibilizar correcta y concretamente los dos derechos que parecen en pugna, cuidando que ninguno sea aniquilado por el otro y buscando en cada entuerto la mejor solución posible. Los jueces no pueden decidir cuál derecho priorizar y cuál sacrificar, sino cual derecho está realmente presente en el caso. … Para esta disolución y solución armonizadora, y según se explica seguidamente, la metodología adecuada pasa especialmente por pensar cada una de las libertades o derechos desde su *Wesensgehalt* o *contenido esencial*, al decir de la doctrina y Constitución alemanas, esto es, desde aquella garantía según la cual la regulación legal de un derecho deberá siempre respetar su contenido esencial. Se intenta así inaugurar un camino de razonamiento mejor y más equitativo que los métodos de la jerarquización y el *balancing test* para resolver las controversias,

procurando encontrar quién tiene razón.” (Toller, Fernando M., obra, tomo y páginas citadas, parágrafos 8 y 10, respectivamente).----------

--- Y a partir de la idea del “contenido esencial” del derecho, cabe expresar que el problema interpretativo mayor que plantea esta norma (art. 28 de la Constitución Nacional) está referido al significado del término *alterar*. Podría afirmarse que una alteración conlleva una afectación sustantiva, esencial, desnaturalizadora del principio, derecho o garantía, que inutiliza el núcleo central de aquéllos (Gelli, María Angélica, obra y tomo citado, pág. 421).----------

--- Y desde la perspectiva de la inalterabilidad se sostiene que el art. 28 de la Constitución Argentina literalmente sólo incluye la garantía de la inalterabilidad de los derechos –en otras palabras, la garantía del contenido esencial-, aunque de dicha norma se haya extraído –felizmente- todo el control de razonabilidad” (Toller, Fernando M., obra, tomo, y páginas citadas, par. 10 b).----------

--- Por ello, ante la declaración de emergencia en los servicios de anestesiología en el área de salud pública es indudable que el eje de la cuestión radica en determinar si la normativa dictada y plazo durante el cual quedan supeditadas las renuncias de los profesionales que presten servicios de la especialidad (arts. 1 y 3 del decreto 1076/08) importa la afectación esencial de la libertad de trabajar que incluye el dejar de hacerlo y comprende la renuncia del agente de la administración.----------

--- Ello, aun cuando no se extingue realmente la relación de empleo hasta el momento en que es aceptada ... En efecto, aunque la renuncia prueba la voluntad de extinguir la relación del empleo público, no extingue, por eso sólo, sus consecuencias o efectos principales cuando así conviene a la Administración. La aceptación de la renuncia puede ser demorada por razones ... de mejor servicio (Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo”, Librería y Editorial “El Ateneo”, 1947, T. II, par. 305, págs. 162/163), para así permitir que la Administración adopte los recaudos necesarios a fin de que el interés público no sufra afectación como lo precisara el Dr. De Cunto. ----------

--- En ese contexto, considero que en el caso la actora ve afectado el núcleo esencial del derecho a la libertad de trabajar, que incluye la de renunciar al empleo (art. 14 de la Constitución Nacional), al ponderarse que al momento de la presentación de la renuncia continuaban en el servicio otros cinco profesionales (informe de fs. 62), y que se encontraba en condiciones de obtener el beneficio de la jubilación con treinta años de servicios computables (nota Nº 10479/08 y cómputo de servicios, fs. 7 y 3/4, respectivamente, del cuaderno de prueba), lo que importa afectación también del derecho consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y art. 74 de la Constitución Provincial. Nótese en este último sentido que el momento de presentación de la renuncia (agosto de 2008) coincide temporalmente con la fecha de la nota del ISSyS (telegrama y nota, fs. 1 y 7 del cuaderno de prueba).----------

--- De tal modo, el plazo de seis meses durante el cual se supedita la efectividad de la renuncia (art. 3 del decreto 1076/08) en el presente caso y dada las circunstancias

apuntadas resulta irrazonable por excesivo.----------
--- Es que, la razonabilidad es un standard valorativo que permite escoger una entre varias alternativas, más o menos restrictivas de los derechos, en tanto ella tenga una relación proporcional adecuada entre el fin de salud, bienestar o progreso, perseguido por la norma cuya constitucionalidad se discute y la restricción que ella impone a determinados derechos. En otras palabras, una norma reglamentaria es razonable cuando guarda adecuada proporción entre el objetivo buscado y el medio (intensidad de la restricción) empleado. … Así, la Corte suprema de Justicia ha expresado que procede comparar en sede judicial la relación existente entre la norma utilizada y el logro del bien social que se procura con ella, que una ley es arbitraria (lo contrario de razonable) cuando los medios que ella utiliza no se adecuan a los objetivos cuya realización procura. También la Corte descalificó como arbitrarias las normas que consagran una manifiesta iniquidad, porque al legislador no le está permitido obrar caprichosamente (Ekmekdjian, Miguel Ángel, obra citada, T. III, págs. 36/37).----------
--- Y evidente resulta que en la presente causa la normativa a estudio importó una restricción a la libertad de trabajar de excesiva intensidad que permite concluir que el medio utilizado (supeditar la renuncia por el plazo de seis meses impidiendo el acceso al beneficio jubilatorio) no estuvo acorde con el objetivo procurado (paliar la emergencia en el servicio de salud pública en materia de anestesiología).----------
--- Así, el medio resultó desproporcionado, pues aun cuando se obtenga el fin perseguido, lo excede pues dicho medio importa mantener a la actora en una situación de claro desconocimiento de su autonomía personal.----------
--- Si revisamos la lista de derechos básicos cuyo reconocimiento suponemos esencial del liberalismo, advertiremos que ella está, en parte, integrada por una variada gama de libertades para hacer ciertas cosas: profesar o no un culto religioso, expresar ideas de diferente índole, ejercer actividades laborales, asociarse con otros, trasladarse de un lugar a otro, elegir prácticas sexuales o hábitos personales que no afecten a terceros, etcétera. Puede advertirse que estos derechos a realizar ciertas conductas son especialmente amplios y genéricos; obsérvese la inmensa variedad de acciones que se encubren bajo el rótulo de “actividades laborales” o de “hábitos personales”. Esto sugiere que tal vez estos derechos derivan de un principio general que veda la interferencia en *cualquier* actividad que no cause perjuicio a terceros. (Éste es el principio establecido en el art. 19 de la Constitución argentina, por lo que es plausible sostener que esta cláusula hace explícito el principio subyacente a, por lo menos, muchos de los derechos que la Constitución consagra). … El principio liberal que está aquí en juego es el que puede denominarse “principio de *autonomía de la persona*” y que prescribe que *siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud*

que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Éste es el principio que subyace al principio más específico y menos fundamental que veda la interferencia estatal con conductas que no perjudican a terceros; tal interferencia es objetable en tanto y en cuanto ella puede implicar abandonar la neutralidad respecto de los planes de vida y las concepciones de excelencia personal de los individuos (Nino, Carlos Santiago, "Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación", Astrea, 2da. ed., 1989, págs. 201/202 y 204/205, respectivamente). ----------

--- Por todo lo expuesto, considero razonable el plazo de treinta días establecido en la legislación vigente (arts. 58 y 60 de la ley 2672, remisión a la ley 1987, específicamente al art. 38), que a su vez resulta coincidente con el fijado en la cláusula 15ª. del convenio de gestión (fs. 18/21, cuaderno de prueba) en función a los términos previstos por el art. 14 y anexo III del decreto 460/07, lo que lleva a desestimar los agravios vertidos.----------

--- 4. En consecuencia, también propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada a la apelante vencida, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 17 de la ley 4572).----------

--- Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, entiendo prudentes los honorarios que se propicia regular a favor del Dr. J. F. C., letrado apoderado de la parte actora, en la suma equivalente al 30% de la cantidad fijada para los emolumentos de primera instancia (arts. 6, 7, 14, y 47 de la ley 2.200), con más el I.V.A. correspondiente, y sin regular honorarios a los letrados de la demandada, en atención al régimen de imposición de costas y naturaleza de la representación que invisten (art. 2 de la ley del arancel, y art. 20 de la ley 5117).---------- Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó:---------- En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I) CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de agravio.---------- II) Imponer las costas de esta sede a la demandada vencida (conf. arts. 17 de la ley 4572 y 68 del CPCC).---------- III) Regular los honorarios, por la actuación en esta Alzada, del letrado apoderado de la actora, Dr. J. F. C. en un 30% de lo regulado al mismo en la anterior instancia, con más el IVA correspondiente.---------- Así lo voto.----------

---------- **A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:---------- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación.---------- Así lo voto. ---------- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta

por dos miembros del Tribunal por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Sergio Rubén Lucero (art. 8 de la ley 1130, To. ley 4550), pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

--- I) CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de agravio.----------

--- II) IMPONER las costas de esta sede a la demandada vencida (conf. arts. 17 de la ley 4572 y 68 del CPCC).----------

--- III) REGULAR los honorarios, por la actuación en esta Alzada, del letrado apoderado de la actora, Dr. J. F. C. en un 30% de lo regulado al mismo en la anterior instancia, con más el IVA correspondiente.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

--- REGISTRADA BAJO EL N° 70 DE 2008 – SDL.- Conste.----------

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA