Contenido

pensarJUSBAIRES
AÑO V. Nº 17 | SEP. 2018

PALABRAS DE LA DIRECCIÓN 3

ALICIA PIERINI

CLASE MAGISTRAL

EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA 4

HELENA LIBERATORI

INFORME UNESCO 1994

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS GENERACIONES FUTURAS 12

INFORME UNESCO 1997

RESPONSABILIDADES DE LAS GENERACIONES ACTUALES PARA CON LAS GENERACIONES FUTURAS 16

OPINIÓN

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGISLATURA EN COMISIÓN Y LAS COMISIONES DE LA LEGISLATURA 18

DANIEL RODRIGUEZ MASDEU Y MARÍA GRACIA NENCI

OPINIÓN

ACTUALIDAD EN MATERIA DE PROCESOS COLECTIVOS. 28

PEDRO GALMARINI

FALLO (SÍNTESIS**)**

CORTE IDH: CASO POBLETE VILCHES Y OTROS VS. CHILE 44

REVISTA
pensarJUSBAIRES
AÑO V. Nº 17 | SEP. 2018

directora
Dra. Alicia Pierini
comité asesor
Dr. Horacio Corti
Dra. Marta Paz
Dr. Gustavo Ferreyra
correctora
Nancy Sosa

diseño y producción
Editorial JusBaires
Diag. Julio A. Roca 530
www.editorial.jusbaires.gob.ar

Pensar JusBaires
Bolivar 177, 1º piso
www.pensar.jusbaires.gob.ar
Desarrollado por la Dirección de Informática y Tecnología del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.

DNDH N° 5346502

Impresa en Casano Gráfica S.A.
Ministro Brin 3932 (B1826DFY) Remedios de Escalada.
Buenos Aires - Argentina
Tel/Fax: 005411 42495562

Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Foto de tapa: Usina del Arte, La Boca, CABA. **Fotógrafa:** Micaela Ermili.

PALABRAS DE LA DIRECCIÓN

Esta entrega de **pensar**JUSBAIRES –número 17– corresponde al mes de septiembre, estación que inicia la primavera, una vez más. Un mes que nos remite al entusiasmo de la juventud.

Esa partitura de la Naturaleza, que amalgama la estación de las flores con la energía juvenil, nos anima a incluir en estas páginas dos textos elaborados por expertos de la UNESCO: La **"Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras"** (1994) y **"La Responsabilidad de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras"** (1997).

Son acuerdos internacionales –en los que Argentina estuvo representada– que nos convocan a pensar desde el HOY.

Es que además de lo aprendido del PASADO, seguimos manteniendo nuestros anhelos y esperanzas con miras a un FUTURO que deseamos promisorio para nuestros descendientes, con paz, con salud y con justicia.

Al mismo tiempo esta edición de **pensar**JUSBAIRES, retoma un cauce de reflexión y renovación de la esperanza al incluir en sus páginas la palabra del Papa Francisco. Fue con motivo de un panel sobre vivienda popular para los sectores desfavorecidos, que vibró la consigna de "Techo, Tierra y Trabajo" en el salón de nuestra querida Facultad de Derecho (UBA).

La Dra. Helena Liberatori fue –entre otros– quien expuso ese día, y quien nos regala su "Clase Magistral" en estas páginas de **pensar**JUSBAIRES.

A todos los colegas que han colaborado con sus textos en esta edición, les agradecemos su generosidad y su calidad intelectual.

Cordialmente

ALICIA PIERINI

PUBLICACIÓN DEL PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES • SEPTIEMBRE 2018

EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA

HELENA LIBERATORI*

En primer lugar, quiero expresar nuestro agradecimiento a Su Santidad el Papa Francisco, por habernos propuesto esta reunión en nuestra querida Facultad de Derecho, a fin de reflexionar sobre temas muy dolorosos y de cómo renovar la esperanza en un mundo mejor para todos.

Dijo el Santo Padre Papa Francisco, en su discurso del 9 de julio de 2015 en Santa Cruz de la Sierra (Estado Plurinacional de Bolivia):

> *"La Biblia nos recuerda que Dios escucha el clamor de su pueblo y quisiera yo también volver a unir mi voz a la de Ustedes: "**Las famosas tres T": tierra, techo y trabajo** para todos nuestros hermanos y hermanas. Lo dije y lo repito: **son derechos sagrados"**.*
>
> *"...algo tan **elemental e innegablemente necesario** como el derecho a "las tres t": tierra, techo y trabajo..., son temas entre los más importantes para la sociedad..."*

Esta reunión trata de estos derechos sagrados.

Y en particular, me referiré al derecho fundamental de acceso a la vivienda digna.

El derecho a la vivienda digna es un derecho de rango constitucional, personalísimo, hace a la dignidad del ser humano. Es un derecho que visto desde la perspectiva del mundo de la satisfacción se encuentra protegido, vigente, pero que visto desde la perspectiva de las necesidades básicas insatisfechas presenta un enorme déficit en relación a muchas personas que la propia Constitución de la Ciudad denomina como integrantes de la "pobreza crítica".

En relación a ello, la Ciudad tiene "paradores nocturnos" cuyas lamentables condiciones materiales y de funcionamiento también fueron objeto de una acción judicial en su momento. Además existen hoteles que en la generalidad de los casos presentan pésimas condiciones además del alto costo.

En el caso "Quisberth Castro Sonia Yolanda c/GCBA s/amparo" que llevara adelante la Defensora General Adjunta Dra. Graciela Christe, la Corte Suprema dejó plasmada las condiciones edilicias de estos lugares que carecen de habitaciones o baños privados y alojan a más de una familia. Ese caso redundaba en un perjuicio concreto en la salud del niño, puesto que al no haber más que una cocina común, y dado que el niño por su patología se expresaba en chillidos molestando a otras personas, la

*Titular del Juzgado Contencioso, Administrativo y Tributario número 4 de la ciudad de Buenos Aires.

DICIALES
IRES

madre se veía obligada a darle de comer en la habitación únicamente papillas. Debido a eso, el niño no sabía masticar alimentos. Además el niño, habiendo contraído Hepatitis A por el uso compartido de baños, finalmente pasó a hacer sus necesidades fisiológicas en un tacho en la precaria habitación.

También las ocupaciones de tierras se vinculan con el derecho a la vivienda en su aspecto deficitario.

Con motivo de la ocupación del Parque Indoamericano ocurrida en diciembre de 2010 por parte de personas integrantes de un colectivo social, económicamente vulnerables, que reclamaban viviendas dignas para habitar, se suscitó una polémica con respecto al encuadramiento jurídico de esos hechos.

Hay quienes -incluso actualmente- sostienen que es impropio reclamar manifestando u ocupando de facto algún lugar para vivir en defensa de sus derechos personales legítimos y avasallados, sino que existe un delito, -concretamente- el de usurpación. Por la otra, quienes sostuvimos y sostenemos que no hay tal delito, que dicha visión responde al afán de "criminalizar", y que es un abordaje del conflicto social de corte punitivista, que rechazamos de plano.

Una anécdota no menor en este caso fue que la jueza penal de la Ciudad Dra. Nazar fue denunciada ante el Consejo de la Magistratura de la CABA por esa decisión, que evidentemente, no fue del agrado de las autoridades de entonces. Es que la "*sensibilidad constitucional de los jueces*" (según el jurista italiano Calamandrei) se da de bruces, y cómo!!!!!!! con la sensibilidad política.

Recientemente, y aludiendo a esta difícil realidad social, en Uruguay el Jefe de Policía Comisario Mario Layera decía en un reportaje: "*la incidencia de un consumo desmedido, la exhibición de una oferta de bienes que si uno no accede eso no existe, y núcleos importantes de la población que llegan a la conclusión de que no van a acceder a eso por vías legales (...) Un individuo por fuera absolutamente del sistema (...) Allí hay problemas en el primer nivel de socialización, que es la familia. Luego no van a estudiar. Tienen generaciones de familiares con antecedentes. Mandan a la Policía al frente en vez de enviar asistentes sociales que tengan un registro histórico de esas poblaciones.* ***Ahí es más eficiente un trabajador social que un policía"***

El aporte de la Universidad de Buenos Aires

La Universidad de Buenos Aires, a través del Programa Interdisciplinario sobre Marginaciones Sociales, organizó en el año 2016 el Segundo Encuentro Participativo: Hábitat y Vivienda, cuyo documento de base releva las siguientes situaciones sociales vinculadas a la falta o insuficiencia de políticas públicas.

Sobre la base de los datos del Censo 2010, la población en la Ciudad no ha variado sustancialmente desde 1947. Cerca de 500.000 personas viven en condiciones habitacionales deficitarias por necesidades específicas de vivienda o por carencia de servicios, precariedad de las construcciones o hacinamiento (el 10,9% en hacinamiento y un 1,6% en hacinamiento crítico).

Parte de esa población vulnerada habita en el 4,8% de las viviendas de la ciudad, que está formada por hoteles, pensiones, inquilinatos, conventillos y construcciones no destinadas a vivienda, y un 6% en villas y asentamientos precarios.

"*La situación de las villas de emergencia en la ciudad es alarmante por su endeblez. Por un lado el gobierno la ignora sub ejecutando el presupuesto, y desatendió mandatos judiciales específicos (como el de urbanizar la Villa Rodrigo Bueno junto a la Reserva Ecológica o la Villa 20 en Lugano)",* tal como lo destacaba Gabriela Massuh en el año 2014.

Recién con el cambio de gestión del año siguiente el gobierno en la ciudad encaró procesos de reurbanización y de construcción de viviendas sociales en Villa 20, previo episodio de ocupación de un predio en reclamo de soluciones de vivienda y hábitat.

“La situación de las villas de emergencia en la ciudad es alarmante por su endeblez. Por un lado el gobierno la ignora sub ejecutando el presupuesto, y desatendió mandatos judiciales específicos (como el de urbanizar la Villa Rodrigo Bueno junto a la Reserva Ecológica o la Villa 20 en Lugano)”, tal como lo destacaba Gabriela Massuh en el año 2014.

Qué es ser pobre?

¿Qué es “ser pobre” en esta ciudad de Buenos Aires”, se preguntaba el hoy Papa Francisco en una de sus homilías en la Catedral.

”En esta ciudad de Buenos Aires están los que “caben” en este sistema y los que no “caben” para los que no hay trabajo, ni pan, ni dignidad. Y esos que “sobran” son el material de descarte, porque también en esta ciudad se descarta a las personas y estamos llenos de “volquetes existenciales” de hombres y mujeres que son despreciados”

Tenemos unos números provenientes del Censo Popular 2017 realizado en el marco de un amparo judicial por sectores oficiales, como la Defensoría General (Ministerio Público de la Defensa) a cargo del Dr. Corti, y más de treinta entidades vinculadas a esta problemática.

Cabe decir que en la Ciudad de Buenos Aires este colectivo de personas tanto en efectiva situación de calle como en riesgo de estarlo ha sido contemplado en la ley 3706 que establece que anualmente el Gobierno debe llevar a cabo un relevamiento a fin de determinar las consecuentes políticas públicas a implementar.

De ese Censo surge por ejemplo una prevalencia de varones (77%) por sobre las mujeres (22%); dentro del porcentaje de mujeres se relevaron 41 casos con embarazo en curso, y un 1% de personas transexuales.

Respecto del rango etáreo de las personas encuestadas, el 33% resultó ser menor de 30 años, el 23% se ubica entre los 30 y 39 años, el 21% tiene entre los 40 y 49 años, el 15% entre 50 y 59 años y el resto supera los 60 años.

Con relación al tiempo de permanencia en la calle el 38% manifestó estarlo desde hace más de 6 años, le sigue un 20% que está desde hace 3 a 6 años y luego un 18% que dijo estarlo desde hace 1 o hasta 3 años.

La falta de solución a esta problemática queda plasmada también en el dato duro que indica que **el 78 % de los encuestados duermen todos los días en la calle.** Esto grafica que la situación de las personas en situación de calle no puede resolverse con la existencia de paradores transitorios. Ello nos confirma que pese a la existencia de los paradores hay un gran porcentaje de los encuestados que duerme todos los días en la calle.

Cabe destacar que el 75% de las personas encuestadas (1.608) manifestó no tener ingresos fijos, y de las personas que dijeron tenerlo (409) sólo un 46.7% declaró que proviene de planes sociales, lo que demuestra que el subsidio asistencial que brinda el GCBA no es universal para todos los casos y tampoco estaría siento efectivo para atenuar la situación económica de las personas que viven en situación de calle.

Atento el incumplimiento de la Ley 3706 por parte del GCBA y considerando que la no generación de políticas públicas al respecto engrosa y subsume aún más al colectivo de personas en

situación de calle y en riesgo de estarlo, las acciones desplegadas por el Gobierno de la Ciudad de Bs.As. son insuficientes.

Dichas acciones encuadran a mi modo de ver en lo conocido como "*necropolítica*" en términos de Achille Mbembe (2011), quien explica la noción de *biopoder* desarrollada por Foucault, quien entendía que el poder ha establecido su control sobre el dominio de la vida, en tanto genera las condiciones para que las personas en calle o en riesgo de estar, atraviesen lo que Lauren Berlant (2007) denomina una "*muerte lenta*".

Es decir, segrega personas entre las que deben vivir y las que deben morir.

En la noción de *muerte lenta,* según Berlant, el foco está en las condiciones sociales estructurales y su articulación con las experiencias vividas, lo que nos lleva al hecho de que hayan personas marcadas por el desgaste.

El desgaste y el descarte

Hay que advertir que esta experiencia de vida, la del desgaste, no es un período de crisis en la vida de estas personas sino que el desgaste atraviesa todo su período ordinario de vida todos los días de su vida.

A su vez, este estado de desgaste es naturalizado, y así lo vemos cotidianamente en cualquier parte de esta Ciudad; forma parte de la conciencia ordinaria y se ha entrelazado con la vida cotidiana del resto de la sociedad, es decir, nosotros.

Lo expuesto queda evidenciado según el aludido informe del Dr. Corti cuando indica que el 38% de las personas encuestadas hace más de 6 años que vive en la calle, el 20% hace de 3 a 6 años que vive en esa situación, y un 18% lo hace desde 1 a 3 años, por lo que es evidente que las personas en situación de calle transcurren allí su vida, y mueren en la calle.

Trato de imaginar ese drama: debajo de una frazada, alguien muerto. Supongo que lo que sigue es llevarlo a una morgue, muy probablemente como NN y luego sus huesos estarán en las aulas de la Facultad de Medicina.

Dice Francisco en la Encíclica Laudato SI, hablando de contaminación, basura y cultura del descarte: *"la cultura del descarte afecta tanto a los seres humanos excluidos como a las cosas que rápidamente se convierten en basura"*. Me temo que estamos en el punto en que también hay seres humanos que son basura.

Zygmun Bauman describe a este colectivo social al que denomina "*vagabundos indeseables*", "los de abajo", "los hundidos". Como también decía el sociólogo argentino de los años 60, José Luis de Ímaz, dentro de la sociedad: "*A 'los de abajo' les sucede que los echan una y otra vez del lugar que quisieran ocupar. Si no se mueven, a veces les quitan el piso de bajo los pies.*

Tal vez ocupen un lugar muy desagradable que abandonarían con gusto, si no fuera porque no tienen dónde ir y difícilmente los recibirían de buen grado allí donde quieren decidan instalarse.

"*Los 'vagabundos' no son bienvenidos en ninguna parte. Son aguafiestas por su mera presencia, no aceitan las ruedas de la sociedad de consumo, no aportan nada a la prosperidad de la economía transformada en industria turística. Son inútiles en el único concebible de la palabra 'utilidad' en una sociedad de consumidores o turistas. Por ser inútiles, son indeseados. Por ser indeseados, son candidatos naturales a la marginación, y a convertirse en chivos expiatorios*".

En igual sentido, el Juez Roberto Gallardo en el caso "Castro Vargas (2006)" dijo: *"Para aventar cualquier suspicacia intelectual, que el conjunto de personas involucradas en estos programas asistenciales no está conformado por sujetos antisociales, marginales autodefinidos o delincuentes. En su gran mayoría se trata de grupos familiares excluidos del sistema económico por la desocupación o subocupación. Familias enteras pauperizadas, muchas de ellas con buen nivel de formación educativa y todas deseosas de acceder a un trabajo que les permita "volver" a ser"*.

Dice Francisco en la Encíclica Laudato SI, hablando de contaminación, basura y cultura del descarte: “la cultura del descarte afecta tanto a los seres humanos excluidos como a las cosas que rápidamente se convierten en basura”.

Nuestra Constitución reconoce a nuestros pobres y excluidos

La Constitución porteña, que muchas veces utiliza la expresión sectores de la “pobreza crítica”, o “con necesidades especiales de escasos recursos”, establece en el artículo 31 que **la Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado**, para lo cual también prevé el cómo: incorporación de inmuebles ociosos, planes auto gestionados, recuperación de viviendas precarias, regularización dominial catastral, y algo muy importante, con criterio todo ello de “radicación definitiva”.

O sea que la Constitución les hace un lugar en la Ciudad a los “hundidos”.

Los pobres y excluidos son destinatarios de la tutela constitucional porteña. Por ello, se dispone que la Ciudad debe desarrollar políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos (artículo 17); la Ciudad debe asistir a las personas con necesidades básicas insatisfechas (art. 17); debe promover el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades (art. 17); debe promover el desarrollo humano y económico equilibrado que evite y compense las desigualdades zonales dentro de su territorio (art. 18); debe resolver progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de la pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos (art. 31, inc.1); debe promover la integración urbanística y social de los pobladores marginados (artículo 31, inciso 2); debe promover la recuperación de las viviendas precarias (art. 31, inciso 2).

Cuánto de todo ello se encuentra pendiente?

Desde el año 2005 aproximadamente se iniciaron acciones judiciales con intervención activa del Asesor Tutelar Dr. Gustavo Moreno, a fin de que el GCBA reconociera ese derecho y por ende, se reurbanizarán los barrios vulnerados, lo cual significa el tendido de redes para la provisión de servicios públicos elementales como la luz, el agua potable y la sanidad, además de la pavimentación de calles.

Como antes dijera, la primera sentencia en tal sentido en el 2011 mereció el calificativo de “disparate”, por el entonces Jefe de Gobierno de la Ciudad.

Hoy celebramos los varios procesos encarados por la actual gestión de gobierno de la Ciudad, por ejemplo en los Barrios Rodrigo Bueno, Villa 20, Barrio Papa Francisco, la construcción de viviendas sociales en Lugano, y los procesos de consenso llevados a cabo para posibilitar realojos, mejorando así la calidad de vida o posibilitando adquirir la vivienda propia.

Dice el Papa Francisco en Laudato SI:

Hoy tenemos que decir “no a una economía de la exclusión y de la inequidad”. Esa economía mata. No puede ser que no sea noticia que muere de frío un anciano en situación de calle y que sí lo sea una caída de dos puntos en la bolsa. Eso es exclusión.

“Lamentablemente hay una general indiferencia ante estas tragedias, que suceden ahora mismo en distintas partes del mundo. La falta de reacciones ante estos dramas de nuestros hermanos y hermanas es un signo de la pérdida de aquel sentido de responsabilidad por nuestros semejantes sobre el cual se funda toda sociedad civil”, apelando en el discurso de Bolivia a que junto con la reivindicación de los legítimos derechos, los pueblos y organizaciones sociales construyan una alternativa humana a la globalización”.

Hoy tenemos que decir “no a una economía de la exclusión y de la inequidad”. Esa economía mata. No puede ser que no sea noticia que muere de frío un anciano en situación de calle y que sí lo sea una caída de dos puntos en la bolsa. Eso es exclusión.

No se puede tolerar más que se tire comida cuando hay gente que pasa hambre. Eso es inequidad. Hoy todo entra dentro del juego de la competitividad y de la ley del más fuerte, donde el poderoso se come al más débil. Como consecuencia de esta situación, grandes masas de la población se ven excluidas y marginadas: sin trabajo, sin horizontes, sin salida.

Se considera al ser humano en sí mismo como un bien de consumo, que se puede usar y tirar. Hemos dado inicio a “la cultura del descarte” que, además se promueve. Ya no se trata simplemente del fenómeno de la explotación y de la opresión, sino de algo nuevo: con la exclusión queda afectada en su misma raíz la pertenencia a la sociedad en la que se vive, pues ya no se está en ella abajo, en la periferia, o sin poder, sino que se está fuera. Los excluidos no son “explotados” sino desechos, “sobrantes”. (53) (cita de la Encíclica Evangelii Gaudium)

Desde el discurso de Bolivia sobre las tres T, en julio de 2015, he incluido en mis sentencias sobre personas sin techo, estas citas del Papa Francisco que interpelan nuestra conciencia y nos hacen preguntar para qué sirve nuestro trabajo judicial si los balances no son equilibrados, en todo caso, nos mantienen despiertos.

Es como un horizonte que nunca alcanzaremos pero que nos marca el rumbo, como decía Eduardo Galeano: “**las utopías, hacen que no abandonemos el camino”.**

NOTA

La autora agradece a los integrantes del Comité Organizador de esta Jornada Franciscana, Monseñor Sánchez Sorondo, al Juez Roberto Gallardo y al Asesor Tutelar Dr. Gustavo Moreno.

Ciudad del Vaticano, 4 de junio de 2018

A los Participantes de la Primera Jornada sobre Derechos Sociales

Hermanas y hermanos:

Me alegra saberlos reunidos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires discurriendo sobre el impacto de la Doctrina Social de la Iglesia. Reunirse para pensar es un verdadero logro y mucho más cuando se trata de pensar en el otro. Ustedes se han reunido para imaginar, diseñar, sostener un mundo nuevo asumiendo el viejo mundo de las normas.

Por sobre sus necesidades personales y sus propios intereses profesionales los motiva la inquietud colectiva. Debatir sobre la persona y poner énfasis en la persona vulnerable y desplazada, descartada, desplaza el centro de vuestros pensamientos y actos hacia los demás, lo cual además de ser profundamente cristiano es esencialmente bueno.

Los tiempos nos plantean nuevos desafíos. En una paradoja irracional la mayor tecnología nunca antes vista, lejos de ser usada para mejorar la condición de vida de la humanidad termina orientada hacia la segregación y la guerra. Los derechos, y sobre todo los derechos sociales, se encuentran seriamente amenazados por los vientos de una economía deshumanizada, en el cual el centro es el dinero. Me referí reiteradamente sobre los efectos que este sistema económico de descarte y sometimiento produce y producirá sobre los humanos y sobre el planeta.

La organización de los pueblos, los derechos sociales, el ejercicio de la democracia merecen, entonces, un serio análisis. Los actores judiciales son centrales en este proceso y deben asumir con responsabilidad y entereza el rol político institucional para el cual han sido ungidos, sin olvidar nunca, y por sobre todo, que son seres humanos y que se deben a otros seres humanos. Se deben a su comunidad, a su familia, a su patria y, por cierto, para aquellos que creen, recuerdo que se deben al camino que Dios les ha dado para transitar.

Deseo que esta Jornada sea el inicio de varias más, y que tal vez confluyan en el futuro con otros países de la región, y por qué no, entre regiones diversas efectuadas por idénticos males y necesitadas de eficaces alternativas jurídico normativas.

Les envío un cordial saludo, rezo por todos Ustedes y les pido a quienes creen que lo hagan por mí y a los que no, que me piensen con benevolencia.

Fraternalmente,

Francisco

PUBLICACIÓN DEL PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES • SEPTIEMBRE 2018

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS GENERACIONES FUTURAS

pensarJUSBAIRES *quiere resaltar en esta edición los derechos humanos para las generaciones futuras en el convencimiento de que la Humanidad, a esta altura del siglo XXI, ha avanzado lo suficiente en la limitación de los aspectos discriminativos que entorpecieron durante centurias la convivencia y el bienestar de los seres humanos.*

ARTÍCULO 1

Derecho a una Tierra preservada

Las personas pertenecientes a las generaciones futuras tiene derecho a una Tierra indemne y no contaminada, comprendido el derecho a un cielo puro; tienen derecho a disfrutar de esta Tierra que es el soporte de la historia de la humanidad, de la cultura y de los lazos sociales, lo que asegura a cada generación y a cada individuo su pertenencia a la gran familia humana.

ARTÍCULO 2

Derecho a la libertad de opción de las generaciones futuras

Cada generación que recibe como herencia momentánea la Tierra tiene solamente el mandato de administrarla, con el compromiso ante las generaciones futuras de impedir todo atentado irreversible a la vida sobre la Tierra y de respetar la libertad de opción, que debe permanecer total, en cuanto a su sistema económico, social y político.

ARTÍCULO 3

Derecho a la vida y a la preservación de la especie humana

Las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a la vida y al mantenimiento y perpetuación de la Humanidad en las diversas expresiones de su identidad. Por consiguiente, está prohibido causar daño de cualquier manera que sea a la forma humana de la vida, en particular con actos que comprometan de modo irreversible y definitivo la preservación de la especie humana, así como el genoma y la herencia genética de la Humanidad, o tiendan a destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, nacional o religioso.

ARTÍCULO 4

Derecho a conocer sus orígenes y su identidad

Las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a conocer su origen, su identidad y su historia, tanto personales como colectivos, conforme a la ley y en la medida que sea compatible con el derecho a la intimidad, y de recibir información sobre los diferentes sistemas de valores para permitir la libre formación de sus voluntades.

ARTÍCULO 5

Exención de toda responsabilidad individual por las acciones cometidas por las generaciones precedentes

Las personas pertenecientes a las generaciones futuras no pueden jurídicamente, salvo si de ello extrajeran un provecho personal, ser hechas individualmente responsables por las acciones u omisiones contrarias al derecho de gentes o a las leyes de la humanidad que hayan sido cometidas en el pasado, especialmente por individuos o grupos con los que tengan lazos de parentesco o cualquier otro vínculo étnico o nacional.

ARTÍCULO 6

Limitación de perjuicios futuros al derecho de propiedad

Las personas pertenecientes a las generaciones futuras, solas o en colectividad, son susceptibles de tener y ejercer el derecho de propiedad. Este derecho no ha de ser vaciado de su substancia por leyes que tengan como consecuencia hacer soportar a las generaciones futuras, de forma injusta y no equitativa, la carga de las medidas juzgadas necesarias en interés del momento.

ARTÍCULO 7

Derecho a la conservación y transmisión de los bienes culturales

Las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a disfrutar de los bienes culturales que están formados por las aportaciones de todas las culturas del mundo. Sus elementos constitutivos deben ser preservados en su marco y transmitidos a las generaciones futuras como patrimonio común de la humanidad.

ARTÍCULO 8

Derecho al desarrollo individual y colectivo sobre la Tierra

El derecho al desarrollo es un derecho inalienable del hombre, en virtud del cual las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a beneficiarse de las mejores condiciones económicas, sociales y culturales que propicien su desarrollo individual y colectivo, espiritual y material. La adquisición, difusión y utilización de los conocimientos científicos, técnicos y médicos, entre otros, debe siempre tener lugar en beneficio de las generaciones futuras.

ARTÍCULO 9

Derecho a un Medio Ambiente ecológicamente equilibrado

Las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a un medioambiente sano y ecológicamente equilibrado, propicio para su desarrollo económico, social y cultural. Por consiguiente, los Estados, los individuos y todas las entidades públicas y privadas tienen el deber de no aportar modificaciones desfavorables a las condiciones de vida, especialmente a las condiciones climáticas y a la biodiversidad, y, de modo general, de vigilar constantemente y en todos los dominios, el progreso científico y técnico, para que sus consecuencias no perjudiquen a la vida sobre la tierra, a los equilibrios naturales y al bienestar de las generaciones futuras. Además, los Estados tienen la obligación de vigilar la calidad y diversidad del medio ambiente y de terminar en particular las consecuencias de los grandes proyectos sobre las generaciones futuras.

ARTÍCULO 10

Derecho de uso respecto del patrimonio común de la humanidad

Nadie puede reivindicar un derecho exclusivo sobre el patrimonio común de la humanidad, tal como es reconocido hoy y en el porvenir. Todas las generaciones tienen derecho al uso del patrimonio común de la humanidad, siempre y cuando este derecho no agote su substancia de forma irreversible o no modifique su calidad.

ARTÍCULO 11

Derecho a la paz y a ser resguardados de las consecuencias de guerras pasadas

Las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a ser resguardadas del azote de la guerra. Todas las medidas necesarias

a tal efecto deberán ser siempre adoptadas, en particular las destinadas a que las personas pertenecientes a las generaciones futuras no queden expuestas a las consecuencias perjudiciales para su vida, salud o medio ambiente de los conflictos armados pasados, especialmente del uso de armas prohibidas y de destrucción masiva y de todas las acciones preparatorias y conexas con tales conflictos.

ARTÍCULO 12

Prohibición de futuras discriminaciones

Las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a nacer libres e iguales en dignidad y en derechos. En consecuencia, cada generación debe comprometerse a no tomar ninguna medida que tenga por efecto provocar en el futuro cualquier tipo de discriminación entre los seres humanos, así sea fundada en la etnia, raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, posición económica, nacimiento o cualquier otra situación.

ARTÍCULO 13

Intangibilidad de los derechos humanos de las personas pertenecientes a las generaciones futuras

Cada generación debe velar en todo momento por que los derechos de las personas pertenecientes a las generaciones futuras estén plenamente salvaguardados y no resulten sacrificados a los imperativos del interés contingente. Ningún derecho enunciado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los Pactos de Derechos Humanos, en los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos, así como en cualquier otro instrumento jurídico presente o por venir, y en particular en los Convenios dedicados a la protección de los bienes culturales y del medio ambiente, podrá ser interpretado o aplicado en el sentido de que confiera derecho alguno a un Estado, a un grupo o a una persona, para emprender actividades o realizar actos tendientes a la destrucción de los derechos humanos de las generaciones futuras. En consecuencia, las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen un derecho inalienable y oponible a toda fuente de poder a ejercer todos los derechos humanos tal como están garantizados por la comunidad internacional.

ARTÍCULO 14

Puesta en práctica de los derechos humanos de las generaciones futuras

Los Estados, las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales, los individuos y, de una manera general, todas las entidades públicas y privadas deben asumir plenamente sus deberes para con las generaciones futuras y deben velar siempre para que los derechos humanos de las generaciones futuras no se sacrifiquen a los imperativos de la facilidad inmediata y del interés actual. A tal efecto, los estados, teniendo en su espíritu las exigencias de la solidaridad internacional, adoptarán las medidas apropiadas, de orden legislativo o cualquier otro, y con el recurso a la cooperación internacional especialmente en los planos jurídico y político, económico, cultural y técnico, y en los dominios de la enseñanza y la investigación, para preservar y garantizar los derechos humanos de las generaciones futuras.

PUBLICACIÓN DEL PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES • SEPTIEMBRE 2018

RESPONSABILIDADES DE LAS GENERACIONES ACTUALES PARA CON LAS GENERACIONES FUTURAS

Esta resolución fue adoptada el 12 de noviembre de 1997 por la Conferencia General de la UNESCO, en su 29ª reunión anual sobre las responsabilidades que le caben a las generaciones actuales respecto del futuro de la humanidad.

Artículo 1

Necesidades e intereses de las generaciones futuras

Las generaciones actuales tienen la responsabilidad de garantizar la plena salvaguarda de las necesidades y los intereses de las generaciones presentes y futuras.

Artículo 2

Libertad de elección

Es importante tomar todas las providencias necesarias para que, respetando los derechos humanos y las libertades fundamentales, las generaciones presentes y futuras puedan escoger libremente su sistema político, económico y social y preservar su diversidad cultural y religiosa.

Artículo 3

Mantenimiento y perpetuación de la humanidad

Las generaciones actuales deben esforzarse por asegurar el mantenimiento y la perpetuación de la humanidad, respetando debidamente la dignidad de la persona humana. En consecuencia, no se ha de atentar de ninguna manera contra la naturaleza ni la forma de la vida humana.

Artículo 4

Preservación de la vida en la Tierra

Las generaciones actuales tienen la responsabilidad de legar a las generaciones futuras un planeta que en un futuro no esté irreversiblemente dañado por la actividad del ser humano. Al recibir la Tierra en herencia temporal cada generación debe procurar utilizar los recursos naturales razonablemente y atender a que no se comprometa la vida con modificaciones nocivas de los ecosistemas y a que el progreso científico y técnico en todos los ámbitos no cause perjuicios a la vida en la Tierra.

Artículo 5

Protección del medio ambiente

1. Para que las generaciones futuras puedan disfrutar de la riqueza de los ecosistemas de la Tierra las generaciones actuales deben luchar en pro del desarrollo sostenible y preservar las condiciones de la vida y, especialmente, la calidad e integridad del medio ambiente.

2. Las generaciones actuales deben cuidar de que las generaciones futuras no se expongan a una contaminación que pueda poner en peligro su salud o su propia existencia.
3. Las generaciones actuales han de preservar para las generaciones futuras los recursos naturales necesarios para el sustento y el desarrollo de la vida humana.
4. Antes de emprender grandes proyectos, las generaciones actuales deben tener en cuenta sus posibles consecuencias para las generaciones futuras.

Artículo 6

Genoma humano y diversidad biológica

Ha de protegerse el genoma humano, respetándose plenamente la dignidad de la persona humana y los derechos humanos, y preservarse la diversidad biológica. El progreso científico y tecnológico no debe perjudicar ni comprometer de ningún modo la preservación de la especie humana ni de otras especies.

Artículo 7

Diversidad cultural y patrimonio cultural

Las generaciones actuales deberán velar por preservar la diversidad cultural de la humanidad respetando debidamente los derechos humanos y libertades fundamentales. Las generaciones actuales tienen la responsabilidad de identificar, proteger y conservar el patrimonio cultural material e inmaterial y de transmitir ese patrimonio común a las generaciones futuras.

Artículo 8

Patrimonio común de la humanidad

Las generaciones actuales han de utilizar el patrimonio común de la humanidad, según lo define el derecho internacional, sin comprometerlo de modo irreversible.

Artículo 9

Paz

1. Las generaciones actuales deben velar por que tanto ellas como las generaciones futuras aprendan a convivir en un ambiente de paz, seguridad y respeto del derecho internacional, los derechos humanos y las libertades fundamentales.
2. Las generaciones actuales deben preservar a las generaciones futuras del flagelo de la guerra. Con ese fin, han de evitar que las generaciones futuras sufran las consecuencias perjudiciales ocasionadas por los conflictos armados y otros tipos de agresiones y la utilización de armas, contrarios a los principios humanitarios.

Artículo 10

Desarrollo y educación

1. Las generaciones actuales han de legar a las futuras las condiciones para un desarrollo socioeconómico equitativo, sostenible y universal, tanto individual como colectivo, en particular, mediante una utilización justa y prudente de los recursos disponibles a fin de luchar contra la pobreza.
2. La educación es un instrumento importante para el desarrollo de los seres humanos y las sociedades. Debe utilizarse para fomentar la paz, la justicia, el entendimiento, la tolerancia, la igualdad en beneficio de las generaciones actuales y futuras.

Artículo 11

No discriminación

Las generaciones actuales deben abstenerse de realizar actividades y de tomar medidas que puedan ocasionar o perpetuar cualquier forma de discriminación para generaciones futuras.

PUBLICACIÓN DEL PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES • SEPTIEMBRE 2018

PROCEDIMIENTO PARLAMENTARIO:

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGISLATURA EN COMISIÓN Y LAS COMISIONES DE LA LEGISLATURA

DANIEL RODRIGUEZ MASDEU Y MARÍA GRACIA NENCI*

En esta nota especial para **pensar**JUSBAIRES *los autores analizan cuándo y cómo la Legislatura porteña se encuentra en Comisión y de qué modo los legisladores aprueban dictámenes y votan al respecto.*

Previo al inicio de esta ponencia, vale tomar algunos fragmentos del "Derecho Procesal Parlamentario", autoría del Dr. Eduardo Menem, quien ejerció durante veintidós años de parlamentario nacional en democracia. Casi "no hay bibliografía que se refiera al procedimiento parlamentario", dice el Dr. Menem, y bien podemos agregar que mucho menos bibliografía hay al respecto en la Legislatura porteña puesto que es una institución muy joven, nacida en 1998.

La Legislatura en Comisión y las Comisiones de la Legislatura son el eje de este texto. Más allá de tomar en cuenta que "en la mayoría de los Parlamentos se le asignan a los bloques facultades para proponer a los integrantes de las Comisiones" tanto sea para la planificación del trabajo como para proponer los candidatos que ocuparán cargos directivos del cuerpo.

Es importante la participación de los bloques en la integración de las comisiones (permanentes o especiales), por cuanto a ellos les corresponde la representación política, en forma proporcional, para la integración de dichas Comisiones.

Asimismo la Legislatura puede por sí misma -según lo disponga el Reglamento- convertirse en Comisión. Para introducirnos en este análisis debemos formularnos varias preguntas a fin de desentrañar su naturaleza jurídica.

*Daniel RODRIGUEZ MASDEU y María Gracia NENCI Abogados U.B.A., Asesores Parlamentarios (Legislatura C.A.B.A. - U.T.N.), Especialistas en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales y en Interpretación y Aplicación de la Constitución (Universidad de Castilla - La Mancha). Director y Subdirectora de los Institutos de Derecho Parlamentario del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. (agregamos también la AAJC).

1.- ¿Qué es la Legislatura en Comisión?

La primera pregunta a fin de averiguar su naturaleza: ¿es la Legislatura en Comisión tal como es la Legislatura, o es como una Comisión de las permanentes?

Algunos intentan sostener que la Legislatura en Comisión es la Legislatura misma. Pero nos permitimos recordar, a efectos de refutar dicha apreciación que, según dispone el final del artículo 213[1] del Reglamento del cuerpo, la Legislatura en Comisión, ***"no puede pronunciar sanción legislativa"*** sobre los temas que debate. Por consiguiente, si no puede expresarse a través de una Ley, Declaración o Resolución, es que no se trata, sin duda alguna, de la Legislatura real.

Vale decir que si no es la Legislatura y está compuesta solamente por Legisladores[2], podemos entender a la "Legislatura en Comisión" como a una "Comisión de carácter permanente de la Legislatura con características distintivas".

En síntesis, entonces, decimos que la **Legislatura en Comisión es una Comisión Permanente de la Legislatura.**

2.- El marco jurídico que regula el funcionamiento de la "Legislatura en Comisión" es el de la normativa constitucional y las reglamentarias.

2.1- Normativa Constitucional: La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al igual que la Constitución Nacional y las normas fundamentales provinciales, no contempla en su articulado, respecto de la Función o Poder Legislativo, referencia alguna acerca de la naturaleza o funcionamiento de la Legislatura en Comisión (o Cuerpo Legislativo constituido en Comisión), con lo cual debemos descartar que su marco normativo sea de carácter constitucional.

No obstante ello, al igual que la Constitución Nacional y las Provinciales, la Constitución

de la CABA, en este caso específico, en el inciso 1º del artículo 81, del TITULO TERCERO: PODER LEGISLATIVO, CAPITULO SEGUNDO - ATRIBUCIONES, expresa que con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros (31) "dicta su reglamento".

2.2 - Normativa Reglamentaria: El Reglamento de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dictado de acuerdo a lo antedicho, es similar al del Senado de la Nación y la Cámara de Diputados de la Nación, en cuanto que ambos reglamentos nacionales hacen referencia en diferentes artículos a la Constitución del Cuerpo en Comisión.

Así también la encontramos normada en varios Reglamentos de los Poderes o Funciones Legislativas Provinciales. Por consiguiente, el marco de análisis respecto de **la naturaleza de la Legislatura en Comisión es el Reglamento**.

3.- Acerca del Reglamento de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Pasamos ahora a citar algunos de los Títulos (en la parte que nos interesa a efectos de este trabajo) en que se ha dividido el Reglamento de la Legislatura:

...TITULO III: De las Sesiones en general. ...TITULO IX: De la Comisión de Labor Parlamentaria. TITULO X: De las Comisiones y de las Juntas. ...TITULO XVII: De la Discusión de la Legislatura en Comisión. TITULO XVIII: De la Discusión en la Sesión. ...TITULO XIX: Del Orden de la Sesión. ...TITULO XX: De las disposiciones generales sobre la sesión...

Podemos apreciar cómo los Legisladores Originarios (de la primer Legislatura) han intentado ordenar el Reglamento: primero, estableciendo los tipos de Sesión (Título III) y luego, avocándose al desarrollo de las Comisiones en los Títulos IX[3] (De Labor Parlamentaria) y X (Comisiones y Juntas).

Después de los mencionados anteriormente se dedicaron a unos pocos artículos en un Título aparte, el XVII, sobre el desarrollo de la "Discusión de la Legislatura en Comisión".

Es importante destacar aquí que este Título (T. XVII) es previo y fuera de lo dispuesto al entrar de lleno, posteriormente, en el desarrollo de las Sesiones de la Legislatura (Título XVIII en adelante).

Es decir que el Legislador originario ha ubicado a la "Legislatura en Comisión" fuera del tratamiento que le ha dado al funcionamiento de la Sesión del Cuerpo.

Si bien se podría sostener que el Reglamento es un tanto desordenado, no es suficiente para determinar que la "Legislatura en Comisión" es, según nuestro entender, una Comisión Permanente de la Legislatura y no la Legislatura misma.

4.- Concepto - Objeto.

El Legislador Originario no ha definido el concepto de "Legislatura en Comisión" limitándose a brindarnos su "objeto" en el artículo 211º del Reglamento de la Legislatura, al expresar que "*La Legislatura debe constituirse en Comisión para considerar en calidad de tal los asuntos que estime convenientes, tengan o no despacho de Comisión, con el objeto de conferenciar e ilustrarse preliminarmente sobre la materia*".

Este "concepto" de "objeto" expresado debe completarse con el que se encuentra erróneamente ubicado en el artículo 200º del Reglamento, que en su inciso b) al referirse al tratamiento de las Preferencias sin Despacho, informa sobre las mayorías necesarias que requieren las Mociones de Preferencias:

"b) Si el proyecto no cuenta con despacho de comisión, o éste no ha sido publicado, o habiendo sido publicado no se ha cumplido el plazo especial para observación previsto por este Reglamento, son necesarios dos tercios de los miembros presentes para su consideración, constituyéndose la Legislatura en Comisión, previa moción de orden de un diputado. (Modificado por Resolución 639/998)".

Así también la encontramos normada en varios Reglamentos de los Poderes o Funciones Legislativas Provinciales. Por consiguiente, el marco de análisis respecto de la naturaleza de la Legislatura en Comisión es el Reglamento.

Por consiguiente, en principio, y de acuerdo a este artículo, la Legislatura en Comisión se puede reunir a efectos de considerar dos posibilidades:

a) Cuando no hay Despacho de Comisión.

b) Cuando hay Despacho de Comisión firmado y publicado, pero se encuentra en período de Observaciones.

Si bien ese artículo data del Reglamento original, actualmente el objeto específico de la Legislatura en Comisión es darle a un tema o expediente las prerrogativas necesarias para su tratamiento por el Pleno en el Recinto de Sesiones, en virtud de no tener Despacho, y según las formalidades requeridas por el Reglamento de la Legislatura.

5.- Constitución.

Conformada ya la constitución de la Legislatura en Comisión, pasaremos a analizar los requisitos, siendo dos de ellos pasos procedimentales, a saber:

En principio un tema que amerite su tratamiento.

El tema en cuestión debe estar contenido en un expediente de la Legislatura. Pueden darse entonces dos supuestos:

1. **Que no exista un proyecto o expediente previo**. Ocurre cuando el tema es planteado en la misma Sesión de la Legislatura, requiriendo entonces que la parte pertinente de la versión taquigráfica, en la que se efectúa su introducción, sea remitida a la Mesa de Entradas Parlamentaria a efectos de su caratulación como expediente.
2. **Que haya uno o varios proyectos sobre el tema**: Es cuando existen en la Legislatura, presentados en Mesa de Entradas de la Secretaría Parlamentaria, uno o varios proyectos, que requieren reglamentariamente su tratamiento conjunto, con sus correspondientes números de expediente asignados, que bien pueden estar incluidos en el temario dispuesto en el Plan de Labor o ser planteado fuera del Plan (tratamiento sobre tablas).

b) El pedido de un Legislador. Tiempo para su fundamentación y debate.

En cuanto a este punto, el Reglamento expresa en su artículo 212[4] que la conformación de la Legislatura en Comisión debe ser solicitada por uno más legisladores, a través de una Moción de Orden según establece el artículo 195 inciso 9[5], realizada a efectos del tratamiento de un determinado tema, con la finalidad de que la Legislatura se constituya en Comisión "con o sin límites en el uso de la palabra".

Con respecto a esto último, normalmente en la Legislatura esta moción se realiza simplemente solicitando la constitución de la Legislatura en Comisión, procediéndose automáticamente a la discusión, luego de la correspondiente votación,

sin límites de tiempo en el uso de la palabra (artículo 213º, último párrafo).[6]

En cuanto al tiempo que dispone el Legislador para fundamentar el pedido, así como el de los otros Legisladores para intentar rebatirlo, si es que hubiera oposición al respecto, éste se encuentra en el artículo 197[7] que determina, a los efectos de la fundamentación previa a la votación para habilitar el tema, que el autor de la moción puede hacer uso de la palabra en dos oportunidades en tanto que el resto de los legisladores puede hacerlo solamente en una oportunidad.

Esta discusión o debate no puede exceder el término de diez (10) minutos. Vencido el plazo se deberá someter la moción a votación.

La aprobación necesaria según la votación del Cuerpo.

Hay dos artículos en el Reglamento de la Legislatura que se refieren a este punto. El primero de ellos es el 198[8], en cuanto a que para que se constituya la Legislatura en Comisión son necesarios dos tercios de los miembros presentes. El segundo de ellos, es el ya mencionado inciso b) del artículo 200[9], que en su último párrafo expresa que debe constituirse la Legislatura en Comisión, por dos tercios de los presentes, en caso de no Tener Despacho el tema a debatir.

Es decir que para habilitar la constitución de la Legislatura en Comisión se requieren dos tercios de los miembros presentes. Y además se debería dejar asentado quienes son los Legisladores que se encuentran presentes en la habilitación del tema.

6.- Funcionamiento. Quórum.

Como ya dijimos, la Legislatura en Comisión opera con el Cuerpo Constituido en Sesión (sesionando) el cumplimiento normal para su funcionamiento, destacándose, principalmente, la requisitoria del quórum suficiente que, en esta especial cuestión, pasaremos a considerar dividiéndolo en tres momentos:

Cuando es solicitada la conformación de la Legislatura en Comisión: en este caso debe existir quórum suficiente para sesionar, es decir, por lo menos, treinta y un (31) Diputados presentes y la aprobación de su apertura se hará con el voto afirmativo de dos tercios de los mismos.

Cuando se debate y elabora el Despacho: a nuestro entender puede hacérselo hasta con veinte (20) diputados presentes; debajo de ese piso la "Legislatura en Comisión" caería por efecto del arrastre de caída de la Sesión. Corresponde, no obstante el llamado por diez minutos para recuperar el quórum.

Cuando se cierra la Legislatura en Comisión: nuevamente se requiere ahora la presencia de, por lo menos, treinta y un Legisladores a efectos de proceder a votar el cierre de la Legislatura en Comisión, también por un mínimo de dos tercios de los presentes.

7.- Introducción del tema a debatir.

El tema a debatir es introducido generalmente por el Presidente de la Comisión o Junta que debiera efectuar el Despacho, o que ha firmado el dictamen o Despacho publicado en el período de observaciones, que lleva la voz de la mayoría. También ha sucedido en varias oportunidades, que el tema a debatir es introducido por el autor de la iniciativa presentada en Mesa de Entradas de la Secretaría Parlamentaria (Proyecto con estado parlamentario).

8.- Tiempo de discusión.

La habilitación normal consiste en que el debate se realizará sin tiempos de exposición, al igual que el debate entre los Legisladores miembros de una Comisión, al tratar el tema que tiene en consideración.

La habilitación especial requerirá de un acuerdo previo para determinar cuales serán los tiempos asignados de los que intervendrán en el mismo, en los que, seguramente, la Comisión de Labor Parlamentaria entendió previamente.

En cuanto al tiempo que dispone el Legislador para fundamentar el pedido, así como el de los otros Legisladores para intentar rebatirlo, si es que hubiera oposición al respecto, éste se encuentra en el artículo 197[7] que determina, a los efectos de la fundamentación previa a la votación para habilitar el tema, que el autor de la moción puede hacer uso de la palabra en dos oportunidades en tanto que el resto de los legisladores puede hacerlo solamente en una oportunidad.

9.- Despacho de la "Legislatura en Comisión".

El Despacho formulado por la "Legislatura en Comisión" tiene, en principio, las mismas características que un Despacho de Comisión o Junta, es decir, ha sido formulado por el órgano correspondiente, pero carece de las prerrogativas necesarias para su tratamiento "normal" o directo en el recinto de Sesiones.

Por consiguiente correspondería su publicación y los pasos procedimentales necesarios para que ingrese en condiciones de ser tratado en el recinto de Sesiones, incluso en caso de que se cayera la sesión.

10.- Formulación del Despacho. Despacho de mayoría y minoría. Votaciones dentro de la Legislatura en Comisión. Disidencias.

Siempre según nuestra apreciación, pueden darse distintas situaciones, a efectos de formular el Despacho. Ellas son:

1. Que el proyecto, que ha sido girado a una sola Comisión, no cuente con Dictamen de Comisión.
2. Que habiendo sido girado a varias Comisiones y/o Juntas, alguna de ellas no haya dictaminado todavía, no conformándose, por consiguiente, el "Despacho" (Dictamen) de Comisión.
3. Que el "Despacho" (Dictamen) de Comisión o/y Junta se encuentre firmado pero no haya sido publicado.
4. Que aún teniendo Despacho de Comisión Publicado no se ha cumplido con el plazo especial para observaciones previsto por el Reglamento.

10.1.- Votación. Erróneamente se entiende que la Legislatura en Comisión no vota pero, en verdad, cuando se verifica una situación como las enunciadas en los acápites 2, 3 y 4 del punto anterior, simplemente se aclara por Presidencia o Secretaría Parlamentaria que "ése es el Despacho de la Legislatura en Comisión".

Sin embargo, el Reglamento en su artículo 213º, primer párrafo, expresa claramente que **"La Legislatura reunida en Comisión puede resolver por votación todas las cuestiones relacionadas con la deliberación y trámite del asunto o asuntos motivo de la conferencia…**".

10.2.- Despachos de mayoría y minoría. Disidencias. El tema en cuestión resulta para nosotros claro, por tratarse de una costumbre

parlamentaria, tomar directamente el dictamen o despacho publicado como Despacho de la Legislatura en Comisión, a pesar de que, en ciertas oportunidades, ellos contienen mayorías, minorías y hasta disidencias parciales.

El problema podría plantearse en el supuesto que la mayoría de los Legisladores presentes en la constituida Legislatura en Comisión, no estuvieran de acuerdo con esa versión contenida en el dictamen ya devenido en Despacho.

Resulta importante determinar claramente cuál es la mayoría, a los efectos de la defensa del Despacho porque, como sabemos, quién defiende el despacho de mayoría durante el tratamiento en la Legislatura, puede replicar en toda oportunidad los dichos de quienes se oponen a la iniciativa o tratan de introducirle cambios.

También nos preguntarnos: ¿qué pasa con aquellos legisladores que presentaren alguna disidencia parcial al respecto? La Legislatura en Comisión, según establece el artículo 212º en su párrafo final **"...no puede pronunciar sobre ellas (**refiriéndose a los temas sujetos a su consideración**) sanción legislativa**", siendo esto, muy distinto a realizar una votación que determine cual es la posición de cada legislador en el despacho producido.

11.- Cómputo. Determinación de presentes y ausentes.

El voto de cada legislador, debe ser asentado por la Secretaría Parlamentaria a través de una "votación" sencilla, realizada previa al cierre de la misma.

Esto servirá a los efectos de determinar quienes estaban presentes al cierre de la Legislatura en Comisión y, por consiguiente, quienes están habilitados para Observar, de acuerdo a la proposición que haremos más adelante.

12.- Votación negativa

Por demás interesante es dilucidar si una votación resultara negativa. Vale decir que una vez sometido el Despacho de la Legislatura en Comisión a votación, si ésta resultara negativa, habiendo un solo Despacho, se entenderá que el resto de los legisladores (la mayoría) ha optado por no considerar el expediente.

En este caso, el expediente debiera ser regresado a la Comisión en dónde se encontraba, o remitido adónde, por su temática, corresponde ser girado nuevamente pero, de ninguna manera, su envío al archivo **por no tratarse de una Resolución de la Legislatura (art. 212º, párrafo final).**

13.- Cierre de la Legislatura en Comisión. Análisis del Artículo 214[10]

El primer párrafo del artículo 214º expresa que "cuando la **Legislatura** lo estime conveniente, puede declarar cerrado el debate a indicación del Presidente o Presidenta, o moción de orden de un Diputado".

Cabe acotar en el caso que no es la "Legislatura" la que lo estima "conveniente" sino el Cuerpo constituido en Comisión, o mejor dicho, la Legislatura en Comisión.

Nuevamente, a efectos de cerrar el debate de la Legislatura en Comisión se requerirá la cantidad de dos tercios de los miembros presentes.

En cuanto a su segundo párrafo, el artículo 214º expresa también erróneamente que "Inmediatamente, **debe formularse el despacho que corresponda** y votarse el mismo en general, procediéndose enseguida al tratamiento en particular.", **siendo que el Despacho ya ha sido formulado por la Legislatura en Comisión.**

14.- Habilitación del tratamiento sobre tablas.

Producido ello, y por carecer el Despacho formulado por la Legislatura en Comisión del plazo correspondiente para su publicación y consiguiente período de observaciones, resulta necesario que a efectos de considerarlo se lleve

a cabo una nueva votación, también por dos tercios de los presentes, con la finalidad de proceder a habilitar su tratamiento por el Cuerpo.

Es decir, se necesitan otra vez dos tercios de los presentes ya que su tratamiento es considerado como Sobre Tablas.

15.- Votación negativa. Caída de la sesión.

Suele ocurrir que la cantidad de Legisladores presentes en la Legislatura en Comisión, a efectos de elaborar el "Despacho", puede no ser la misma que aquélla que se encontraba presente al momento de requerirse los dos tercios para que la Legislatura habilite el tratamiento sobre tablas, o bien que la cantidad presente de Legisladores, no alcance para reunir el número necesario para aprobar la norma en discusión.

Cabe aquí recordar que la Legislatura crea -o aprueba- normas, de acuerdo a la Constitución de la Ciudad, con las siguientes mayorías:

1.- Mayoría simple de los miembros presentes.

2.- Treinta y un votos.

3.- Cuarenta votos.

En caso de no reunirse alguno de esos números, entendemos que podrían caber dos posibilidades:

1. Reservar el "despacho elaborado por la Legislatura en Comisión" en la Secretaría Parlamentaria hasta nueva sesión. **No lo consideramos conveniente**.
2. Proceder a remitir, a través de la Secretaría Parlamentaria, como trámite normal el "Despacho" para su publicación. **Entendemos que esta última es la opción correcta.**

También puede ocurrir que, cerrada la Legislatura en Comisión, pueda caerse la Sesión y no tratar el "Despacho formulado", correspondiendo entonces también proceder a su publicación.

16.- Publicación del Despacho elaborado por la Legislatura en Comisión. Observadores.

De acuerdo a lo expresado en el punto anterior, de no conseguir el número o producida la caída de la Sesión, corresponde la remisión por la Secretaría Parlamentaria a efectos de su publicación.

Por consiguiente, se deben considerar entonces **cuáles son los Legisladores que se encuentran habilitados, para Observar el Despacho formulado** por la Legislatura en Comisión.

Sin lugar a dudas son los que no se encontraban presentes al momento de la votación del despacho y del cierre de la Legislatura en Comisión; aunque también podríamos llegar a interpretar, tomando como referencia las reglas del funcionamiento de las otras Comisiones Permanentes, que no podrían hacerlo aquellos que se encontraban presentes durante la apertura y el debate, salvo causa debidamente justificada.

17.- Conclusiones.

Por lo expuesto en los puntos precedentes podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. La Legislatura en Comisión funciona cuando el Cuerpo está constituido en Sesión.
2. Está compuesta exclusivamente por Legisladores, al igual que las Comisiones Permanentes.
3. Su funcionamiento es materia reglamentaria incluida en el Título XVII del Reglamento de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, fuera del tratamiento específico del funcionamiento de la Sesión, al igual que el Título correspondiente a las Comisiones Permanentes y las Juntas, y la Comisión de Labor Parlamentaria.
4. Su funcionamiento es similar al de las denominadas Comisiones de Asesoramiento Permanente (previstas en los artículos 110º y 132º), con características distintivas. Como así también tienen características distintivas de las Comisiones, las Juntas.
5. Para su constitución, previa moción de orden, se requiere de la aprobación de los dos tercios de los miembros presentes, al igual que para su cierre.
6. Su única función es asesorar al Cuerpo mediante la formulación del correspondiente “Despacho” (en éste caso de la Legislatura en Comisión), al igual que las Comisiones Permanentes.
7. Su “Despacho” no cumple con las prerrogativas correspondientes (no se ha publicado ni se ha cumplimentado el período de observaciones) para ser tratado en forma inmediata por el cuerpo ya que requiere para su tratamiento de la aprobación sobre tablas para su habilitación, al igual que sucede con el de las Comisiones Permanentes que no han finalizado el período de observaciones.
8. En caso de caerse la sesión debe efectuarse la publicación del mismo, a efectos de que se proceda a abrir, para los legisladores que se encuentran habilitados, el período de observaciones, al igual que sucede en el caso de las Comisiones Permanentes.
9. Por último reiteramos que la Legislatura Constituida en Comisión puede resolver por votación todas las cuestiones relacionadas con la deliberación y trámite del asunto o asuntos, pero **no puede pronunciar sobre ellas sanción legislativa, al igual que las Comisiones Permanentes.**

Por tanto, si la Legislatura en Comisión no puede sancionar Leyes ni aprobar Declaraciones y Resoluciones, de acuerdo con el artículo 80, inciso 1 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no es la Legislatura sino que se trata de una Comisión Permanente, prevista en el Reglamento, con sus características distintivas.

Definitivamente la “Legislatura en Comisión” funciona como una Comisión Permanente de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se constituye en Sesión, a través de una mayoría calificada, a efectos de elaborar y votar un Despacho de Comisión, con el fin de asesorar al Cuerpo sobre el tema sujeto a debate”.

NOTAS:

1. *ARTICULO 213º: Trámite. La Legislatura reunida en Comisión puede resolver por votación todas las cuestiones relacionadas con la deliberación y trámite del asunto o asuntos motivo de la conferencia, pero no puede pronunciar sobre ellas sanción legislativa.*

2. *La situación del Vicejefe de Gobierno, a la sazón Presidente de la Legislatura, es una situación particular que no analizaremos en el presente trabajo.*

3. *Adelantamos aquí que, para nosotros, la Comisión de Labor Parlamentaria, si bien no es objeto de estudio de este trabajo, también es una Comisión Permanente de la Legislatura.*

4. ***ARTICULO 212º: Pedido.** Para que la Legislatura se constituya en Comisión debe formularse la moción de orden correspondiente, que debe tratarse y aprobarse según lo dispuesto en este Reglamento.*

5. ***ARTICULO 195º: Clases.** Es moción de orden toda proposición que tenga alguno de los siguientes objetivos:*

1. Que se levante la sesión;

2. Que se pase a cuarto intermedio;

3. Que se declare libre el debate;

4. Que se cierre el debate sin lista de oradores;

5. Que se cierre el debate con lista de oradores;

6. Que se pase al tratamiento del tema previsto en el Plan de Labor;

7. Que se reserve un expediente en Secretaría con o sin fecha determinada de tratamiento, o que se someta a tratamiento un expediente previamente reservado;

8. Que el asunto se envíe o vuelva a Comisión;

9. Que la Legislatura se constituya en Comisión con o sin limitaciones de tiempo en el uso de la palabra;

10.Que para la consideración de un asunto especial o de urgencia, la Legislatura se aparte de las prescripciones del Plan de Labor Parlamentaria;

11.Que se haga cumplir el Reglamento;

12.Que se proceda a votación nominal en el caso de votación en particular;

13.Que se proceda al apartamiento del Reglamento;

14.Que se trate una cuestión de privilegio.

(Modificado por Resolución 187/2002)

6. ***ARTICULO 213º, último párrafo**. La discusión de la Legislatura en Comisión debe ser siempre libre y no rigen las limitaciones de tiempo en el uso de la palabra, salvo disposición del Cuerpo en contrario.(Modificado por Resolución 187/2002)*

7. ***ARTICULO 197º: Votación.** Las mociones de orden comprendidas en los incisos 1) a 6), 10) , 12) y 14) del artículo 195º del presente, deben ser puestas a votación inmediatamente y sin discusión.*

*El resto de las mociones pueden discutirse por un **tiempo breve que no exceda los diez minutos en total**, no pudiendo cada Diputado/a hablar sobre ellas más de una vez, salvo el autor/a de la moción, que puede hacerlo dos veces a efectos de cerrar el debate. (Modificado por Resolución 187/2002)*

8. ***ARTICULO 198º: Aprobación.** Las mociones de orden necesitan para ser aprobadas la simple mayoría de los votos emitidos, con excepción de las determinadas en los incisos 3), 4), **9**), 10) y 14) del **artículo 195º** que deben ser aprobadas por el voto de los **dos tercios de los presentes**, de la establecida en el inciso 12), que requiere del voto afirmativo de un tercio de los presentes y de la contemplada en el inciso 13) que requiere para su aprobación el voto afirmativo de tres cuartos del total de los miembros del cuerpo. Pueden repetirse en la misma sesión, sin que ello importe reconsideración. La moción de orden contemplada en el inciso 11) del artículo 195º, no se somete a votación debiendo la Presidencia hacerla cumplir inmediatamente formulada.(Modificado por Resolución 187/2002).*

9. *"b) Si el proyecto no cuenta con despacho de comisión, o éste no ha sido publicado, o habiendo sido publicado no se ha cumplido el plazo especial para observación previsto por este Reglamento, **son necesarios dos tercios de los miembros presentes para su consideración, constituyéndose la Legislatura en Comisión**, previa moción de orden de un diputado. (Modificado por Resolución 639/998."*

10. ***ARTICULO 214º: Cierre.** Cuando la Legislatura lo estime conveniente, puede declarar cerrado el debate a indicación del Presidente o Presidenta, o moción de orden de un Diputado. Inmediatamente debe formularse el despacho que corresponda y votarse el mismo en general, procediéndose enseguida al tratamiento en particular.*

PUBLICACIÓN DEL PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES • SEPTIEMBRE 2018

ACTUALIDAD EN MATERIA DE PROCESOS COLECTIVOS.

PEDRO GALMARINI*

El autor analiza para **pensar**JUSBAIRES *el régimen de los proceso colectivos cuando se han cumplido diez años del fallo "Halabi".*

I. Introito.

El presente trabajo consiste en el estudio del régimen de los procesos colectivos, luego de transcurridos casi diez años del dictado del fallo paradigmático "Halabi".[1]

Se analizarán las características propias del trámite de los procesos colectivos, con el objeto de facilitar el reconocimiento oportuno de los elementos que los determinan, en la medida en que de esa tarea dependerá su eficacia y validez.

En esa línea, el desarrollo del artículo incluirá diversos matices acerca de las vicisitudes que ocurren cuando los conflictos jurídicos alcanzan la dimensión de colectivos y se dirimen ante el Poder Judicial.

II. La "no legislación".

Si bien no existe un marco normativo en el que apoyarse al momento de la toma de decisiones vinculadas con el trámite y decisión de los procesos colectivos, la CSJN, en el marco de las Acordadas 32/2014 y 12/2016, ha puesto de manifiesto las reglas y criterios que, desde el precedente "Halabi" en adelante, fue fijando sistémicamente en torno al modo en que deben conducirse los operadores jurídicos ante la presunta ocurrencia de un proceso de tales características.

II.1. Acordada 32/2014.

La CSJN creó el Registro de Procesos Colectivos radicados ante los tribunales del Poder Judicial de la Nación. Esta fue la primera oportunidad en la que, fuera de la solución de un caso, el alto Tribunal se pronunció acerca de algunos de los aspectos salientes que caracterizan a los procesos colectivos. En esa línea, efectuó ciertas consideraciones que, el cabo, es lo que motivó la creación de un Registro de ese tenor, inédito hasta ese entonces a nivel nacional, sobre todo por el alcance que lleva consigo.

Entre los puntos destacables, pueden señalarse:

(i) La preocupación de lo que hasta ese momento ocurría en relación con la tramitación de los procesos colectivos

* C.V. de Pedro Galmarini: Abogado (UBA). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Posgrados: "Actualización en Derecho Procesal Administrativo" (U.B) y "Derecho de la Ciudad" (UCA). Docencia: Obligaciones Civiles y Comerciales (UBA), Constitucional y Administrativo (ISSPCABA), Derecho Consumidor y Defensa de la Competencia (diplomatura UCES). Cursos CFJ-CMCABA: Publicaciones: artículos de doctrina, comentarios a fallos y participaciones en obras colectivas. Secretario letrado Sala II de la Cám. CAyT. CABA.

en los tribunales del país, en tanto, al no haber reglas claras –ya sea normativas o jurisprudenciales– y verificar el aumento significativo de casos de esa naturaleza, había que intervenir rápidamente para comenzar a disponer soluciones desde el lugar y forma que la CSJN entendió le correspondía.[2]

(ii) El punto de partida que insta a la CSJN a crear el Registro fue el hecho de que en diferentes tribunales del país se tramitaban procesos colectivos con idénticos o similares objetos.[3] Pues bien, esa situación atentaba contra la necesidad de actuar conforme a un criterio racional y eficiente de distribución de los limitados recursos materiales y humanos con que cuenta el Poder Judicial, y una razonable duración de los procesos judiciales. Con mayor énfasis aún se hizo referencia a la gravedad institucional a que daba lugar el escándalo jurídico que genera la existencia de sentencias contradictorias, o bien de decisiones de un tribunal que interfieran en la jurisdicción que está ejerciendo otro órgano judicial.

(iii) El Registro tiene un propósito y una finalidad. Para asegurar el cumplimiento de tales premisas, se nutre de medios determinados.

a. El propósito es favorecer el acceso a la justicia de todas las personas y, a través del procedimiento destinado a la publicidad de los procesos colectivos, preservar la seguridad jurídica, como valor eminente del Derecho, cuya jerarquía constitucional ha reconocido la CSJN en muchos de sus precedentes.[4]

b. La finalidad consiste en asegurar eficazmente los efectos expansivos que produce en esta clase de procesos la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada (pero también las medidas cautelares, aun con su carácter provisional), y perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que *no* han tomado participación en el proceso.

(iv) El ámbito de aplicación de la Acordada alcanza únicamente a los tribunales del

Poder Judicial de la Nación, no obstante se invitó a las provincias y a la CABA a celebrar convenios con la CSJN con el fin de compartir la información almacenada y facilitar el acceso recíproco e ilimitado a los registros respectivos.[5]

II.2. Acordada 12/2016.

En esta Acordada se aprobó el "Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos" (en adelante, "Reglamento"). La CSJN consideró necesario precisar algunos aspectos atinentes a la tramitación de tales procesos y fijar reglas que la ordenen "... a fin de asegurar la eficacia práctica del Registro y la consecución de los objetivos perseguidos con su creación para, así, garantizar a la población una mejor prestación del servicio de justicia".[6]

Los aspectos destacados de la Acordada sobre los que cabe una consideración son los siguientes:

(i) La CSJN repara en la importancia de que se unifique el trámite de todos los procesos que persiguen una misma pretensión o similar objeto. Para ello determina la necesidad de su unificación y de establecer un criterio para determinar la preferencia temporal en caso de simultaneidad de

procesos en trámite. La unificación opera conforme al principio de prevención, de modo que todos los expedientes deben quedar radicados ante el tribunal en el que se hubiera promovido el primero.

(ii) El tribunal justifica su intervención oficiosa, y con carácter general –con alcance para todos los tribunales nacionales o federales del país–, del mismo modo que lo hizo en la Acordada 32/2014, es decir, en las atribuciones reglamentarias con las que dice contar.[7]

Pero asimismo, como correlato, pone de resalto que "... la insuficiencia normativa no empece a que, con el fin de prevenir que se menoscabe la garantía del debido proceso legal, se adopten, por vía de interpretación integrativa, pautas mínimas indispensables de prelación para que se eviten pronunciamientos contradictorios derivados de procesos colectivos en los que se ventilan pretensiones sobre un mismo bien jurídico".[8]

Este argumento resulta sustancial para avalar –desde su más alta esfera– la actuación del Poder Judicial, y de los jueces, respecto de la intervención que están llamados cumplir, pese a la carencia regulatoria vía legislativa. Repárese en que la situación los expone a dirigir un proceso que, desde su génesis, contiene aspectos fácticos y jurídicos distintos a los tradicionales, en los que solo se debatían derechos individuales y sus sentencias alcanzaban únicamente a la situación de los sujetos que litigaban.

(iii) La CSJN pone un límite temporal sobre la vigencia del Reglamento, cual es, claro resulta, que el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule el procedimiento.

III. Reglas y requisitos.

III.1. Aspectos generales.

Para desarrollar el tema concerniente a este punto, se tomará como base lo establecido en el Reglamento al que se hizo referencia en el apartado precedente. En esa regulación se prevén cargas en cabeza de los sujetos que promueven procesos colectivos y de los tribunales que los tramitan.

Dicha circunstancia es relevante en tanto, a esta altura de los acontecimientos, no habría de admitirse excusas al momento de evaluar si cada quien cumple con las condiciones impuestas en dicho Reglamento, o con lo previsto en el Registro de Procesos Colectivos. Las consecuencias que su inobservancia puede generar justifica aplicar un criterio riguroso en torno a la exigencia del cumplimiento de las premisas allí establecidas.

La CSJN ha sido inflexible en algunos casos en los que, los sujetos habilitados a promover procesos del tipo indicado o los magistrados a cargo de su trámite, no atendieron las pautas establecidas en el Reglamento y, antes de eso, en los precedentes de dicho Tribunal en los que se habían establecido estándares de actuación determinados.[9]

III.2. Ejes fundamentales del trámite.

III.2.1. Distinción entre bienes colectivos e intereses individuales homogéneos.

La primera observación en un proceso colectivo debe estar ceñida a la determinación del objeto y alcance de la pretensión. Para ello, ineludiblemente habrá que estarse a los hechos invocados en la demanda, siendo ello, al cabo, lo que en cualquier tipo de proceso (no solo en los colectivos) se constituye en el punto de partida en el que deben situarse los jueces para definir los contornos de su trámite (vgr. competencia, derecho aplicable, procedencia de prueba, etc.), desde ya, respetando el principio de congruencia al que está sometida la actividad jurisdiccional de los tribunales.

Si no se repara en ello inmediatamente, seguramente, la advertencia y cumplimiento del resto de los requisitos propios de los procesos colectivos será tardía y, por tanto, infructuosa la tarea efectuada en términos de la consecución del éxito que representa el dictado de una sentencia con alcance a todos los miembros del colectivo presuntamente afectado.

Se analizarán las características propias del trámite de los procesos colectivos, con el objeto de facilitar el reconocimiento oportuno de los elementos que los determinan, en la medida en que de esa tarea dependerá su eficacia y validez.

Tal distingo permitirá definir si estamos frente a un proceso cuya pretensión recae sobre un bien colectivo o intereses individuales homogéneos. De ello dependerá el trámite que se dé al caso. No es lo mismo que el objeto esté enfocado en bienes colectivos (vgr. menoscabo al ambiente o patrimonio histórico y cultural), que en un grupo determinado o determinable de personas.

La diferencia sustancial se afinca en que en un caso el bien jurídico protegido es supraindividual, indivisible, impersonal y en el otro divisible, de modo que las consecuencias de la decisión tendrán una incidencia distinta en torno al colectivo que alcanza. El efecto del acto jurisdiccional que se dicte tendrá efecto *erga omnes* o bien sólo abarcará la pretensión de aquellos que forman parte de la clase o subclase que el caso involucre, salvo que, pese a pertenecer naturalmente a éstas, optaran por presentarse en el proceso a fin de manifestar su intención de quedar fuera del alcance de la sentencia.

También impacta en la determinación de los sujetos habilitados para promover una acción de este tipo, que, cabe aclarar, puede ser canalizada a través de distintos tipos de procesos, para lo cual habrá que considerar, una vez más, los hechos y alcance de la pretensión.[10]

En suma, conforme se trate de un supuesto u otro las variables del trámite podrán ser diferentes; incluso tratar a todos los procesos colectivos de modo indistinto podría ocasionar serios trastornos al normal desenvolvimiento que hay que propiciar ocurra, a punto tal de producir la nulidad de lo actuado, total o parcial dependiendo del vicio que acaezca.

A modo de síntesis, se remite a lo expuesto por la CSJN en los precedentes "Kersich" (bien jurídico protegido: ambiente) y "Abarca" (bien jurídico protegido: derecho de usuarios de servicio público), en cuanto allí el Tribunal hizo consideraciones concretas acerca aspectos procesales en los que los magistrados debían poner énfasis, resultando ilustrativo en relación con el punto aquí tratado.

Por último, es menester subrayar que los procesos en los que el bien colectivo es el ambiente tramitan conforme a lo establecido en la Ley General de Ambiente (25.675),[11] lo cual ha sido observado por la CSJN en la Acordada 12/2016.[12]

III.2.2. Competencia y Prevención.

La competencia para conocer en un proceso colectivo no varía respecto de la que corresponde a un proceso individual. Es decir, esa circunstancia estará signada eminentemente por la exposición de los hechos del caso y, luego, en la medida que a ellos se adecue, por el derecho aplicable.[13]

Ahora bien, sí es preponderante el criterio de preferencia temporal que debe seguirse. Aquí cobra suma relevancia el Registro de Procesos Colectivos. Tanto es así que ese aspecto fue el que motivó la necesidad de fijar postura acerca de cómo actuar ante situaciones en las que se promovían causas con objetos colectivos similares o idénticos.

Pues bien, el criterio es simple. Una vez que un juez advierte que está frente a un proceso colectivo debe verificar, vía Registro (si es un

tribunal del Poder Judicial Nacional mediante el Registro de la CSJN y, de lo contrario, ante el de la jurisdicción que corresponda), la existencia de otro de idéntico o similar objeto. Luego, si efectivamente se hubiera promovido uno con el grado de conexión suficiente, deberá confrontar cuál ha sido iniciado primero, en razón de que será ése el que absorberá al resto. El resultado que se busca es que las pretensiones se unifiquen en un expediente, evitando que tramiten diseminadas en distintos tribunales y procesos.

Las decisiones que versen sobre competencia de procesos colectivos, por las consecuencias nocivas que podrían generarse si se demorara asumir postura sobre el punto, deberán ser resueltas con premura, fundadas y comunicadas inmediatamente al Registro.[14]

El compromiso de los jueces en este aspecto es vital, a punto tal de que ignorar dicho estándar de actuación importaría un riesgo cierto de dictado de sentencias contradictorias, y con ello el advenimiento del tan desdeñado escándalo jurídico que la CSJN pretendió evitar con la implementación del sistema establecido a través de la Acordada 32/2014.

Esa actividad judicial reducirá los riesgos de que se produzcan resultados contrarios a los que impone brindar un adecuado servicio de justicia.

III.2.2.3. Individual y/o colectivo: prelación.

Es posible que se presente una situación en la que se inicie un proceso que en apariencia es individual con antelación a otro evidentemente colectivo, empero ambos procesos estén sustentados en la misma pretensión.

Ante esa circunstancia resulta obligado preguntarse si corresponde que ambos procesos se unifiquen (y, en su caso, cómo opera el principio de prevención), o bien si deben seguir con su trámite independiente.

Tal interrogante conduce a otro, cuya respuesta aparejará la posible solución al problema planteado, que efectivamente ocurre en la realidad. Lo que debe dilucidarse, al cabo, es qué es lo que hace a un proceso individual o colectivo: ¿es el objeto que lo define, la persona que lo promueve, el efecto que puede tener la sentencia, todo ello tal vez?

Posiblemente puedan reunirse todos esos elementos en un proceso y efectivamente estemos ante uno de incidencia colectiva, pero lo cierto es que el sujeto que lo promueve no parece constituirse en factor definitorio, sino más bien en una condición necesaria para poder requerir un pronunciamiento judicial. Ni más ni menos que uno de los requisitos necesarios para la existencia de caso (perjuicio actual o inminente susceptible de tratamiento judicial), con la única diferencia de que se trataría de un proceso colectivo en lugar de individual.

En cambio, el objeto de la demanda (motivado en el hecho que genera el agravio o perjuicio que se presenta como requisito –junto con la legitimación– para la existencia de caso judicial) y el efecto que la decisión ha de tener sobre un conjunto de personas cuya afectación los alcance sí son condiciones necesarias para considerar la existencia de un proceso colectivo,[15] aun cuando éste hubiera sido promovido por un sujeto que invoca un perjuicio individual, es decir, propio de su persona.

El fallo “Halabi” es la muestra de lo dicho. Recuérdese que ese proceso fue iniciado por un usuario del servicio de telecomunicaciones (telefónica y por internet), no obstante luego adhirieron a la demanda el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Federación Argentina de Colegios de Abogados. No hay dudas de que ese proceso fue promovido como individual (o bajo esa apariencia), pero devino en colectivo.

Recuérdese que la CSJN, además de que cambió el paradigma del típico proceso individual en el que el efecto de la sentencia era *inter partes* para que lo fuera *erga omnes* (no obstante la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo federal ya había dispuesto que su sentencia tuviera ese efecto), aprovechó la oportunidad para delimitar los contornos de lo que, a partir de ahí, sería una nueva categoría de afectación de derechos: los de incidencia colectiva que recaen sobre derechos individuales

Tal distingo permitirá definir si estamos frente a un proceso cuya pretensión recae sobre un bien colectivo o intereses individuales homogéneos. De ello dependerá el trámite que se dé al caso. No es lo mismo que el objeto esté enfocado en bienes colectivos (vgr. menoscabo al ambiente o patrimonio histórico y cultural), que en un grupo determinado o determinable de personas.

homogéneos, diferenciándolos de los que repercuten sobre bienes colectivos.

En efecto, con un simple ejercicio fáctico-temporal puede arribarse a la solución del problema planteado al comienzo de este apartado. Piénsese en que habría ocurrido si el CPACF y la FACA hubieran iniciado otros procesos, cada cual por su lado. ¿En qué expediente se habrían unificado las demandas? ¿En el primero de los evidentemente colectivos (estos últimos) o en el primero promovido que llevaba consigo la misma pretensión, pero con la finalidad –desde la óptica del Sr. Halabi– de que el efecto de la sentencia alcanzara únicamente a la persona física que instó la acción judicial? La CSJN admitió *per se* la unificación de las pretensiones, habida cuenta de que si bien se formalizaron las presentaciones como adhesiones, todo indica que, en cuanto al punto bajo análisis concierne, el caso habría corrido la misma suerte si aquéllas se materializaban a través de efectivas demandas por un mismo objeto.

En suma, retomando el análisis acerca de los factores preponderantes a tener en cuenta para fijar criterio acerca de la existencia de un proceso colectivo, ha de concluirse que resulta indistinto (al tiempo de aplicar el criterio de preferencia temporal y consecuente unificación de procesos) si el primero de los procesos que se promovieron tiene, en apariencia, características de individual cuando, al efectuar el confronte de su objeto con el efecto que eventualmente puede alcanzar la sentencia, resulta que estamos frente a un proceso colectivo. De modo que el resto, si existiera, quedará absorbido por aquél y, por tanto, radicados ante el tribunal que previno en el trámite de una pretensión que se presenta como colectiva.

Luego, la cuestión habría de dirimirse a la luz de otro de los elementos constitutivos del proceso colectivo, cual es la representación adecuada y, eventualmente, reflexionar sobre la posibilidad de que quien inició el proceso individual resistiera la unificación de procesos conforme a la alternativa con la que cuentan los sujetos de manifestar su intención de quedar fuera del proceso. Ambos aspectos serán desarrollados con mayor profundidad en los puntos sucesivos.

III.2.3. Caso y Legitimación.

Cuando tales requisitos deben verificarse en un proceso colectivo suelen presentarse situaciones complejas a dilucidar. Ello es así, sobre todo, porque, aun cuando se legisle al respecto (a pesar de que la CSJN ha sido explícita sobre el punto en diversas ocasiones),[16] las aristas que comprenden a esta temática generan una continua reflexión por parte de la doctrina y jurisprudencia en torno al delineado de los contornos de ambos aspectos cuyo análisis se sigue en este punto.

En lo concreto, no obstante lo dicho, la situación es la siguiente:

(i) Supuesto de bienes colectivos.

> "En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste represente".[17]
>
> Es decir, el perjuicio debe acreditarse sobre el bien jurídico colectivo que pretende protegerse a través de la acción judicial. La diferencia entre una cosa y otra surge patente en el caso "Mendoza".[18]

(ii) Supuesto de conflictos sobre intereses individuales homogéneos.

> Para este tipo de supuestos es imprescindible recorrer los requisitos establecidos por la CSJN en "Halabi".[19]

Si bien el perjuicio recae sobre la persona o patrimonio, cierto y diferenciado, lo que no es diferenciada es la causa que produce el daño, ya que es un elemento común entre distintos sujetos que ven afectados sus derechos.

Así, el pretensor debe probar: a) el perjuicio diferenciado como elemento para su legitimación causal activa y procesal; y b) la causa común del perjuicio causado o en vías de ser causado a un grupo de derechos subjetivos para justificar la acción colectiva.[20]

En ambos supuestos (i y ii), no obstante lo expresado en el párrafo que antecede, la legitimación es la que corresponde a los sujetos indicados en el artículo 43 de la Constitución Nacional: el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a proteger los derechos de incidencia colectiva.

No debe confundirse la legitimación con la representación adecuada. Si bien la primera es presupuesto de la segunda, la representación adecuada dependerá de la consideración que haga el juez a partir de la acreditación que formalice quien se presente en el proceso a los efectos de representar al colectivo.

III.2.4. Representación adecuada. Oportunidad.

Este aspecto resulta de vital importancia a poco que se repara en que será un factor sustancial para que la acción prospere favorablemente, claro que dependerá a su vez de otros elementos que exceden el rol que ejerce en el proceso aquel que sea validado por el juez para llevar a cabo esa tarea.

Es imperioso no confundir la función que lleva a adelante el abogado que asiste jurídicamente al sujeto –de existencia física o ideal– habilitado a constituirse como parte en un proceso colectivo (legitimado activo o eventualmente pasivo), de este último, que, justamente, es el que asume el rol de representante adecuado del colectivo cuya afectación invoca en la demanda o cuya defensa es llamado a ofrecer en el ámbito del litigio. Sin perjuicio de ello, como ocurrió en "Halabi", pueden coincidir las funciones en una misma persona, pero la condición en sí misma es irrelevante.

Para determinar que quien se presente a ese fin es el adecuado, es necesario que, previamente, se certifique el colectivo que pretende representar. Es que, si no se toma dimensión de la clase o colectivo que va a resultar beneficiado o perjudicado por la decisión que se adopte en el proceso, no existirá base cierta sobre la que considerar si el sujeto que persigue la defensa de los derechos de que se trate es idóneo a tal efecto.

En palabras de la CSJN: "*Solo* a partir de una certera delimitación del colectivo involucrado, el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encuentra comprometido de no admitirse la acción colectiva…".[21]

La palabra *solo* (utilizada como adverbio), indica que únicamente será posible que el magistrado pueda definir aspectos tales como los descriptos, al que cabe incluir el de representación adecuada, luego de proceder a la certificación del colectivo de que se trate.

El Reglamento de Procesos Colectivos aprobado por la CSJN pone en cabeza de quien se presenta con tal objetivo acreditar en el escrito de demanda su condición de representante idóneo.[22]

Asimismo, allí se prevé que, en la oportunidad en que se contesta demanda en un proceso colectivo, el juez "… debe determinar los medios

En suma, retomando el análisis acerca de los factores preponderantes a tener en cuenta para fijar criterio acerca de la existencia de un proceso colectivo, ha de concluirse que resulta indistinto (al tiempo de aplicar el criterio de preferencia temporal y consecuente unificación de procesos) si el primero de los procesos que se promovieron tiene, en apariencia, características de individual cuando, al efectuar el confronte de su objeto con el efecto que eventualmente puede alcanzar la sentencia, resulta que estamos frente a un proceso colectivo.

más idóneos para hacer saber a los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso, a fin de asegurar la adecuada defensa de sus intereses".[23]

Esta pauta pone en evidencia que la determinación definitiva de la representación adecuada, no obstante la verificación primigenia que –de oficio– debe hacer el juez cuando se promueve la demanda colectiva, será con posterioridad a la contestación de la demanda, ya sea al momento de resolver las excepciones previas (si el tipo de proceso lo permite) o bien con anterioridad a la audiencia en la que se decide cuál es la prueba conducente y, por tanto, a producirse en el caso.[24]

El énfasis sobre este aspecto proviene de que son muchos los casos en que la difusión de la existencia del proceso se hace al principio del trámite, contrariando la finalidad que lleva consigo el hecho de que en un proceso de estas características el aspecto aquí tratado adopte real envergadura. Ello es así por un simple, pero fundamental motivo, cual es el efecto comprensivo de la sentencia de aquellas situaciones idénticas o similares a la resuelta en el caso, razón de ser de la existencia de un trámite del tipo indicado.

III.2.5. Difusión. Sistema de Argentina

La difusión de la existencia del proceso es un paso ineludible para la regularidad de su trámite y para que la sentencia que en él se dicte surta el efecto que está llamado a tener. Ni más ni menos, que resuelva la situación que comprende al colectivo que ve afectado sus derechos con el mismo alcance que quien promovió el proceso, ya sea que se encuentre en uno u otro supuesto, de acuerdo con la distinción efectuada en el punto III.2.3.

Cobran material importancia tanto los medios utilizados para comunicar a la sociedad la existencia del proceso colectivo, cuanto la precisión en el alcance de la difusión; es decir: qué finalidad tiende a cumplir de modo que los eventuales interesados estén en condiciones de hacer efectivo ejercicio de sus derechos conforme a posibilidades reales.

No pueden soslayarse, por su lado, los límites que también tiene la tramitación de procesos colectivos. Si bien su naturaleza y las ventajas que los caracterizan posicionan a su tipo en una categoría definitivamente distinta al proceso tradicional, con una dinámica y elasticidad propias en cuanto las facultades que ofrece su trámite,

deben ajustarse a ciertas pautas para cumplir la función para la que fueron habilitados.

Hay dos aspectos que juegan un papel definitorio en este punto. Uno es el derecho de defensa y debido proceso; el otro, su vinculación con la cosa juzgada.

(i) Derecho de defensa y debido proceso.

En lo que a este punto refiere, al menos, hay tres situaciones a tener en cuenta.

a. La difusión tiende a contemplar la situación de todos aquellos que puedan tener un interés en el debate planteado en el proceso colectivo.[25]

Ahora bien, puede ocurrir que el interés motive a ciertos sujetos a pretender no quedar comprendidos en la sentencia que resuelva el conflicto. En este caso, deberán presentarse a manifestar al tribunal tal intención, ya que, de lo contrario, el efecto de la sentencia habría de alcanzarlos y lo decidido pasará en autoridad de cosa juzgada a su respecto.

b. Desde otro lado, están aquellos que sí pretenden intervenir en la discusión.

La difusión, entonces, tiene la finalidad de que se presenten a adherir a la demanda planteada (como en "Halabi"), a cuestionar eventualmente la representación adecuada[26] (respecto de lo cual el juez habría de ser estricto en cuanto a la procedencia de tal impugnación habida cuenta de que ya hizo dicho análisis en el comienzo del trámite, más allá de su carácter provisorio),[27] pero también a la

El énfasis sobre este aspecto proviene de que son muchos los casos en que la difusión de la existencia del proceso se hace al principio del trámite, contrariando la finalidad que lleva consigo el hecho de que en un proceso de estas características el aspecto aquí tratado adopte real envergadura. Ello es así por un simple, pero fundamental motivo, cual es el efecto comprensivo de la sentencia de aquellas situaciones idénticas o similares a la resuelta en el caso, razón de ser de la existencia de un trámite del tipo indicado.

incorporación a la litis de algún grupo con intereses similares pero en resguardo de derechos distintos, con lo cual habrá que evaluar la posibilidad de establecer subclases o categorías, lo que encuentra sustento en supuestos de intereses individuales homogéneos.

Por último, también es posible que se presenten sujetos o asociaciones que pretendan defender aquello que los demandantes cuestionan, de forma tal que desde la faz de los legitimados pasivos también podría ocurrir que actúen subclases.

c. Finalmente, debe contemplarse la situación del primigeniamente demandado.

En ese marco, no obstante el carácter mutable del proceso colectivo,[28] las reglas no pueden ser alteradas en cualquier estado del proceso, de modo tal que el sujeto pasivo deba readecuar su defensa ante cada giro que eventualmente pretendan tanto las partes cuanto los jueces.

La CSJN, en el precedente "Kersich",[29] entendió que había sido menoscabado el derecho de defensa del demandado porque el proceso había tenido un cambio sorpresivo de reglas. A ello añadió, con cita de otro precedente,[30] que "*las partes deben conocer de antemano las reglas de juego del proceso a las que atenerse, tendientes a afianzar la seguridad jurídica y a evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales*". Y que "*el proceso judicial no puede ser un 'juego de sorpresas' que desconoce el principio cardinal de buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas*".[31]

Todo eso lo dijo en un proceso de amparo ambiental en el que la justicia provincial integró a la litis, de manera intempestiva y sorpresiva, a un número exorbitante de sujetos activos, cuando "*... debieron arbitrar los medios procesales necesarios que, garantizando adecuadamente la defensa en juicio del demandado, permitieran que las decisiones adoptadas en el marco [de dicho] proceso alcancen a la totalidad del colectivo involucrado, sin necesidad de que sus integrantes deban presentarse individualmente en la causa, medida que claramente desvirtúa la esencia misma de este tipo de acciones*".[32]

(ii) Vinculación con la cosa juzgada. La estrecha conexión de la difusión con el principio de cosa juzgada queda de manifiesto a partir de los expuesto en el punto (i).

En la medida en que los jueces cumplan adecuadamente con este requisito, haciendo uso

de medios idóneos para que los potenciales interesados puedan tener acceso a información suficiente para decidir qué conducta desplegar ante la toma de conocimiento de la tramitación de un proceso colectivo que puede incidir en su situación particular, y sean prudentes y precisos en cuanto al objetivo y alcance de la difusión, este paso del proceso habría de reputarse regular y, por tanto, exento de declaración de nulidad.

III.2.6. Carácter mutable del proceso.

Es razonable que el proceso colectivo, para cumplir adecuadamente con su finalidad, haya sido concebido con carácter mutable.

Es que no tendría sentido, cuanto menos sería discordante con la naturaleza de este tipo de procesos, que, por ejemplo, el sujeto que promoviera el juicio sea el que definitivamente represente al colectivo afectado cuando existe la posibilidad de que otro sea más idóneo para ejercer ese rol fundamental, o bien que la integración del colectivo no pudiera sufrir modificaciones.

La CSJN ha sido clara en el Reglamento aprobado a través de la Acordada 12/2016, en la que ha previsto dichas alternativas, y otras.[33]

III.2.7. Cosa juzgada.

III.2.7.1. Bienes colectivos.

En el caso de las decisiones que recaen sobre bienes colectivos, no hay duda de que alcanza a todos, en la medida en que se trata de derechos indivisibles y, por tanto, su resultado será aprovechado por cualquiera que tuviera alguna vinculación –inmediata o mediata– con tal bien. No obstante, existen algunas variantes que cabe destacar.

En materia ambiental, está previsto que la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, excepto que la acción sea rechazada, aunque fuera parcialmente, por cuestiones probatorias.[34]

Resulta atinado el criterio adoptado por el legislador, en tanto sería insostenible que, ante la evidencia de que existe una afectación al ambiente, un juez declare que ha mediado cosa juzgada ante un reclamo vinculado con el caso. La naturaleza de este tipo de bienes colectivos, el efecto que produce en la población el perjuicio, o inminencia de daño, definitivamente deben ser observados por el Poder Judicial (que opera como última garantía y salvaguarda de los derechos de las personas) ante la comprobación de la afectación, e incluso ante la posibilidad de que tal exista.[35]

III.2.7.2. Intereses individuales homogéneos.

Hay distintos sistemas. Así, la sentencia puede ser obligatoria para:

(i) Todos los miembros que integran la clase, por el solo hecho de pertenecer a ella.

(ii) Misma situación que la del punto (i), excepto que se manifiesten **expresamente en contra de participar.**

(iii) Solo a los que han manifestado su voluntad de participar en la acción.[36]

La opción más conveniente, a los efectos de que pueda cumplirse con la finalidad del trámite y solución de un proceso colectivo, pareciera ser la segunda. El legislador argentino habría considerado que efectivamente ese es el sistema que debe primar en el país, en tanto en el régimen de defensa del consumidor ha observado dicho estándar de actuación, siendo la única pauta legal en el ordenamiento normativo argentino.[37]

Vía analógica, en su caso, considero que ese sistema es el que debe regir cualquier situación similar a la legislada.

¿Qué ocurre cuando la sentencia rechaza la demanda?

Para que el sistema sea congruente y funcione siempre en un mismo sentido, independientemente de si la decisión es favorable o no, los efectos también debieran alcanzar a todos en los mismos términos que los indicados, a pesar de que, eventualmente, pudiera replantearse la acción con hechos nuevos, para lo cual habrá que verificar las circunstancias de cada caso.

"Si la pretensión se deniega por falta de fundamentación suficiente, el juez debe señalar muy

En el caso de las decisiones que recaen sobre bienes colectivos, no hay duda de que alcanza a todos, en la medida en que se trata de derechos indivisibles y, por tanto, su resultado será aprovechado por cualquiera que tuviera alguna vinculación –inmediata o mediata– con tal bien. No obstante, existen algunas variantes que cabe destacar.

especialmente las razones que le hicieron tomar tal decisión",[38] de modo tal que si se promoviera un nuevo proceso habría con qué confrontar los fundamentos de ambos casos para verificar finalmente si estamos frente a un supuesto de cosa juzgada.

III.2.8. Medidas cautelares.

La posibilidad de dictado de medidas cautelares contradictorias también es un aspecto a tomar en cuenta en el marco de procesos colectivos.[39] Si bien los jueces habrían de actuar a tiempo y, en caso de que exista otro proceso idéntico o de similar objeto, lo harían conforme al principio de prevención, es posible que, por la urgencia del caso, se dicten medidas precautorias por magistrados incompetentes, no obstante sean válidas de acuerdo con la legislación procesal que rija en la jurisdicción donde se promueva ese proceso.

Más allá de lo expuesto, y aún ante ese supuesto, debe actuarse inmediatamente en el sentido de remitir las actuaciones al juez que corresponda. Tal situación ha sido también prevista específicamente por la CSJN en la Acordada 12/2016.[40]

Este es, por tanto, otro aspecto en el que debe existir suma prudencia de los magistrados, los que deben proyectar el efecto nocivo que pueden generar decisiones inoportunas, sobre todo cuando no resultan indispensables por carecer de la condición de urgencia, que, en principio, los habilita a intervenir.

III.2.9. Sanciones conminatorias. Destino.

Este tipo de sanciones, que suelen servir de solución ante la conducta remisa de quien, de modo consciente y ante la efectiva posibilidad material de hacerlo, incumple una decisión judicial, tiene sus particularidades en el marco de los procesos colectivos.

La que interesa destacar aquí es la vinculada con el destino del producido de las astreintes, en la medida en que, por vía de principio, debe ser pagado a los sujetos beneficiarios de tal manda judicial.

Sobre ello, sin perjuicio del criterio que finalmente se postula al respecto, una vez más, habría que diferenciar los procesos que versan sobre bienes colectivos de aquellos cuyo objeto está relacionado con intereses individuales homogéneos.

(i) Bienes colectivos.

En estos casos, resulta determinante el carácter indivisible, impersonal de los derechos que se ven afectados. De tal modo, en la medida en que ninguno de los beneficiarios es titular exclusivo del derecho, sino que, en su caso, corresponde a toda la comunidad, y que la sentencia resuelve la afectación del bien colectivo, el producido devengado durante el incumplimiento de la decisión judicial no debe ser percibido por los sujetos que instan la acción judicial.

Si así fuera, se subvertiría el orden de cosas instituido desde la Constitución Nacional y sus

respectivas normas reglamentarias. Los fines que inspiraron tanto al convencional constituyente cuanto al poder constituido definitivamente no fueron que algunos aprovechen las falencias de nuestras instituciones para apropiarse de recursos, sino establecer un sistema que permita proteger este tipo de bienes a través de una legitimación extraordinaria como la prevista.

En síntesis, no existe correlato, proporcionalidad, relación causal entre el tipo de pretensión que se sigue en procesos de esta índole y la posibilidad de obtener una suma de dinero como consecuencia del incumplimiento del demandado de una orden judicial que beneficia indistintamente al conjunto de la sociedad.

La finalidad de las astreintes, y su carácter eminentemente conminatorio, antes que indemnizatorio, tampoco permite considerar factible que el importe acumulado por esta vía lo perciba quien se constituyó en parte actora en el proceso.

Esto no quiere decir que tal instituto sea dejado de lado en estos procesos, por el contrario. Está demostrada la utilidad que tiene para vencer la resistencia en el cumplimiento de la orden judicial, más aún cuando, siendo el Estado el demandado, es posible fijar las astreintes en cabeza del titular del área que debe cumplir con la manda.[41]

En estos casos, por tanto, la suma devengada deberá ser destinada al pago de alguna tarea, función, fomento o recomposición vinculada con el bien colectivo sobre el que se haya constituido el objeto del proceso.

ii) Intereses individuales homogéneos.

En estos supuestos, si bien es posible que, por su carácter de derechos subjetivos en juego (por tanto, divisibles), el producido sea repartido, en partes iguales, por cada uno de los sujetos beneficiarios de la sentencia, lo cierto es que la propia lógica del trámite del proceso haría complejo materializar el pago de esa manera. Repárese en que hay sujetos que no se presentan en el proceso (porque esa es la idea), que no se conoce cuántos ni quiénes son, que gozarían del derecho a presentarse a percibir su parte.

Esa sola circunstancia obligaría a fijar un plazo para que se presentaran a tal fin, lo cual resulta desproporcionado, cuanto menos un dislate de recursos empleados en una tarea de ese tenor que no tiene correlato con los lineamientos que constituyen al proceso colectivo como una herramienta superadora de avatares de tales características.

En tal contexto, parece razonable que se siga el mismo criterio esbozado para el supuesto de bienes colectivos.

IV. Rol del juez.

Hay tres aspectos en los que, más allá de lo hasta aquí señalado, resulta conveniente poner énfasis.

(i) Deberes y facultades.

Toma vigor el carácter del juez en su faz de director del proceso. Ostenta mayores facultades que en el proceso tradicional con el objeto de lograr la consecución de los fines para el que ha sido reconocida la validez del trámite de este tipo de casos.

Desde ese lugar, y más allá de los deberes y facultades previstos en cualquier ordenamiento procesal de cada una de las jurisdicciones del país, debe *"... adoptar con celeridad todas las medidas que fueran necesarias a fin de ordenar el procedimiento"*.[42]

Además, *"en acciones que deben tramitar por vía de amparo, proceso sumarísimo o cualquier otro tipo de proceso especial, los jueces deberán adoptar de oficio las medidas adecuadas a fin de no desnaturalizar este tipo de procesos"*.[43]

(ii) No interferencia en jurisdicción de otro juez.

Los jueces deben extremar la prudencia para no interferir en la jurisdicción de otros que han prevenido en el trámite de un proceso colectivo de idéntico o similar objeto.[44]

Con el objeto de evitar reiteraciones innecesarias, y en la medida de que no se pretende realizar una anotación de cada pronunciamiento sino de conectar a quien consulte este artículo con cierta jurisprudencia en función de determinados temas, solo se consignarán los datos de los fallos, con una sucinta descripción de los temas allí tratados, conforme a lo expuesto en el párrafo precedente.

Para ello es fundamental que sigan los lineamientos establecidos en las Acordadas 32/2014 y 12/2016, aun cuando no se traten de magistrados del Poder Judicial de la Nación. Ello así, sobre todo, respecto del Reglamento de Actuación de Procesos Colectivos, en tanto se trata de una verdadera guía que evitará incurrir en errores o vicios en el procedimiento que luego podrían traer aparejadas nulidades.

(iii) Comunicación de sus decisiones al Registro.

La comunicación al Registro, ya sea el de la CSJN o el que exista en la jurisdicción donde esté radicada la causa, de las decisiones relevantes que se adopten durante su instrucción, que tiendan a asegurar el cumplimiento de todos los factores que confluyen en un trámite ordenado del proceso colectivo, con resguardo del derecho de defensa de los involucrados y potenciales involucrados, y a evitar el dictado de sentencias contradictorias (cautelares o definitivas), es de vital importancia para garantizar el éxito del proceso.

V. Apostillas con fallos de tribunales de la CABA.

En este punto se hará una breve reseña de algunos de los fallos dictados por la Cámara de Apelaciones del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA que contienen algunos de los aspectos del trámite de procesos colectivos analizados en el marco de este trabajo.

Con el objeto de evitar reiteraciones innecesarias, y en la medida de que no se pretende realizar una anotación de cada pronunciamiento sino de conectar a quien consulte este artículo con cierta jurisprudencia en función de determinados temas, solo se consignarán los datos de los fallos, con una sucinta descripción de los temas allí tratados, conforme a lo expuesto en el párrafo precedente.

(i) Temas:

a) Certificación de clase y/o subclases, intervención de terceros. b) Aplicación de Acordadas 32/2014 y 12/2016. c) Caso. d) Legitimación. e) Competencia y prevención. f) Difusión. g) Carga del pago de la difusión en materia de derecho de consumo. h) Representación adecuada. i) Medidas cautelares y no interferencia en jurisdicción de otros magistrados. j) Carácter mutable del proceso. k) Derecho defensa y debido proceso. l) Destino de las sanciones conminatorias: astreintes. m) Rol activo de juez como director del proceso. n) Registros. ñ) Finalidad del proceso colectivo.

(ii) Precedentes:

- "Asesoría Tutelar CAYT N°4 c/ GCBA s/ amparo"[45] (Protocolo de internación domiciliaria). - Temas: c, d.
- "Asociación Docentes de Enseñanza Media y Superior ADEMYS c/ GCBA y otros s/

amparo”[46] (Materia salarial colectiva). - Temas: b, f, j, k, m, n.

- “Travers, Jorge c/ GCBA s/ otras demandas contra la autoridad administrativa”[47] (caso UBER). - Temas: a, b, c, d, g, i, l.
- “Sindicato de Peones de Taxis de la Capital Federal y otros c/ GCBA s/ otras demandas contra la autoridad administrativa”[48] (caso UBER). - Temas: a, b, k, m, ñ.
- “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur – PROCONSUMER c/ GCBA y otros s/ acción meramente declarativa”[49] (caso UBER). - Temas: f, g.
- “Asesoría Tutelar CAYT N°1 y otros c/ GCBA y otros s/ amparo – educación – otros”[50] (Reforma educativa en CABA). - Temas: b, e.
- “Centro de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires – Asociación Civil y otros c/ GCBA s/ amparo – otros”[51] (Comisión/honorarios corredores inmobiliarios en CABA). - Temas: a, b, c, d, e, f, h, n.
- “Alustiza, Rodrigo Martín c/ GCBA y otros s/ incidente de apelación – amparo –genérico”[52] (señalización en vía pública). - Temas: l.
- “Asesoría Tutelar CAYT N°1 y otros c/ GCBA y otros s/ amparo – educación – otros”[53] (Protocolo de actuación ante protestas estudiantiles). - Temas: d, f, j, k, m, ñ.
- “Consejo Profesional de Ingeniería Química c/ GCBA y otros s/ amparo – otros”[54] (Derecho a trabajar: ejercer la profesión de ingeniería). - Temas: e, i, ñ.

NOTAS:

1. CSJN, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, del 24/02/2009.

2. La CSJN fundó la validez de su intervención en lo previsto en las acordadas 28/2004 y 4/2007, en la consideración de que allí “… le han sido otorgados expresos poderes para dictar reglamentos como el [fijado en la Acordada 32/2014]” (cons. 2° de esta última).

3. Fallos: 337:762.

4. Fallos: 317:218, entre otros.

5. En la CABA, por ejemplo, existe un Registro de Procesos Colectivos creado a través del Acuerdo Plenario 5/2005 y modificado por Acuerdo Plenario 4/2016.

6. Considerando 6° de la Acordada.

7. Ver nota el pie n° 2.

8. Considerando 7° de la Acordada y Fallos: 337:1024, voto de la ministra Highton de Nolasco.

9. CSJN, “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo”, del 23/09/2014 (Fallos: 337:1024); “Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo”, del 02/12/2014” (Fallos: 337:1361); “Centro de Estudios para la Promoción y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, del 18/08/2016 (Fallos: 339:1077); “Abarca, Walter José c/ Estado Nacional – Ministerio de Energía y otro s/ amparo ley 16.986”, del 06/09/2016 (Fallos: 339:1223),entre otros.

10. El precedente de la CSJN “Mendoza, Beatriz Silvia y otro c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental Río Matanza-Riachuelo” (Fallos: 329:2316), entre muchas otras cosas que dejó un fallo del tenor del citado, es muestra clara de que habrá que enfocarse en el objeto de la demanda para definir cuál es el tipo de proceso que mejor se adecua en función del trámite y solución que amerita el caso.

11. Arts. 27 y sgtes.

12. Anexo Reglamento Actuación Procesos Colectivos, punto I.

13. Doctrina de Fallos: 330:811, entre otros.

14. Anexo Reglamento Actuación Procesos Colectivos, punto IV.

15. La CSJN ha dicho que “… la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjuicios por una conducta o acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción” (Fallos: 339:1223).

16. En “Halabi” (Fallos: 332:111) la CSJN expuso que la “… falta de regulación [de una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase] (…) constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido…” (cons. 12, párrs. 3 y 4).

17. Fallos: 332:111 (v. cons. 11, penúltimo párr.).

18. Fallos: 329:2316.

19. “Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particularidades características de los sectores afectados” (cons. 13, primer párr.).

20. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Justicia Colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 106.

21. Fallos: 339:1223 (cons. 29, tercer párr.). Doctrina de los precedentes “Asociación protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros” (Fallos: 338:40) y “CEPIS” (Fallos: 339:1077).

22. Anexo Reglamento Actuación Procesos Colectivos, punto II.2.b.

23. Anexo Reglamento Actuación Procesos Colectivos, punto VIII.

24. Ibídem.

25. Anexo Reglamento Actuación Procesos Colectivos, punto VIII.2.

26. Anexo Reglamento Actuación Procesos Colectivos, punto IX. Nótese que, conforme lo allí dispuesto en cuanto a las resoluciones que los jueces pueden dictar con posterioridad a la contestación de demanda, podría variar, entre otras cosas, el representante y la integración del colectivo.

27. Anexo Reglamento Actuación Procesos Colectivos, punto V.1.

28. Anexo Reglamento Actuación Procesos Colectivos, punto IX y V, en ese orden.

29. Fallos: 337:1361.

30. CSJN, “Tello, María Luisa c/ Obra Social de Personal Auxiliar de Casas Particulares s/ amparo”, del 30/04/2013.

31. Fallos: 331:2202.

32. CSJN, “Kersich” cit., cons. 11.

33. Anexo Reglamento Actuación Procesos Colectivos, puntos V y IX.

34. Ley 25.675, art. 33.

35. Ley 25.675, art. 4, principios de prevención y, sobre todo, el precautorio.

36. Lorenzetti, *ob. cit.*, p. 135.

37. Ley 24.240, art. 54. Allí se dispone que “[l]a sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga”.

38. Lorenzetti, *ob. cit.*, p. 171.

39. CSJN, “Municipalidad de Berazategui” cit. (cons. 6). También, Fallos: 326:75, 322:2023 y 332:111, cons. 20 in fine.

40. Anexo Reglamento Actuación Procesos Colectivos, puntos X.

41. El Código Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA prevé dicha situación en su art. 30.

42. Anexo Reglamento Actuación Procesos Colectivos, punto XI.

43. Ídem, punto XII.

44. CSJN, “Municipalidad de Berazategui” cit. (v. cons. 6),

45. Cám. CAyT CABA, sala II, del 23/12/2015. Ver también fallo del TSJCABA sobre dicho precedente, del 07/03/2018.

46. Cám. CAyT CABA, sala II, del 26/02/2016.

47. Cám. CAyT CABA, sala II, del 10/11/2016.

48. Cám. CAyT CABA, sala II, del 10/11/2016.

49. Cám. CAyT CABA, sala II, del 10/11/2016. Ver fallo del mismo tribunal, en la misma causa (pero en el beneficio de litigar sin gastos promovido), del 28/08/2016. En este último la sala se pronunció acerca del beneficio de justicia gratuita, lo cual se constituyó en la base de lo que luego resolviera en el precedente citado en la presente nota.

50. Cám. CAyT CABA, sala II, del 18/10/2017.

51. Cám. CAyT CABA, sala II, del 13/12/2017.

52. Cám. CAyT CABA, sala II, del 19/06/2018.

53. Cám. CAyT CABA, sala II, del 26/06/2018.

54. Cám. CAyT CABA, sala II, del 07/08/2018.

PUBLICACIÓN DEL PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES • SEPTIEMBRE 2018

CORTE IDH: CASO POBLETE VILCHES Y OTROS *VS*. CHILE

SENTENCIA 08-03-2018 *(Fondo, Reparaciones y Costas)*

INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

El caso sometido a la Corte

El 26 de agosto de 2016 la Comisión IDH sometió a la Corte el caso *"Poblete Vilches y otros"* contra la República de Chile. El caso se refiere a la alegada **responsabilidad internacional del Estado de Chile por las acciones y omisiones entre el 17/1 y el 7/2 de 2001, fechas en las cuales Vinicio Antonio Poblete Vilches*, quien era un adulto mayor, ingresó en dos oportunidades al hospital público Sótero del Río, donde falleció en la última fecha.**

La Comisión estableció que en dos momentos el personal médico del hospital se abstuvo de obtener el consentimiento informado. Específicamente, en el marco de un procedimiento realizado el 26/01/01, durante el primer ingreso al hospital, así como en la decisión de mantenerlo en "tratamiento intermedio" en las horas anteriores a su muerte en el segundo ingreso al hospital.

La Comisión concluye que existen suficientes elementos para considerar que la decisión de dar de alta a Vinicio Poblete y la manera en que la misma se realizó, pudo tener incidencia en el rápido deterioro que sufrió a su salida del hospital, y su posterior muerte cuando ingresó nuevamente en grave estado de salud.

Asimismo, determinó la responsabilidad estatal por no haberle brindado el tratamiento que requería en su segundo ingreso al hospital, y que las investigaciones no fueron realizadas con la debida diligencia y en un plazo razonable. Las presuntas víctimas en este caso, además del señor Vinicio Poblete, son: su esposa, Blanca Tapia (fallecida), y sus hijos e hija, Gonzalo Poblete (fallecido), Vinicio Marco Poblete y Cesia Poblete.

(*en adelante: Vinicio Poblete o Vinicio A. Poblete V.)

Trámite ante la Comisión

Informe de Fondo. La Comisión concluyó que el Estado era responsable por la violación a los DDHH establecidos en la Convención Americana (CADH):

- La violación del derecho de acceso a la información en materia de salud establecido en el artículo 13 de la CADH, en relación con los derechos a la vida, integridad personal y salud establecidos en los artículos 4 y 5 de la Convención, y con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Vinicio A. Poblete V. y sus familiares;
- La violación de los derechos a la vida, integridad personal y salud establecidos en los artículos 4 y 5 de la CADH, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Vinicio A. Poblete V., y la violación de los derechos a la integridad

personal, garantías judiciales y protección judicial establecidos en los artículos 5, 8 y 25 de la CADH, en perjuicio de sus familiares.

La Comisión hizo al Estado una serie de recomendaciones:

- **Reparar integralmente a los familiares** del señor Vinicio A Poblete V. por las violaciones de derechos humanos declaradas en el presente informe, incluyendo una debida compensación por el daño material y moral causado.
- **Realizar una investigación completa y efectiva** de las violaciones de derechos humanos declaradas, a fin de que los familiares del señor Poblete cuenten con un esclarecimiento de lo sucedido y, de ser el caso, se impongan las sanciones correspondientes. Para tal efecto, el Estado deberá continuar la investigación reabierta en el año 2008 o, de ser el caso, iniciar una nueva investigación con el objetivo de superar los obstáculos que impidieron la obtención de justicia,
- **Disponer mecanismos de no repetición** que incluyan: i) las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que se requieran para la implementación del consentimiento informado en materia de salud; ii) las medidas presupuestarias, para asegurar que el Hospital Sótero del Río cuente con los medios e infraestructura necesarios para brindar una atención adecuada, particularmente en terapia intensiva; y iii) las medidas de capacitación y entrenamiento a los operadores judiciales a fin de investigar posibles responsabilidades derivadas de la muerte de una persona como consecuencia de una atención inadecuada.

El 26/08/2016, la Comisión sometió a la jurisdicción de la Corte IDH la totalidad de los hechos y violaciones de derechos humanos descritos en el Informe de Fondo.

La Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones señaladas en su Informe de Fondo. Asimismo, ordenar al Estado medidas de reparación.

PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

Notificación a los representantes y al Estado. Designación de Defensores Públicos.

Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas. Las representantes coincidieron y solicitaron a la Corte que ordenara al Estado la adopción de medidas de reparación y el reintegro de costas y gastos.

Escrito de contestación. En dicho escrito el Estado realizó un reconocimiento parcial de responsabilidad internacional.

Audiencia Pública. Se convocó a una audiencia pública para recibir alegatos y observaciones finales y eventuales reparaciones y costas, y recibir las declaraciones de las presuntas víctimas y de dos peritos ofrecidos. El 20/11/17 el Estado y los representantes presentaron sus alegatos finales escritos y sus anexos, así como la Comisión.

Prueba. El 27/11/17 y 26/01/18 se solicitó al Estado prueba para mejor resolver.

RECONOCIMIENTO PARCIAL DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Posiciones respecto del Reconocimiento Parcial de responsabilidad del Estado.

El Estado **reconoció su responsabilidad internacional por la "afectación al derecho a la integridad personal e integridad corporal según artículo 5 de la CADH, y el derecho a la salud, en relación al artículo 1.1 de la Convención en perjuicio de Vinicio Poblete".**

Sin embargo, **el derecho a la vida del señor Vinicio Poblete no fue reconocido por el Estado.** Además, el Estado reconoció "la vulneración del derecho al acceso a la información en

El Estado reconoció su responsabilidad internacional por la "afectación al derecho a la integridad personal e integridad corporal según artículo 5 de la CADH, y el derecho a la salud, en relación al artículo 1.1 de la Convención en perjuicio de Vinicio Poblete".

materia de salud, establecido (artículo 13 de la Convención) en conexión con los derechos a la vida, integridad personal y salud (previstos en los artículos 4 y 5 de la CADH), en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Vinicio Poblete y sus familiares".

Asimismo, reconoció la violación del derecho a la dignidad y autodeterminación del señor Vinicio Poblete, pero no respecto de sus familiares. Por último, el Estado reconoció el incumplimiento de la obligación de desarrollar su actuación jurisdiccional dentro de un plazo razonable, pero no respecto de la debida diligencia.

El Estado consideró que los hechos que violaron los derechos del señor Poblete Vilches fueron los siguientes:

- La decisión de alta médica de Vinicio Poblete constituyó un obstáculo en el acceso a condiciones que le garantizaran su derecho a la integridad corporal y, además a su salud. El alta tuvo lugar aún cuando la información que constaba no era una medida pertinente. A ello se suma el hecho de que cuando Poblete reingresó al Hospital, no fue tratado en la Unidad de Cuidados Intensivos, a pesar de que la misma ficha médica indicaba que era la Unidad adecuada para su debido tratamiento.
- El Estado de Chile entendió que, dada las circunstancias fácticas del presente caso, en especial la hospitalización en el H. Sótero del Río, en una unidad de cuidado distinta de la recomendada, debido a la ausencia de camas y la falta de diligencias por parte del Estado para su traslado a otro centro de salud, implicó vulneraciones al derecho a la salud.

El Estado también reconoció los siguientes hechos ante la Corte:

i) la presunta víctima se encontraba inconsciente al momento de su intervención quirúrgica y por ello, no estaba en condiciones de consentir ningún tipo de procedimiento;

ii) los familiares no fueron debidamente informados del procedimiento;

iii) la única referencia a un supuesto consentimiento por parte de la familia se encuentra en el expediente clínico, el cual plantea dudas sobre la forma obtenida y su autenticidad;

iv) de la historia clínica no resulta información o registro alguno que permita entender que el consentimiento informado fue brindado; y

v) en el expediente médico existen dudas sobre si los familiares comprendieron la situación en la que se encontraba Poblete.

Respecto a las reparaciones, el Estado no reconoció las reparaciones solicitadas ya que consideró que estaban relacionadas con la violación al derecho a la vida. Sin

embargo el Estado solicitó a la Corte que, a efectos de determinar las reparaciones, se tomen en consideración los planteamientos del Estado.

En sus alegatos finales escritos, el Estado señaló los puntos sobre los cuales no reconoce haber incurrido en responsabilidad internacional, y son que:

i) los tribunales chilenos llevaron a cabo una investigación sustantiva sobre los hechos cumpliendo con el estándar internacional de debida diligencia;

ii) los hechos de la causa no se pueden identificar;

iii) no se puede imputar el fallecimiento del señor Poblete Vilches al Estado de Chile por cuanto su muerte es atribuible a su grave estado de salud;

iv) que Chile, a la luz del artículo 26 de la CADH, sí ha adoptado diversas medidas para garantizar el desarrollo progresivo de los derechos, entre ellos el derecho a la salud;

v) respecto a los familiares, el Estado no es responsable internacionalmente, ni por la supuesta vulneración a su integridad, ni al derecho a la dignidad respecto del derecho al consentimiento informado.

La ***Comisión*** valoró positivamente el reconocimiento de responsabilidad formulado por el Estado de Chile, en relación con:

- los hechos relativos al alta médica y la falta de atención médica adecuada durante el reingreso al hospital;
- Se violó el derecho de acceso a la información y la no certificación del consentimiento.

Por otra parte, la Comisión indicó en sus alegatos finales que es pertinente tener en cuenta la relación de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, y el impacto que tienen en el derecho a la vida, la integridad personal y la prestación de los servicios de salud.

Las ***representantes*** también valoraron positivamente el reconocimiento parcial del Estado chileno respecto de la violación al derecho a la integridad personal y derecho a la salud del señor Poblete Vilches pero indicaron que el Estado negó su responsabilidad sobre la debida diligencia y al derecho a un tribunal imparcial.

Consideraciones de la Corte

El Tribunal estima que el reconocimiento parcial de responsabilidad efectuado por el Estado constituye una contribución positiva a la vigencia de los principios de la CADH.

Dicho reconocimiento no puede tener por consecuencia limitar el ejercicio de las facultades de la Corte de conocer el caso y decidir si, al respecto, hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención.

1.- En cuanto a los hechos

En el presente caso, el Estado planteó su reconocimiento parcial de responsabilidad en torno a los hechos referentes a:

1) la decisión de alta médica;

2) el reingreso al Hospital del señor Poblete, la falta de diligencia del Estado;

3) las falencias relativas al consentimiento informado en relación con la intervención quirúrgica realizada al señor Poblete; y

4) que las actuaciones de autoridades judiciales no fueron en un plazo razonable.

La Corte nota que subsisten algunas controversias respecto de algunos hechos no reconocidos por el Estado, específicamente los relacionados con las actuaciones del personal médico y especialmente con su muerte, la obtención del consentimiento para la intervención quirúrgica y el

Respecto a las reparaciones, el Estado no reconoció las reparaciones solicitadas ya que consideró que estaban relacionadas con la violación al derecho a la vida. Sin embargo el Estado solicitó a la Corte que, a efectos de determinar las reparaciones, se tomen en consideración los planteamientos del Estado.

tratamiento médico a los familiares. Por lo que la Corte considera oportuno realizar un análisis de los hechos controvertidos.

2.- En cuanto a las pretensiones de derecho

La Corte constata que el Estado reconoció su responsabilidad internacional por la violación a los artículos ya alegados, en perjuicio del señor Poblete y de su familia. Por último, reconoció que hubo una violación al derecho debido al plazo razonable por parte de las autoridades chilenas.

Además, el Estado no reconoció responsabilidad por los artículos 4 y 26 de la Convención. La Corte nota que, al reconocer su responsabilidad, el Estado se centró en el hecho de que las autoridades judiciales no realizaron en plazo razonable, pero negó su responsabilidad por la debida diligencia y el derecho a un tribunal imparcial.

Por último, teniendo en cuenta las violaciones reconocidas por el Estado, la Corte considera que este reconocimiento constituye un allanamiento a las pretensiones de la Comisión y de las representantes.

3.- En cuanto a las reparaciones

En lo que se refiere a las medidas de reparación, la Corte constata que el Estado no reconoció las medidas solicitadas por las defensoras interamericanas.

4.- Valoración del reconocimiento parcial de responsabilidad

La Corte estima dictar una Sentencia en la cual se determinen los hechos ocurridos de acuerdo a la prueba recabada en el proceso, que se repitan hechos similares y a satisfacer los fines de la jurisdicción y así contribuir a la reparación de los familiares de Poblete Vilches.

De igual forma, y en aras de asegurar una mejor comprensión de la responsabilidad internacional estatal, la Corte estima pertinente precisar el alcance y clasificación de las violaciones a los derechos humanos que acontecieron en el presente caso.

PRUEBA

Prueba documental, testimonial y pericial

La Corte recibió diversos documentos presentados como prueba por el Estado, las

representantes y la Comisión IDH, junto a sus escritos principales y alegatos finales.

Admisión de la prueba

El Tribunal admite el valor probatorio de aquellos documentos presentados en la debida oportunidad.

HECHOS

En este capítulo se establecerán los hechos del presente caso, con base en el marco fáctico sometido al conocimiento de la Corte por la Comisión

Sobre el señor Vinicio Antonio Poblete Vilches

El señor Poblete Vilches nació el 22/05/1924 y al momento de su muerte, el 7/02/2001, tenía 76 años. El señor Poblete Vilches vivía junto con su esposa, Blanca Tapia Encina y sus tres hijos: Cesia Leila Siria Poblete Tapia, Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia y Gonzalo Poblete Tapia.

Primer ingreso del señor Vinicio A. Poblete al Hospital Sótero del Río

El 17/01/2001 Poblete Vilches ingresó al Hospital Sótero del Río a causa de una insuficiencia respiratoria grave. Se precisó que "el paciente ingresó en muy mal estado general. Diabetes en tratamiento, arritmia no precisada. En tales condiciones [fue] trasladado a la [Unidad de Cuidados Intensivos (UCI), donde se estabilizó. Estuvo cuatro días hospitalizado en la UCI Médica. Luego ingresó a la UCI Quirúrgica donde estuvo amarrado con cables de sonda y bajo efectos sedantes.

Al visitarlo sus familiares el 23/01/2001, la médica (...) no les permitió verlo y según los familiares escucharon un quejido del paciente para que "lo sacaran de ahí porque lo estaban matando". Además, declararon que la doctora les informó que el paciente se encontraba en buen estado de salud y que lo llevarían al "pabellón" para hacerle una pequeña punción para ver si tenía líquido en el corazón pero no sería operado; a lo cual los familiares advirtieron que padecía diabetes y que no podía ser intervenido quirúrgicamente.

El día 26/01/2001 Poblete Vilches entró "al pabellón", y al salir los familiares pudieron observar que tenía en la cintura tres grandes heridas de las que salía un tubo de drenaje, y declararon que nunca autorizó para dicha cirugía, puesto que estaba inconsciente.

El señor Poblete (hijo) recibió una llamada del hospital informándole que su padre ya se encontraba bien y debía volver a su entorno familiar. Al llegar al hospital a recoger a su padre lo notaron en mal estado de salud e intentaron hablar con los médicos, pero nadie los atendió. Por ello, los familiares decidieron contratar una ambulancia privada para su traslado pues, según describieron, no había ambulancias disponibles en el hospital.

El señor Poblete V. llegó a su casa ese mismo 2/02/2001 con una fiebre muy elevada, emanando pus de sus heridas. Consecuentemente, el 5/02/2001 sus familiares llamaron a la doctora privada (---), quien, luego de examinarlo, ordenó trasladarlo de inmediato al hospital, debido al cuadro febril complicado y diagnosticó "shock séptico, bronconeumonía bilateral, diabetes mellitus 2 y pericarditis".

Segundo ingreso del señor Vinicio A. Poblete Vilches al hospital del Río.

Así fue nuevamente ingresado al Hospital Sótero del Río en el Servicio de Urgencias. ... tenía una "simple bronconeumonía". De acuerdo con la ficha clínica de ingreso, **se requería que el señor Poblete ingresara a la unidad de cuidados intensivos y apoyo de ventilador**.

Actuaciones de los familiares ante los órganos estatales:

La Corte constata que el Estado reconoció su responsabilidad internacional por la violación a los artículos ya alegados, en perjuicio del señor Poblete y de su familia. Por último, reconoció que hubo una violación al derecho debido al plazo razonable por parte de las autoridades chilenas.

Querellas criminales

El 12/11/2001 la familia Poblete Tapia presentó querella criminal por el delito culposo de homicidio en contra de los médicos que atendieron profesionalmente a Vinicio Poblete, quienes con su actuar, en forma inexplicable y absolutamente negligente y culpable, trajo consigo el desenlace fatal.

El Primer Juzgado Civil se declaró incompetente dado que "el delito denunciado tuvo su principio de ejecución en fecha que se encontraba de turno el Tercer Juzgado del Crimen", a quien remitió la causa.

El Tercer Juzgado del Crimen igualmente se declaró incompetente y devolvió la causa al Primer Juzgado Civil.

El Primer Juzgado Civil se declaró incompetente de nuevo, elevando la causa a la Corte de Apelaciones de San Miguel. Y despachar una orden de investigación por la Brigada de Homicidios. Asimismo **fue ordenada por el Primer Juzgado Civil la exhumación del cadáver del señor Poblete Vilches para la realización de la autopsia, sin embargo, esta diligencia no se llevó a cabo.**

(...)

FONDO

El presente caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por la atención brindada en el Hospital público Sótero del Río al señor Poblete Vilches, quien era una persona mayor. Durante su primer ingreso se le practicó una intervención, presuntamente cuando el paciente se encontraba inconsciente, sin el consentimiento de la familia. Además, se alegó que se le habría dado de alta de manera temprana, y durante su segundo ingreso se le habría negado el tratamiento que requería, derivando posteriormente en su fallecimiento en el mismo hospital.

Además, investigaciones y acciones judiciales se realizaron para esclarecer su muerte y, en su caso, deslindar las responsabilidades correspondientes, así como las afectaciones de los familiares. Por ello la Corte determinará el alcance de las violaciones acreditadas.

Argumentos de la Comisión

a) Relativos al derecho a la salud

La ***Comisión*** expresó que el caso plantea la posibilidad de analizar situaciones particulares de vulnerabilidad en el acceso al derecho a la salud y al sistema de salud pública, específicamente con las personas mayores y también las consideraciones sobre la protección adecuada para aquellos en situación de pobreza, y la aplicación del principio de igualdad y no discriminación.

Si bien el ***Estado*** mencionó el derecho a la salud en su reconocimiento, consideró que no hubo violación al artículo 26 de la CADH, ya que no se puede probar el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas para el desarrollo

progresivo del derecho a la salud y el derecho a la seguridad social.

b) Relativos a la vida y a la integridad personal

La ***Comisión*** determinó que el Estado fue responsable por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud establecidos en los artículos 4 y 5, en relación con el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio del señor Poblete Vilches, debido tanto a la decisión de darle de alta del hospital, como a la falta de provisión de tratamiento adecuado en el segundo ingreso. Consecuentemente, consideró que el Estado no adoptó las medidas disponibles y razonables para ofrecerle tratamiento adecuado al señor Poblete Vilches que podría haber razonablemente adoptado.

Respecto de la violación del derecho a la vida, las representantes alegaron que el Estado no adoptó todas las medidas que estaban a su alcance para brindar al señor Vinicio Poblete Vilches una atención de salud adecuada. En cuanto a la exigencia de que se demuestre una relación de causalidad entre las omisiones comprobadas y el resultado de muerte, entendieron que la responsabilidad del Estado surge cuando se demuestra que con su acción o su omisión incrementó el riesgo para la vida de la persona. (...)

El ***Estado*** alegó que no es responsable internacionalmente de la violación al artículo 4 de la Convención Americana. Argumentó que "el sólo fallecimiento no resulta suficiente para determinar una vulneración del derecho a la vida sino que, además, debe comprobarse que el Estado no adoptó, dentro de sus atribuciones, las medidas necesarias que razonablemente podían esperarse para garantizar el derecho, y que la no adopción de dichas medidas fue el nexo causal directo del fallecimiento". (...)

El *Estado* contrastó su posición con la declaración del perito Santos, quien hizo referencia respecto a cuestiones supuestamente básicas, como la asistencia respiratoria mecánica o el antibiótico tras el reingreso del señor Poblete Vilches al Hospital; sin embargo, dicha disconformidad no fue suficiente para señalar que hubo negligencia médica en el caso.

c) Relativos al consentimiento informado

La ***Comisión*** señaló que en el expediente médico no se encuentran contenidos mínimos que permitirían entender si el señor Poblete Vilches y sus familiares recibieron información concreta para efectuar el consentimiento informado ni que se cumpliera con los tres elementos del mismo.

Las ***representantes*** señalaron que el señor Poblete Vilches se encontraba inconsciente al momento en el que se decidió sobre su intervención quirúrgica y, por ello, no estaba en condiciones de consentir ningún tipo de procedimiento. **Sus familiares, que conocían los antecedentes de diabetes del paciente, expresaron que no autorizaban ninguna intervención. Las representantes indicaron que la constancia que se encuentra en la historia clínica para autorizar el procedimiento, fue falsificada.** (...)

(...)

El ***Estado*** reconoció la violación del artículo 13 de la Convención, derecho de acceso a la información en materia de salud, en conexión con los artículos 4 y 5, y en relación con las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Poblete Vilches y sus familiares. Asimismo, el Estado aceptó su responsabilidad por la violación de los artículos 11 y 7 en perjuicio del señor Poblete Vilches pero no por la supuesta afectación a sus familiares. Además, el Estado resaltó los antecedentes normativos en materia de consentimiento informado, elaborado por el Colegio de Médicos; del Fondo Nacional de Salud y el Ministerio de Salud, y los avances normativos recientes,

Por otra parte consideró que la violación de los derechos consagrados en los artículos 11 y 7 no son aplicables a los familiares "debido a que estos [...] derechos son parte de la esfera

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia.

individual de cada persona sin que puedan ser transmisibles a otras, [ni] que exista de manera fehaciente y convincente el deseo del paciente para proteger de forma adecuada sus derechos al no estar en condiciones de ejercerlos por sí mismo, más aún en decisiones tan personales como las que pueden afectar su vida".

Consideraciones de la Corte

En vista de las controversias presentadas corresponde a la Corte pronunciarse particularmente respecto del alcance y componentes del derecho a la salud en los siguientes apartados generales: 1) el derecho a la salud protegido por la Convención; 2) los derechos a la vida e integridad, y 3) el consentimiento informado y acceso a la información en materia de salud. Para efectos del presente caso, la Corte estima innecesario referirse adicionalmente al derecho a la seguridad social aludido por las representantes.

El Derecho a la Salud

La Corte reiteró la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

(...)

La Corte resalta el Preámbulo de la Convención Americana, el cual estableció claramente la interdependencia y protección de tales derechos económicos y sociales en la Convención Americana, al disponer que:

[...] Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan **a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y**

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) **aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia.**

(...)

Asimismo, este Tribunal destaca que del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones. Por un lado, la adopción de medidas generales de manera *progresiva* y por otro lado la adopción de medidas de carácter *inmediato*. Respecto de las primeras, a las cuales hizo referencia el Estado en el presente caso, la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCA. Asimismo se impone, por tanto, la obligación de *no regresividad* frente a la realización de los derechos alcanzados. (...) En virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad.

(...)

En este sentido, el artículo XI de la Declaración Americana permite identificar el derecho a la salud al referir que toda persona tiene derecho "a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad". Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que "la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales".

En vista de lo anterior, la Corte considera que el derecho a la salud es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención.

Corpus iuris internacional sobre el derecho a la salud

Asimismo, el derecho a la salud está consagrado por un vasto *corpus iuris* internacional; *inter alia*: el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, el derecho a la salud se reconoce en el artículo 5 apartado e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el artículo 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el artículo 28 de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, y el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este derecho también se encuentra plasmado en varios instrumentos regionales de derechos humanos, como en el artículo 17 de la Carta Social de las Américas; el artículo 11 de la Carta Social Europea de 1961, en su forma revisada; el artículo 16 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y recientemente en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (cabe señalar que, sobre esta última, por razones de temporalidad, no resulta exigible en relación con los hechos del caso en análisis). Además, el derecho a la salud ha sido reconocido en la sección II, apartado 41, de la Declaración y Programa de Acción de Viena, y en otros instrumentos y decisiones internacionales.

Por su parte el Comité de DESC de ONU se ha pronunciado sobre los deberes de los Estados en materia de salud, principalmente en su Observación General N° 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Y el Grupo de Trabajo de la OEA en los Informes Anuales sobre Indicadores de Progreso, también se ha referido a la cuestión del derecho a la salud.

(...)

Estándares sobre el derecho a la salud, aplicables a situaciones de urgencia médica.

La Corte estima que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del

La Corte estima que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud, no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral.

más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud, no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha precisado que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.

(…)

En vista de ello, esta Corte estima que para efectos de las prestaciones médicas de urgencia, los Estados deben garantizar, al menos, los siguientes estándares:

- Respecto a la *calidad*, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes, así como también disponer de recurso humano calificado para responder ante urgencias médicas.
- Respecto a la *accesibilidad*, los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas. Entendida desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información.
- Respecto a la *disponibilidad,* se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas integrales de salud. Y la coordinación entre establecimientos del sistema.
- Respecto de la *aceptabilidad*, los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. Además, deberán incluir una perspectiva de género, así como debe ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad. .

En tercer lugar, y como condición transversal de la accesibilidad, la Corte recuerda que **el Estado está obligado a garantizar un trato igualitario a todas las personas** que accedan a los servicios de salud, y que no son permitidos tratos discriminatorios, “por motivos de raza, color, sexo, […] posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Está prohibido discriminar; según el artículo 1.1 de la Convención Americana no son un listado taxativo o limitativo sino meramente

enunciativo. La redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas". Así, la Corte ha señalado que la edad es también una categoría protegida por esta norma. En este sentido, la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores, se encuentra tutelada por la Convención Americana.

La Corte reitera que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. Por ello la adopción de medidas positivas se acentúa en relación con la protección de personas en situación de vulnerabilidad o en situación de riesgo, quienes deben tener garantizado el acceso a los servicios médicos de salud en vía de igualdad.

(…) La Corte ha sostenido que "una eventual atención médica en instituciones sin la debida habilitación, sin estar aptas en su infraestructura o en su higiene para brindar prestaciones médicas, o por profesionales que no cuenten con la debida calificación para tales actividades, podría conllevar una incidencia trascendental en los derechos a la vida o a la integridad del paciente". De esta forma, dicha obligación de supervisión y fiscalización se debe actualizar de manera constante, particularmente en los servicios de urgencia médica.

Respecto de las personas mayores en materia de salud

La Corte destaca la oportunidad de pronunciarse por primera ocasión de manera específica sobre los derechos de las personas mayores en materia de salud.

Así destaca también como un **hecho ineludible que la población está envejeciendo de manera constante y considerable**. El cambio vertiginoso del escenario demográfico en los países de la región presenta retos y desafíos, por lo cual este impacto en los derechos humanos hace necesario que los Estados se involucren para dar respuesta de manera integral, a fin de que las personas mayores sean reconocidas como sujetos de derechos especiales desde la prevención y promoción de salud.

Para ello, resulta necesario también el involucramiento por parte de la sociedad a fin de brindar a las personas adultas mayores de calidad de vida. Al respecto, el perito Dr. Javier Santos, precisó en audiencia que:

> "[El] adulto mayor es un paciente vulnerable en general; es un paciente que va a necesitar no solamente del médico sino de la sociedad para llevarlo adelante. Ya no se habla más de expectativa de vida […] [s]e habla de años de vida libre de enfermedad […] por eso es que necesita el apoyo de todo el Estado. Nos tenemos que involucrar todos para que tengamos la mayor cantidad de años de vida [de calidad] […] todos vamos a envejecer si tenemos suerte […]. Lo que tenemos que hacer es formar gente y formar el medio, la sociedad para que tengamos el lugar correcto para ser tratados".

La Corte nota que, en muchas situaciones, se presenta una particular vulnerabilidad de las personas mayores frente al acceso a la salud. Sobre el particular, resalta la existencia de diversos factores como las limitaciones físicas, de movilidad, la condición económica o la gravedad de la enfermedad y posibilidades de recuperación. Asimismo, en determinadas situaciones, dicha vulnerabilidad se encuentra incrementada en razón del desequilibrio de poder que existe en la relación médico - paciente, por lo que resulta indispensable que se garantice al paciente, de manera clara y accesible, la información necesaria y el entendimiento de su diagnóstico o situación particular, así como de las medidas o tratamientos para enfrentar tal situación (*infra* párr. 162).

(…)

La Corte reitera que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.

Análisis del presente caso

La Corte recuerda que en el caso de autos se presentaron dos ingresos al Hospital público Sótero del Río. Respecto del primero, el señor Poblete Vilches ingresó al hospital el 17/01/2001 a causa de una insuficiencia respiratoria grave. Allí estuvo durante cuatro días hospitalizado en la unidad de cuidados intensivos médica. El día 22 ingresó a la Unidad de Cuidados Intensivos Quirúrgica (*supra* párr. 43). El 2/02/ 2001 fue dado de alta y sus familiares tuvieron que contratar una ambulancia privada para trasladarlo a su domicilio, ya que el hospital no contaba con ambulancias disponibles (*supra* párr. 49). Sobre el segundo ingreso, el 5-02-2001 fue nuevamente ingresado al hospital Sotéro del Río, donde permaneció en unidad de cuidados intermedia, no obstante la ficha médica disponía su internación en sala de cuidados intensivos. El señor Poblete Vilches necesitaba de un respirador mecánico pero ésta asistencia no fue prestada. El señor Poblete Vilches falleció el día 7 de febrero de 2001.

Corresponde a la Corte valorar las alegadas acciones u omisiones del Estado frente a la prestación de medidas de carácter básico e inmediato, a fin de tutelar la salud del señor Poblete Vilches, por lo que delimitará su análisis de fondo al alcance de dicha obligación en el caso concreto, y a la luz de las obligaciones reconocidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

La Corte observa que en la época de los hechos existía regulación suficiente sobre el derecho a la salud que garantizaba este derecho a toda persona sin distinción.

Respecto de las acciones y omisiones acreditadas, del acervo probatorio, se desprende que durante **el *primer ingreso*** del señor Poblete Vilches al Hospital Sotéro del Río existían signos que demostraban que la decisión de dar de alta en forma temprana, no era una medida pertinente; hecho por el cual el Estado de Chile, reconoció su responsabilidad internacional.

Lo anterior resultó en una acción médica al menos irresponsable, ya que de la prueba se desprende que no existían las condiciones médicas necesarias para declarar el alta temprana, especialmente frente a la posibilidad de contraer una infección intrahospitalaria.

Así, el paciente fue externado afiebrado y emanando pus por las heridas. Tampoco se le brindó a los familiares indicación alguna de cómo cuidar al paciente en su domicilio, ni indicarles cuáles podrían ser las señales de alarma. Por lo cual, es claro para esta Corte que las autoridades tenían conciencia de su situación crítica y frente a ello, el alta temprana tuvo una incidencia considerable, al menos, en el rápido deterioro que sufrió inmediatamente luego de su pronta salida del Hospital Sótero del Río, lo cual representó una negligencia médica.

Respecto al *segundo ingreso* del señor Poblete Vilches al Hospital Sótero del Río, el perito Santos expuso sobre la situación del paciente, destacando que era grave, y habría que haber actuado rápidamente, ya que el adulto mayor es un paciente muy vulnerable. El perito determinó que el esquema antibiótico no era el adecuado. Asimismo destacó que la unidad de cuidados intensivos resultaba vital, como así también lo era la ayuda mecánica para respirar, y que sin su dispensa era imposible que el paciente pudiera sobrevivir, resaltando además que éstas prestaciones eran básicas. El perito destacó que la falta más grave fue que no se solicitó su derivación a otro centro con capacidad operativa para brindarle la atención que requería, por lo que dos días después de este reingreso, el señor Poblete Vilches falleció sin que se le hubiera brindado tratamiento adecuado.

Al respecto, conforme a los elementos de *calidad y disponibilidad*, durante el segundo ingreso, se comprobó la falta de provisión del tratamiento intensivo que requería en la UCI Médica, con motivo de la falta de disponibilidad de camas en esa unidad, la falta de asistencia, a través de un respirador mecánico, así como la omisión de dispensar al paciente el traslado a otro centro médico que contara con las instalaciones necesarias. Dichas prestaciones resultaban básicas para el tratamiento de urgencias También se destaca la decisión durante su primer ingreso, de darlo de alta de forma precipitada. En vista de lo anterior, ante la falta de disponibilidad de ciertas medidas básicas, el servicio de salud que recibió el paciente careció de la calidad mínima.

Respecto de los elementos de *accesibilidad y aceptabilidad*, la Corte destaca que la edad del señor Poblete Vilches, resultó ser una limitante para recibir una atención médica oportuna, pues de los hechos del caso se desprende que no se le brindó el tratamiento médico adecuado, en parte, por su condición de persona mayor razón por la cual no se priorizó su tratamiento médico a pesar de su condición crítica y su avanzada edad. Además, resulta inaceptable la falsificación del consentimiento de los familiares y la falta de información clara y accesible sobre la condición del paciente.

Frente a ello, esta Corte afirma que la edad de una persona no debe ser una causa que obstaculice su desarrollo humano y por tanto el acceso a la protección de su salud. Sobre el particular, la Corte reitera que las personas mayores son sujetos de protección, en vista de su situación de vulnerabilidad y recaen en el Estado obligaciones reforzadas respecto de la protección y garantía de su derecho a la salud.

La Corte concluye que el Estado chileno no garantizó al señor Poblete Vilches su derecho a la salud sin discriminación, mediante servicios necesarios y urgentes en relación a su situación especial de vulnerabilidad como persona mayor. Por tanto, el Estado violó el derecho a la salud, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Poblete Vilches.

Derechos a la vida e integridad personal

Respecto del derecho a la vida

Esta Corte ha sostenido que el Estado debe implementar medidas positivas para proteger la vida de las personas bajo su jurisdicción y velar por la calidad de los servicios de atención a la salud y asegurar que los profesionales reúnan las condiciones necesarias para su ejercicio a fin de proteger la vida de sus pacientes. En este sentido se han pronunciado también el Comité DESC y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sobre el particular, en materia de salud, la Corte estima que no toda muerte acaecida por negligencias médicas debe ser atribuida al Estado internacionalmente. Para ello, corresponderá atender las circunstancias particulares del caso.

1) Para efectos de determinar la responsabilidad internacional del Estado en casos de muerte en el contexto médico, es preciso acreditar los siguientes elementos:

la Corte entiende que el consentimiento por representación o sustitución se actualiza cuando se ha comprobado que el paciente, por su especial condición, no se encuentra en la capacidad de tomar una decisión en relación a su salud, por lo cual esta potestad le es otorgada a su representante, autoridad, persona, familiar o institución designada por ley.

a) cuando por actos u omisiones se niegue a un paciente el acceso a la salud en situaciones de urgencia médica o tratamientos médicos esenciales, a pesar de ser previsible el riesgo que implica dicha denegación para la vida del paciente; o bien,

b) se acredite una negligencia médica grave; y

c) la existencia de un nexo causal, entre el acto acreditado y el daño sufrido por el paciente.

Cuando la atribución de responsabilidad proviene de una omisión se requiere verificar la probabilidad de que la conducta omitida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado dañoso. Dichas verificaciones deberán tomar en consideración la posible situación de especial vulnerabilidad del afectado para garantizar su situación.

(...)

Respecto del nexo causal la Corte estima que no se puede imputar causalmente el resultado dañino a la falta de atención de la salud, porque se trata de una omisión, y es de toda evidencia que las omisiones no "causan", si no que dejan andar una causalidad que "debía" ser interrumpida por la conducta jurídicamente ordenada.

Respecto del derecho a la integridad personal

(...)

En el presente caso la Corte verificó distintas omisiones en la atención brindada que contribuyeron en el deterioro de la salud del señor Poblete Vilches. Dichas omisiones, varias de ellas reconocidas por el propio Estado, se dieron particularmente, tanto en el primer ingreso, así como en el segundo ingreso con la negación de los servicios básicos que requería. Al respecto, la Corte estima que tales hechos anteriormente enunciados constituyen una vulneración de su derecho a la integridad personal, así reconocido por el propio Estado.

En vista de lo anterior, el Tribunal concluye que el Estado es responsable por la violación del deber de garantía de los derechos a la vida e integridad personal, reconocidos en los artículos 4 y 5 de la CADH, en relación con los derechos a la salud y no discriminación, en perjuicio del señor Poblete Vilches.

(...)

Consentimiento por sustitución y acceso a la información en materia de salud a favor de los familiares

(...)

La Corte ha dispuesto también que los prestadores de salud deberán informar al paciente, al

menos, sobre: i) la evaluación del diagnóstico; ii) el objetivo, método, duración probable, beneficios y riesgos esperados del tratamiento propuesto; iii) los posibles efectos desfavorables del tratamiento propuesto; iv) las alternativas de tratamiento, incluyendo aquellas menos intrusivas, y el posible dolor o malestar, riesgos, beneficios y efectos secundarios del tratamiento alternativo propuesto; v) las consecuencias de los tratamientos, y vi) lo que se estima ocurrirá antes, durante y después del tratamiento .

(…)

Al respecto, durante su primer ingreso, el señor Poblete Vilches fue trasladado al "pabellón" para hacerle una incisión para verificar si tenía líquido en el corazón, pese a que sus parientes informaron al personal médico que él no podía ser intervenido quirúrgicamente por ser diabético. Al salir de la intervención quirúrgica el señor Poblete tenía en la cintura tres heridas de las cuales salía un tubo de drenaje. En el presente caso las representantes alegaron que a los familiares del señor Poblete Vilches nunca se les proporcionó información (…) Además, manifestaron que ellos nunca otorgaron su autorización para dicha intervención y que la autorización que consta en el expediente médico es falsa.

(…)

En vista de lo anterior, **la Corte entiende que el consentimiento por representación o sustitución se actualiza cuando se ha comprobado que el paciente, por su especial condición, no se encuentra en la capacidad de tomar una decisión en relación a su salud, por lo cual esta potestad le es otorgada a su representante, autoridad, persona, familiar o institución designada por ley.** Sin embargo, cualquier limitación en la toma de decisiones tiene que tener en cuenta las capacidades evolutivas del paciente, y su condición actual para brindar el consentimiento. Esta Corte considera que **entre los elementos necesarios para otorgar el consentimiento informado por parte de sus familiares, este también debe de ser previo, libre, pleno e informado, a menos que se trate de una situación de emergencia,** en donde la Corte ya ha reconocido que existen excepciones donde es posible que el personal de salud actúe sin la exigencia del consentimiento (…)

(…)

La Corte ha reconocido la relación existente entre la obtención del consentimiento informado antes de la realización de cualquier acto médico y la autonomía y la auto-determinación del individuo, como parte del respeto y garantía de la dignidad de todo ser humano, así como en su derecho a la libertad. Por lo tanto, el Tribunal entiende que la necesidad de obtención del consentimiento informado protege no sólo el derecho de los pacientes a decidir libremente si desean someterse o no a un acto médico sino que es un mecanismo fundamental para lograr el respeto y garantía de distintos derechos humanos como lo son la dignidad, libertad personal, integridad personal, la vida privada y familiar.
(…)

(…)

Con base en lo anterior, **este Tribunal concluye que el Estado incumplió con su obligación internacional de obtener, a través de su personal de salud, el consentimiento informado por parte de los familiares del señor Poblete Vilches, para la práctica de los actos médicos realizados durante su primer ingreso en el Hospital Sótero del Río. Adicionalmente, el Estado vulneró el derecho de acceso a la información de los familiares, debido a que no se les otorgó información clara y precisa sobre el alta al paciente y sus cuidados necesarios. Asimismo, se vulneró éste derecho debido a que durante el segundo ingreso, no se proporcionó información clara y accesible respecto del diagnóstico y atención médica otorgada al señor Poblete Vilches.** Por ende, la Corte considera que se violó el derecho a obtener un consentimiento informado y acceso a la información en materia de salud.

Esta Corte considera que entre los elementos necesarios para otorgar el consentimiento informado por parte de sus familiares, este también debe de ser previo, libre, pleno e informado, a menos que se trate de una situación de emergencia, en donde la Corte ya ha reconocido que existen excepciones donde es posible que el personal de salud actúe sin la exigencia del consentimiento (...)

Conclusión general sobre el derecho a la salud

Esta Corte verificó que:

i) el derecho a la salud es un derecho autónomo protegido por el artículo 26 de la Convención Americana;

ii) este derecho en situaciones de urgencia exige a los Estados velar por una adecuada regulación de los servicios de salud, brindando los servicios necesarios de conformidad con los elementos de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, pero también brindando medidas positivas respecto de grupos en situación de vulnerabilidad;

iii) las personas mayores gozan de un nivel reforzado de protección respecto de servicios de salud de prevención y urgencia;

iv) **a fin de que se impute la responsabilidad del Estado por muertes médicas es necesario que se acredite la negación de un servicio esencial o tratamiento pese a la previsibilidad del riesgo que enfrenta el paciente, o bien una negligencia médica grave, y que se corrobore un nexo causal entre la acción y el daño.**

v) el consentimiento informado es una obligación a cargo de las instituciones de salud, las personas mayores ostentan la titularidad de éste derecho, sin embargo, se puede transferir bajo ciertas circunstancias a sus familiares o representantes. Asimismo, persiste el deber de informar a los pacientes o, en su caso cuando proceda, a sus representantes sobre los procedimientos y condición del paciente.

La Corte considera que el Estado de Chile no garantizó que los servicios de salud brindados cumplieran con los estándares referidos, por lo que incumplió en el otorgamiento de medidas básicas. (...)

Consideraciones de la Corte

El Tribunal ha entendido que en determinados casos de violaciones graves a los derechos humanos es posible presumir el daño de ciertos familiares de las víctimas, tras el sufrimiento y la angustia que los hechos de dichos casos suponen. Una vez valoradas las circunstancias del presente caso, la Corte ha determinado que, al no tratarse de un caso que se corresponda con una violación grave a los derechos humanos en términos de su jurisprudencia, la violación a la integridad personal de los familiares del señor

Vinicio Poblete Vilches, en atención a su sufrimiento, debe ser comprobada.

(...)

En este sentido el Tribunal estima que para el caso concreto se acreditó que, con motivo del estrecho vínculo familiar que guardaban con la víctima directa, se desprenden lógicos los sufrimientos ocasionados con motivo del trato recibido en un primer momento en el Hospital Sótero del Río, tales como la imposibilidad de ver a su familiar, la falta de información sobre un diagnóstico claro del paciente y forma de atenderlo en su domicilio al ser dado de alta, y particularmente la falta de obtención de su consentimiento respecto de la intervención a su familiar.

La Corte entiende el sufrimiento de los familiares derivado del largo proceso en la búsqueda de la justicia, particularmente sobre el esclarecimiento de los hechos, así como de la incertidumbre por la indeterminación de la causa de muerte de Poblete Vilches.

REPARACIONES (*APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 63.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA*)

(...)

Parte lesionada

Este Tribunal, en los términos del artículo 63.1 de la CADH, considera parte lesionada a quienes han sido declaradas víctimas de la violación de algún derecho reconocido. Por lo tanto esta Corte considera como "parte lesionada" al señor Vinicio Antonio Poblete Vilches (fallecido), y a sus familiares: Blanca Tapia Encina (fallecida), Gonzalo Poblete Tapia (fallecido), Vinicio Marco Poblete Tapia y Cesia Poblete Tapia.

(...)

Medidas de Satisfacción

Las ***representantes*** solicitaron que se publique la sentencia íntegra "en tres diarios de gran circulación del país" y en el Registro Oficial de Chile tal como "la elaboración y publicación de un folleto" que resuma la sentencia.

Por último, las representantes solicitaron que el Estado, "coloque una placa en un lugar visible de la sede de la Unidad de Defensoría Pública [...] y dentro del año siguiente a la notificación de la [...] Sentencia" una placa conmemorativa en un lugar "próximo al Hospital", a acordar con las víctimas y el Estado.

i) Publicación de la Sentencia

La Corte estima, como lo ha dispuesto en otros casos, que el Estado deberá publicar en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia: a) el resumen oficial por una sola vez, en el Diario Oficial, b) el resumen oficial de la Sentencia por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la Sentencia en su integridad. (...)

ii) Acto público de reconocimiento de responsabilidad

La Corte dispone que el Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en Chile. Este acto deberá llevarse a cabo mediante una ceremonia pública en presencia de altos funcionarios del Estado, así como con la participación de las víctimas de este caso.

Rehabilitación

(...)

La *Corte* constata que existe un nexo causal entre los hechos del caso y las afectaciones psicológicas y emocionales sufridas por las víctimas. En consecuencia, este Tribunal estima pertinente que, de ser solicitado por las víctimas,

Con el propósito de reparar el daño de manera integral y de evitar que hechos similares, la Corte estima necesario ordenar al Estado que, dentro de un plazo de un año, adopte programas de educación y formación permanentes dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal que conforma el sistema de salud y seguridad social, incluyendo órganos de mediación, sobre el adecuado trato a las personas mayores en materia de salud desde la perspectiva de los derechos humanos e impactos diferenciados.

se les brinde atención psicológica profesional como medida de rehabilitación de las afectaciones psicológicas (...)

Garantías de no repetición

La ***Comisión*** solicitó adoptar mecanismos de no repetición, incluyendo: "i) las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que se requieran para la implementación del consentimiento informado en materia de salud; ii) las medidas necesarias, incluyendo las presupuestarias, para asegurar que el Hospital Sótero del Río cuente con los medios e infraestructura necesarios para brindar una atención adecuada; y iii) las medidas de capacitación y entrenamiento a los operadores judiciales en cuanto al deber de investigar las responsabilidades derivadas de la muerte de una persona".

1. Capacitaciones

Con el propósito de reparar el daño de manera integral y de evitar que hechos similares, **la Corte estima necesario ordenar al Estado que, dentro de un plazo de un año, adopte programas de educación y formación permanentes dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal que conforma el sistema de salud y seguridad social, incluyendo órganos de mediación, sobre el adecuado trato a las personas mayores en materia de salud desde la perspectiva de los derechos humanos e impactos diferenciados.**

(...)

Cartilla sobre personas mayores

Como lo ha hecho en otro caso estima pertinente ordenar al Estado que diseñe una publicación o cartilla que desarrolle en forma sintética, clara y accesible los derechos de las personas mayores en relación con la salud. Dicha publicación deberá estar disponible en todos los hospitales públicos y privados de Chile.

Protección integral a personas mayores

Finalmente, la Corte dispone que el Estado adopte las medidas necesarias a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores, de conformidad con los estándares en la materia.

Indemnización compensatoria

El ***Estado*** señaló que, respecto al daño moral, el dolor y sufrimiento indicado por las representantes tendrían que ser consecuencia de un ilícito internacional.

En cuanto a la muerte del señor Poblete Vilches, el Estado señaló que no se pudo comprobar que su muerte fuese resultado de conducta negligente imputable al Estado. Y sostuvo que debido a la falta de un nexo causal la Corte no podría considerar la muerte del señor Poblete Vilches como un hecho del cual podría surgir la obligación para el Estado de reparar.

La Corte tampoco podría considerar la muerte de los familiares, ni los problemas de salud de los que padecieron posteriormente a la muerte de su padre, dado que éstos no resultaron de hechos imputables al Estado.

1. Daño Material

(...)

Respecto del *lucro cesante* la Corte observa que las representantes no presentaron prueba concreta sobre los salarios dejados de percibir por el señor Poblete Vilches, dado que el puesto que ocupaba era de carácter informal y sólo se cuenta con el salario aproximado indicado por sus hijos que consta de 500 mil pesos chilenos al mes. En virtud de que el Estado fue encontrado responsable por violaciones a los DDHH la Corte dispone que el Estado debe pagar, por concepto de indemnización compensatoria con motivo del lucro cesante, la suma de US $ 10,000 (diez mil dólares US.).

Respecto del *daño emergente* la Corte constata que derivado de la muerte del señor Poblete Vilches y de las violaciones declaradas se realizaron gastos relacionados con el transporte en ambulancia y su posterior funeral, entierro y servicios religiosos. El Tribunal entiende que debido al incendio sufrido en la vivienda familiar algunos comprobantes fueron destruidos o se han perdido. Por ello la Corte estima que se otorgue un monto razonable de US $1,000 (mil dólares US).

Los montos establecidos por la Corte por el rubro de lucro cesante y daño emergente deberán ser entregados a sus dos hijos en partes iguales, en el plazo de un año a partir de la notificación de la Sentencia.

2. Daño Inmaterial

En cuanto al daño inmaterial y atendiendo a las circunstancias del presente caso, el carácter de las violaciones cometidas, la Corte fija en equidad, el monto de US $100,000 (cien mil dólares U.S.) a favor del señor Poblete Vilches, monto que deberá ser entregado a sus herederos como beneficiario de la reparación en el plazo de un año a partir de la notificación de la Sentencia.

Adicionalmente, la Corte fija en equidad las siguientes sumas de dinero correspondiente a US $ 15,000 (quince mil dólares U.S.) para cada una de los cuatro familiares víctimas del presente caso, y en caso de los fallecidos, el monto deberá ser entregado a sus herederos.

Gastos y Costas

La *Corte* reitera que las costas y gastos hacen parte del concepto de reparación, toda vez que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria.

En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional, tomando en cuenta los gastos de las partes, siempre que su *quantum* sea razonable.

Este Tribunal ha señalado que **"las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede,** esto es, en el escrito

Este Tribunal ha señalado que "las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos".

de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos".

Asimismo, la Corte reitera que no es suficiente la remisión de documentos probatorios sino que se requiere que las partes hagan una argumentación que relacione la prueba con el hecho que se considera representado, y que, al tratarse de alegados desembolsos económicos, se establezcan con claridad los rubros y la justificación de los mismos.

La Corte considera razonable que las víctimas del presente caso y sus representantes han incurrido en diversos gastos relativos a honorarios, recolección de prueba, transporte, servicios de comunicación, entre otros, en el trámite internacional. En consecuencia, la Corte decide fijar un monto razonable por la cantidad de US $15,000 (quince mil dólares U.S.) con motivo del litigio del presente caso, que deberá ser entregado a las víctimas sobrevivientes, quienes a su vez podrán otorgarlo a quien corresponda.

(...)

Por tanto, **LA CORTE DECIDE,**

Por unanimidad, que:

1. Aceptar el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado.

DECLARA:

Por unanimidad, que:

1.- El Estado es responsable por la violación del derecho a la salud, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Vinicio Poblete Vilches, en los términos de los párrafos 99 a 143 y 174 a 176 de la presente Sentencia.

2.- El Estado es responsable por la violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención Americana, en relación con los artículos 26 y 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Vinicio Poblete Vilches, en los términos de los párrafos 144 a 151 y 174 a 176 de la presente Sentencia.

3.- El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con los artículos 26 y 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Vinicio Poblete Vilches, en los términos de los párrafos 158 a 160 y 174 a 176 de la presente Sentencia.

4.- El Estado es responsable por la violación del derecho a obtener un consentimiento informado y acceso a la información en materia de salud, de conformidad con los artículos 26, 13, 7 y 11 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Vinicio Poblete Vilches y de sus familiares, en los

términos de los párrafos 161 a 173 y 174 a 176 de la presente Sentencia.

5.- El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de sus familiares Blanca Tapia Encina, Gonzalo Poblete Tapia, Vinicio Marco Poblete Tapia y Cesia Poblete Tapia, en los términos de los párrafos 182 a 193 de la presente Sentencia.

6.- El Estado es responsable por la violación a la integridad personal, reconocida en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en perjuicio de sus familiares Blanca Tapia Encina, Gonzalo Poblete Tapia, Vinicio Marco Poblete Tapia y Cesia Poblete Tapia, en los términos de los párrafos 203 a 210 de la presente Sentencia.

7.- El Estado no es responsable por la violación del derecho a la seguridad social, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana, ni del derecho a la imparcialidad judicial, de conformidad con el artículo 8 de la misma, en los términos del párrafo 99 y 194 a 198, respectivamente, de la presente Sentencia.

Y DISPONE:

Por unanimidad, que:

1.- Esta Sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación.

2.- El Estado debe, dentro del plazo de seis meses contado a partir de la notificación de esta Sentencia, realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 226 de la presente Sentencia.

3.- El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad, en los términos del párrafo 227 de la presente Sentencia.

4.- El Estado debe brindar, a través de sus instituciones de salud, la atención médica psicológica de manera gratuita e inmediata a las víctimas, en el modo y plazo fijado en el párrafo 231 de la presente Sentencia.

5.- El Estado debe implementar, en un plazo de un año, programas permanentes de educación en derechos humanos, en los términos referidos en el párrafo 237 de esta Sentencia.

Por cuatro votos a favor y uno en contra, que:

1.- El Estado debe informar al Tribunal, en el plazo de un año, sobre los avances que ha implementado en hospital de referencia, en los términos del párrafo 238 de la presente Sentencia.

2.- El Estado debe fortalecer el Instituto Nacional de Geriatría y su incidencia en la red hospitalaria, de conformidad con lo establecido en el párrafo 239 de esta Sentencia, así como diseñar una publicación o cartilla que desarrolle los derechos de las personas mayores en materia de salud, de conformidad con lo establecido en el párrafo 240 de esta Sentencia.

3.- El Estado debe adoptar las medidas necesarias, a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores, en los términos referidos en el párrafo 241 de esta Sentencia.

Disiente el juez Humberto Antonio Sierra Porto.

Por unanimidad, que:

1.- El Estado debe pagar las cantidades fijadas en la presente Sentencia, por concepto de compensación por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, en los términos de lo previsto en esta Sentencia.

2.- El Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte IDH, la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso.

Estas reflexiones no son motivadas únicamente en el espíritu de generar un vigoroso debate de ideas, sino también por la auténtica preocupación de las consecuencias y el impacto que puedan tener nuestras decisiones. En el actual clima de inseguridad jurídica generado por el caso Lagos del Campo, se abre la posibilidad de una ola de peticiones individuales basadas en presuntas violaciones a DESCA que podrían agravar el problema de congestión procesal de la Comisión.

3.- El Estado debe rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

4.- La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la CADH, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

El juez Humberto Sierra Porto hizo conocer su voto individual parcialmente disidente, el cual acompaña esta Sentencia.

* * *

VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ HUMBERTO A. SIERRA PORTO (sintetizado)

A LA SENTENCIA DE 8-03-2018 DE LA CORTE IDH EN EL CASO DE POBLETE VILCHES Y OTROS VS. CHILE

I. Introducción

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos me permito formular el presente voto concurrente. (…)

II. Respecto a mi adhesión a la declaración de responsabilidad internacional por violación al derecho a la salud

En la presente sentencia la Corte concluyó, en esencia,

1) que los servicios de salud brindados al señor Poblete Vilches no cumplieron con los estándares de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, lo que constituyó una violación a su derecho a la salud;

2) que el Estado incumplió con su deber de obtener el consentimiento informado de los familiares de la víctima frente a la intervención quirúrgica practicada; y

3) que el Estado violó su derecho a la vida y a la integridad personal, pues la falta de una adecuada atención médica derivó en un resultado dañoso y, en última instancia, en su muerte.

Si bien comparto el criterio sostenido por mis colegas, lo cual quedó manifestado en mi adhesión a su posición en los Puntos Resolutivos de la sentencia (Punto Resolutivo 2), es relevante aclarar que esto no significa un distanciamiento de lo ya sostenido en otros votos disidentes o concurrentes anteriores.

Reitero que la justiciabilidad de los DESCA, a través de una aplicación directa del artículo 26 de la Convención, presenta al menos dos grandes falencias: la primera, que el mencionado artículo 26 no contiene propiamente un catálogo de derechos, sino que remite a la Carta de la OEA, y que, a su vez, la Carta de la OEA tampoco contiene un catálogo de derechos claros y precisos que permita derivar de ellos obligaciones exigibles a los Estados por vía del sistema de peticiones individuales, y en todo caso reconoce derechos de naturaleza prestacional.

La segunda, que el argumento utilizado en la Sentencia para justificar la competencia de la Corte ignora que los Estados acordaron, en el Protocolo de San Salvador, que la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones a los DESC, a través del sistema de peticiones individuales, queda restringido a algunos aspectos del derecho a la libertad sindical y el derecho a la educación.

Sin perjuicio de lo anterior, no cabe duda que las violaciones a los derechos humanos del señor Poblete Viches, fueron resultado del deficiente tratamiento médico recibido, lo cual afectó su integridad personal y su vida. La Corte encontró que el Estado negó a la víctima un tratamiento médico de urgencia, no obstante existía un riesgo, por lo que concluyó que el Estado no habría adoptado las medidas necesarias para garantizar su derecho a la vida, en violación al artículo 4.1 de la Convención en relación con el artículo 26 y 1.1 del mismo instrumento. En

un sentido similar, la Corte consideró que las distintas omisiones en que incurrió el personal médico del hospital contribuyeron al deterioro de la salud del señor Poblete, afectando así su integridad personal, en violación al artículo 5.1 de la Convención en relación con el artículo 26 y 1.1 del mismo instrumento.

La Corte siguió la tesis -en mi visión acertada- que había sostenido a lo largo de su jurisprudencia de analizar las violaciones en materia de DESCA por conexidad. En efecto, el análisis de los DESCA por conexidad permite definir las obligaciones en materia de derecho a la salud sin expandir las competencias de la Corte más allá de lo que correspondería a cualquier Tribuna.

Con esto no quiero decir que el análisis de este caso constituya un acierto en todos sus niveles. Pero si se lee con detalle la sentencia es posible percibir que el análisis relacionado con la violación al derecho a la salud está íntimamente ligado a las afectaciones que el señor Poblete Vilches sufrió a su vida y a su integridad personal. De hecho, es bastante difícil, sino imposible, discernir dónde comienza y dónde termina el ilícito internacional respecto de cada uno de los derechos que se declaran violados.

En mi consideración, resulta innecesario el análisis del artículo 26 entendido de manera autónoma, aunque tiene una enorme relevancia cuando se le considera en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal. En el caso concreto, este análisis conlleva una duplicidad innecesaria en cuanto a la declaratoria de los derechos convencionales violados, lo que queda de manifiesto en la medida que las conductas y omisiones que se le imputan al Estado como vulneradoras de los derechos a la salud, la vida y la integridad personal son, en esencia, las mismas.

Aclaro que mi voto a favor de la sentencia en el Punto Resolutivo 2 no debe entenderse como una aceptación de la tesis -en mi concepto, errada- que la **Corte ha sostenido recientemente sobre la posibilidad de declarar violaciones autónomas al artículo 26 de la Convención Americana**. Por el contrario, se debe entender como un voto a favor de la responsabilidad internacional de Chile por la falta de atención médica del señor Poblete Vilches, lo cual derivó en la violación a sus derechos a la integridad personal y a su vida en relación con el derecho a la salud.

III. Reflexiones sobre el análisis de la violación al derecho a la salud en el presente caso.

Por otro lado (...) cabe cuestionar el sentido práctico del actuar de la Corte al declarar la violación al artículo 26 de manera autónoma, cuando la afectación que se acreditó en este caso es a la integridad personal y a la vida del señor Poblete Vilches. El análisis parece sugerir que, cuando se produce una violación a la integridad personal o a la vida de una persona, como resultado de una deficiente atención médica, se produce una violación automática al derecho a la salud en su dimensión "individual"; sin embargo, la sentencia no establece con claridad cuál es la afectación específica al derecho a la salud de la víctima en esa dimensión "individual", sino que se centra en establecer las razones por las que el Estado incumplió con sus deberes y obligaciones en materia de prestación adecuada del servicio a la salud, y de ahí deriva que se afectó su salud La Corte, de esta forma, asume una posición consecuencialista que funde –y confunde– la afectación a la integridad y la vida del señor Poblete Vilches, con la violación a su derecho a la salud.

Cabe preguntarse, ¿respecto de cuál agravio se deberían agotan los recursos de la jurisdicción interna? ¿Uno que se configure en atención de la dimensión "individual", o uno que se configure en la dimensión "colectiva", pero que tenga efectos en lo particular? A mi manera de ver las cosas, el abordaje de los casos antes citados no tiene una respuesta a ninguna de las preguntas planteadas.

Estas reflexiones no son motivadas únicamente en el espíritu de generar un vigoroso debate de ideas, sino también por la auténtica preocupación de las consecuencias y el impacto que puedan tener nuestras decisiones. **En el actual clima de inseguridad jurídica generado por el caso *Lagos del Campo*, se abre la posibilidad de una ola de peticiones individuales basadas en presuntas violaciones a DESCA que podrían agravar el problema de congestión procesal de la Comisión.**

Además, esto refuerza la prudencia de la tesis que sostiene que el derecho a la salud debe ser analizado, en su faceta "individual", en relación con el derecho a la integridad personal o a la vida, y en su faceta "progresiva", en relación con la suficiencia de los servicios de salud que el Estado provee. Enfocar el análisis de esta forma le permitiría a la Corte identificar, por un lado, cuándo es posible vincular las acciones del Estado en materia de prestación de servicios de salud, con la violación a la integridad personal o a la vida de una persona.

Por otro lado, le permitiría evaluar cuándo la política pública en materia de DESCA en el Estado es *per se* violatoria de las obligaciones de progresividad establecidas en el artículo 26 de la Convención. En la primera hipótesis, el análisis se haría sobre la base del artículo 4 y/o 5 en relación con el artículo 26 y 1.1; y, en la segunda hipótesis, se haría directamente sobre la base del artículo 26 en relación con el artículo 1.1 de la Convención.

Una aproximación de esta naturaleza permitiría distinguir aquellos casos donde el Estado es responsable por la violación a un derecho individual como resultado de la deficiente atención médica en un hospital público, y aquellos donde los elementos prestacionales en materia de servicios de salud son en sí mismos violatorios del artículo 26 de la Convención.

También permitiría establecer un nexo causal entre la declaración de violación al derecho a la salud y las medidas de reparación enfocadas en

La Corte debe ser especialmente cuidadosa de no confundir las obligaciones que emanan para los Estados en virtud de cláusulas convencionales, que reconocen derechos y obligaciones de exigibilidad inmediata, y sobre las que la Corte tiene competencia, de aquellas normas o principios que sirven para la interpretación de dichas cláusulas convencionales.

mejorar la política pública de un Estado. Sucede que, **en este caso, la Corte evaluó la prestación de un servicio de salud en un hospital público, y de ahí deriva una violación "individual" al derecho de salud del señor Poblete Vilches sobre la base del artículo 26 de la Convención.**

Pero la metodología seguida por la Corte hace difícil -o imposible, en este caso- identificar el nexo causal entre las acciones y omisiones del Estado y la afectación al derecho a la salud del señor Poblete Vilches.

Habría sido necesario determinar con claridad en qué consiste el derecho a la salud en su faceta "individual" y establecer con claridad cómo las acciones estatales vulneraron ese derecho. Pero incluso en ese supuesto, el Tribunal tendría que actuar como un legislador, pues el derecho a la salud es, tal y como está regulado en el artículo 26 de la Convención, un derecho prestacional, por lo que declarar a un Estado responsable por la violación a ese derecho porque una persona no tuvo acceso a un adecuado servicio médico implicaría que **de un hecho concreto se juzgue un sistema de prestación de servicios** de salud

Reitero mi desacuerdo con los alcances que la Sentencia da al principio de interdependencia e indivisibilidad en relación con su interpretación al artículo 26. En efecto, dicho principio señala que el disfrute de un derecho depende para su existencia de la realización de otros, pero ello no implica que automáticamente se deban incorporar DESCA al contenido de la Convención.

De hecho, los principios de indivisibilidad e interdependencia son congruentes con un análisis de los DESCA desde la perspectiva de la conexidad, pues su aplicación no implica una expansión ilimitada de las competencias de la Corte, pero sí permite un entendimiento más amplio de los derechos protegidos por la Convención.

A partir de esta interpretación, la Sentencia sugiere que los DESCA que pueden ser objeto de análisis a través del sistema de peticiones individuales son aquellos contenidos en la Carta de la OEA, aquellos reconocidos en la Declaración Americana, aquellos reconocidos en "materia interna", y aquellos que se deriven del *corpus iuris* internacional y nacional en la materia.

Según esta aproximación, el artículo 26 es una especie de norma de remisión a toda la normativa nacional e internacional que se refiere a los DESCA.

Esta interpretación es tan ajena de las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y de la Convención Americana, y tan distante del sistema de fuentes de derecho previsto por el derecho internacional, que resulta un acto de creación normativa y de expansión de competencias como quizás nunca antes habría visto la comunidad

internacional. Siguiendo esta lógica maximalista, sobre la base del artículo 29 de la Convención, la Corte tendría competencia para declarar la responsabilidad internacional del Estado cuando califique que ha violentado un DESCA reconocido en alguna norma de derecho nacional o internacional, sin mayores consideraciones de orden formal.

Cabe recordarle a la mayoría que la Corte Interamericana es un tribunal internacional, no un tribunal constitucional, y que la Convención Americana es un tratado internacional, y no una constitución nacional.

Respecto a lo anterior, aunque puedan parecer obvias, es fundamental recordar el significado de algunas normas básicas del derecho internacional. La primera norma es el artículo 26 de la Convención de Viena, el cual prevé la obligación de los Estados de cumplir de buena fe con las normas pactadas por ellos.

La segunda norma es el artículo 29 de la Convención Americana, el cual prevé -*inter alia*- que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de:

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes...etc.

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

El artículo 29 de la Convención juega el importante papel de evitar que, de una interpretación de la Convención Americana, los Estados puedan limitar el goce o ejercicio de un derecho contenido en el derecho nacional o en el derecho internacional.

Una cosa es utilizar el artículo 29 de la Convención para evitar que los Estados limiten derechos reconocidos en el ámbito nacional o en otros instrumentos internacionales al invocar la Convención, y que la Corte lo utilice como medio interpretativo para actualizar el contenido normativo de las cláusulas de la Convención, y otra muy distinta es utilizar el artículo 29 de la Convención como una especie de norma de remisión a otras normas de derecho nacional e internacional para así "afirmar" la competencia de la Corte para declarar violaciones de derechos previstos en instrumentos nacionales e internacionales sobre los que la Corte claramente carece de competencia. A todas luces, esa lectura es un abuso del principio *pro persona* y una violación al principio de seguridad jurídica que no le permitiría a los Estados prever el tipo de conducta que deben realizar en cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

La Corte debe ser especialmente cuidadosa de no confundir las obligaciones que emanan para los Estados en virtud de cláusulas convencionales, que reconocen derechos y obligaciones de exigibilidad inmediata, y sobre las que la Corte tiene competencia, de aquellas normas o principios que sirven para la interpretación de dichas cláusulas convencionales.

La interpretación que hace la Corte no es –ni debe ser– absolutamente libre, sino que se debe realizar en el marco de lo previsto por reglas secundarias de derecho internacional que determinan la obligatoriedad de las fuentes del derecho y la manera en que estas deben ser interpretadas (como lo es el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). La Corte Interamericana es un tribunal internacional y, por tanto, es razonable asumir que se comporte como tal. Esta labor será especialmente relevante en la medida en que la Corte comience a "desarrollar" el contenido de los DESCA a la luz de la interpretación que ha seguido desde el caso *Lagos del Campo* y con la que también he manifestado mi desacuerdo.

Jueces:

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Presidente; Humberto Antonio Sierra Porto, Juez; Elizabeth Odio Benito, Jueza; Eugenio Raúl Zaffaroni, Juez, y L. Patricio Pazmiño Freire, Juez;