

¿PUEDE INFLUIRSE EN POLÍTICA PÚBLICA A TRAVÉS DE PROCESOS JUDICIALES? EL ROL DEL JUEZ EN EL LITIGIO DE REFORMA ESTRUCTURAL

PABLO S. CARDUCCI

Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Administrativo,
Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Introducción. II. Litigio adversarial clásico y litigio de reforma estructural. III. El desarrollo del proceso judicial experimentalista. IV. Romper la inercia: omisión administrativa y shock judicial. V. Reforma estructural ambiental: el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo. VI. La causa “Mendoza” en la actualidad. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto dar cuenta de un fenómeno de aparición bastante reciente, cual es la intervención en nuestro país por parte del Poder Judicial en el diseño estratégico y la puesta en marcha de políticas públicas en casos de defecto u omisión de los poderes Ejecutivo y Legislativo.

Ese proceso tiene como origen primario la incorporación al texto constitucional, tanto en forma directa como a través del ingreso al bloque de constitucionalidad federal –por medio del artículo 75 inciso 22 CN–, de una serie de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, de un número sin precedentes de derechos, con un contenido y una extensión de amplitud inconmensurable en relación con el modelo anterior, y que generan obligaciones concretas en cabeza del Estado.

En la inteligencia de que la única forma válida de producción de discurso judicial es a través de los trámites establecidos en las normas procesales, comenzaré por distinguir el proceso contencioso tradicional de lo que actualmente se conoce como litigio estratégico de Derecho Público, o litigio de reforma estructural.

A continuación, trataré de extrapolar a nuestro sistema el modelo de litigio experimentalista propuesto por CHARLES SABEL y WILLIAM SIMON en su trabajo “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”¹ el que creo, con

1 SABEL, CHARLES F., SIMON, WILLIAM H., “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, 117 Harv. L. Rev. 1015, 2004.

algunas precisiones, es aplicable al trabajo cotidiano de la ejecución de sentencias en procesos de reforma estructural en nuestro país.

En este sentido, intentaré demostrar que el esquema propuesto por esos autores es especialmente útil como método para asegurar la exigibilidad de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, y como forma de concretar cambios tangibles y permanentes en el entramado estatal.

Con esas premisas, me detendré en la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional s/ Daños derivados de la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo”², a través de la cual se emprendió el proceso de saneamiento ambiental más ambicioso de la historia de nuestra república, formulando algunos comentarios sobre la sentencia primigenia y efectuando algunas breves consideraciones sobre el estado actual del procedimiento de ejecución de la sentencia.

Finalmente, trataré de esbozar algunas conclusiones con relación a la función que el Poder Judicial se encuentra en condiciones de desarrollar, en la actualidad, en materia de gestión de políticas públicas.

II. LITIGIO ADVERSARIAL CLÁSICO Y LITIGIO DE REFORMA ESTRUCTURAL

En el proceso contencioso administrativo tradicional —es decir, en líneas generales, aquel que se lleva adelante contra el Estado con fundamento en derechos de carácter público— existen diversos tipos de pretensiones, que se han desarrollado y especificado a lo largo del tiempo, moldeando los procedimientos formales de forma tal que estos se vuelvan cada vez más idóneos para su satisfacción.

Como ejemplo de ello podemos destacar, por ser el caso de estudio más tradicional, el trámite impugnatorio de actos administrativos. En juicios de esa índole, el avance del proceso hasta la sentencia es lo que insume la mayor cantidad del tiempo que en ellos se invierte. Una vez llegada a la etapa decisoria, el juez se limita a declarar la validez o nulidad del acto que, en el último caso, se ve expulsado del mundo jurídico por el mero pronunciamiento de esa decisión.

Por otra parte, los procesos clásicos de reconocimiento de la responsabilidad tienden, en general, a obtener sumas de dinero como forma de resarcimiento por el obrar dañoso del Estado —lícito o ilícito—. El trámite es similar, controlado, de fuerte énfasis en la etapa probatoria, la que se apropia del mayor porcentaje del proceso. La sentencia, en esos casos, se limita a reconocer la existencia —o no— de esa responsabilidad, valorando el monto indemnizatorio, que se constituye en capital de condena. Es cierto que existen ciertas complejidades para ejecutar fallos que condenan al Estado a dar sumas de dinero; sin embargo, el camino a seguir una vez obtenido el pronunciamiento —bien que extenso en el

tiempo— está suficientemente reglado, razón por la cual seguirlo no ofrece especiales dificultades técnico-jurídicas.

Los procesos de litigio de reforma estructural, en cambio, comienzan con una pretensión centrada en el incumplimiento por parte del Estado de un derecho garantizado por la normativa, que requiere para su satisfacción que se emprendan acciones no instantáneas —en general, de mediano y largo plazo—. Es así que, si bien el proceso es de naturaleza adversarial, y puede tener un amplio período de prueba, el dictado de la sentencia no importa la resolución del conflicto.

En relación a ello, SABEL y SIMON sostienen que a diferencia de lo que ocurre con el litigio paradigmático en materia de Derecho Privado, en el que la participación del tribunal se limita a un rango circunscripto de intervenciones específicas, la determinación de responsabilidades en litigios de Derecho Público³ sólo puede referirse con cierta precisión a los objetivos más amplios de la actividad que se llevará a cabo, con nada más que nociones vagas respecto de la forma que adoptará dicha intervención⁴. El diseño de los remedios definitivos involucrará, de este modo, formas de pensamiento técnicas, estratégicas y contextuales que —en principio— son ajenas a ese primer acto jurisdiccional.

Por esta razón, y alejándonos de lo que prescriben los códigos procesales, la sentencia en una causa de litigio de reforma estructural consistirá en un acto de dos partes de fácil distinción. La primera, que podría encuadrarse dentro de lo que es la actividad judicial clásica, consiste en evaluar los hechos traídos a conocimiento y los derechos involucrados, y determinar si existe una efectiva violación de ellos. Una vez decidida esa cuestión, se procederá a establecer una obligación genérica, consistente en el deber de remediar el incumplimiento, y determinar los sujetos públicos que estarán compelidos a llevar adelante dicha labor.

La segunda parte, característica insigne de las causas a las que me refiero en el presente trabajo, y ya fuera de la ortodoxia judicial, se trata de la manda de comenzar con el proceso de ejecución de aquella orden general, lo cual suele hacerse mediante la exigencia de presentación de un plan de trabajo a las autoridades demandadas. El mismo pronunciamiento podrá contener algunos lineamientos y

3 Es necesario formular una precisión terminológica. En los Estados Unidos existe un sistema de unidad de jurisdicción y unidad de normas (ver, al respecto, MARCER, ERNESTO, *Demandas contra el Estado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, p. 35), en virtud del cual tanto el Estado como los particulares están sometidos a un único Derecho —*el common law*—. De este modo, cuando SABEL y SIMON se refieren a litigios de Derecho Privado, dicha referencia abarca también las demandas contra el Estado por responsabilidad contractual, o por daños y perjuicios. El modelo de “Derecho Público” al que se refieren se trata de aquel descripto por ABRAM CHAYES en su clásico “The Role of the Judge in Public Law Litigation” (89 Harv. L. Rev. 1281 (1976)), es decir, un modelo en el que el proceso no sirve de conducto para resolver controversias entre partes basadas en derechos privados, sino que el objeto del litigio es la reivindicación de derechos constitucionales o políticas públicas.

4 SABEL y SIMON, op. cit., p. 1054.

pautas generales a los que ese plan deberá ajustarse en definitiva para alcanzar el standard que el tribunal considera apropiado para la satisfacción del derecho vulnerado.

Esta particular forma de interpelación judicial (requerir a la parte demandada que proponga una solución al problema en lugar de ensayar una respuesta e imponerla coactivamente) encuentra poderosos fundamentos de origen constitucional. Es que, en definitiva, la competencia constitucional para diseñar la política pública corresponde –en nuestro régimen– a los poderes cuya legitimidad democrática es directa⁵, razón por la cual la imposición de soluciones por parte de la judicatura genera una tensión de difícil –aunque no imposible, ya que en ciertos casos puede hallar justificación– compatibilización con nuestro sistema de división de poderes.

Es interesante advertir que en esta concepción, a diferencia de lo que ocurre con la impresión tradicional del activismo judicial, la figura del juez ocupa un segundo plano, desempeñando un rol de coordinación. La tesis subyacente es que si el problema sometido a conocimiento se produjo originariamente por la falta de ejercicio –o el ejercicio irregular– por parte del Poder Ejecutivo, o el Poder Legislativo de sus competencias propias, la función del Poder Judicial debe limitarse a lograr que estas se activen, más no proveer las soluciones por sí mismo.

Es que, en definitiva, tal y como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en innumerables ocasiones, “la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público”⁶.

5 Extenderme sobre esta cuestión excedería largamente el marco de este trabajo, pero no quiero situarme en la posición de sostener que el Poder Judicial no tiene carácter democrático, porque no lo creo así. Sin embargo, no puede desconocerse que su legitimidad democrática, de acuerdo al diseño institucional de nuestro país, se encuentra mucho más acotada que la del Ejecutivo o Legislativo, por lo que podríamos denominarlo “indirectamente democrático”, al modo de CARLOS NIÑO (puede verse, al respecto, sus *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, 2005, p. 682 y ss.).

6 Fallos: 155:248; 311:2580, en una traspolación de la doctrina de la autorrestricción de la Suprema Corte de los Estados Unidos, basada en la noción de que “[m]ientras el ejercicio inconstitucional del poder por las ramas ejecutiva y legislativa del gobierno está sujeto a la restricción judicial, el único freno sobre nuestro ejercicio del poder, es nuestro propio sentido de la propia limitación”, conforme se desprende de la disidencia del juez HARLAN STONE en “United States v. Butler”, 297 U.S. 1 -1936.

III. EL DESARROLLO DEL PROCESO JUDICIAL EXPERIMENTALISTA

En el Derecho Procesal tradicional, la sentencia es el acto que pone fin a la instancia, es decir, el que culmina el proceso. Sin embargo, como referí anteriormente, en el litigio de reforma estructural la sentencia no es más ni menos que sacar del medio, el comienzo del verdadero partido.

Como lo ha señalado recientemente la Corte Suprema en la causa “Mendoza” originaria –que continúa su trámite ante ese Tribunal–, “en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental las reglas procesales deben ser particularmente interpretadas con un criterio amplio que ponga el acento en el carácter meramente instrumental de medio a fin, revalorizando las atribuciones del Tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del ‘juez espectador’”⁷.

Una vez dictada esa sentencia, el rol del juez cambiará de ser quien juzga la existencia o inexistencia de violación de derechos en un caso concreto, para transformarse en el intermediario de un proceso deliberativo de búsqueda de consenso entre todas las partes involucradas⁸, a saber: tanto las autoridades públicas condenadas como todos aquellos que fueron afectados por el hecho que sirvió de causa a la demanda.

Es de destacar, en este sentido, que en este tipo de proceso es sumamente habitual que, al momento de decidir la existencia de conducta antijurídica, sea imposible para el magistrado vislumbrar el camino que adoptará el proceso de remediación. Para decirlo coloquialmente: al momento de condenarse a los Estados Nacional, Provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sanear el Riachuelo, estaba a la vista que era necesario emprender esa acción, puesto que se había demostrado sobradamente que no se cumplía con los mínimos *standards* de salud pública, control de la contaminación industrial y calidad ambiental en general.

Sin embargo, la Corte Suprema no podía conocer más que un fragmento ínfimo de la información relevante al momento de adoptar la decisión de ordenar el saneamiento. Era imposible, por ejemplo, contemplar la totalidad de los procedimientos técnicos que podían emplearse al efecto de remediar la situación, o mucho menos aún elegir, en esa instancia, cuál era el más idóneo para lograrlo; tampoco tenía forma de abarcar en una sola decisión la multiplicidad de aristas que se vieron (y continúan viéndose) involucradas en dicho proceso.

Es precisamente esta particularidad la que genera el inicio de un proceso experimentalista de reforma estructural, por oposición al tipo de intervención que SABEL y SIMON llaman de “mando y control”⁹, es decir, aquella de naturaleza más

7 CSJN, 19/02/2015, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios - daños derivados de la contaminación ambiental del Rio Matanza Riachuelo”, 1569/2004 40 CS1.

8 SABEL y SIMON, op. cit., p. 1055.

9 SABEL y SIMON, op. cit., p. 1019. “*Command and control*” en el original.

bien burocrática, en la que el juez provee un listado completo y definitivo de instrucciones para resolver el conflicto que se le presenta, limitándose la ejecución del fallo a verificar su cumplimiento.

La alternativa presentada por los autores de referencia tiene como corazón teórico los llamados “derechos de desestabilización”, noción acuñada por el filósofo brasileño ROBERTO MANGABEIRA UNGER¹⁰. Dicen los autores mencionados que a través de los procesos descritos, los jueces no ejercen discrecionalidad para elegir entre una potencialidad infinita de respuestas a un caso, sino que imponen el único remedio apropiado: la desestabilización institucional¹¹.

IV. ROMPER LA INERCIA: OMISIÓN ADMINISTRATIVA Y SHOCK JUDICIAL

La idea de producir reformas en la política pública a través de una desestabilización institucional se describe bastante bien a sí misma. No es otra cosa que originar una ruptura en un estado de cosas que se ha generado en un determinado momento y lugar, a través de la consolidación de una situación injusta, que se mantiene impermeable al cambio¹².

Son dos los elementos que justifican la desestabilización institucional: el primero, la existencia de un *statu quo* disvalioso, del que se da cuenta a través de la acreditación de que el standard jurídico mínimo para el goce de un derecho determinado se encuentra insatisfecho. Esto se traduce en la carga para el juez de dilucidar si existe una vulneración, de acuerdo a los hechos demostrados en el caso, y a través de la valoración que pueda hacer de ellos, y del contenido de los derechos constitucionales, convencionales o legales, de carácter público que se encuentren en debate.

El segundo elemento, que se ancla en el principio de división de poderes, es la demostrada inmunidad que la circunstancia descrita presenta respecto de los mecanismos políticos tradicionales de corrección¹³.

Son muchas las razones que pueden generar esta insensibilidad del sistema político a una vulneración de derechos. Pueden obedecer a la total falta de conocimiento, la ineficacia en la gestión administrativa, una verdadera escasez de recursos, la decisión política de los gobernantes de asignar dichos recursos a otra actividad o cualquier otra causa.

Es desde esa perspectiva que se vuelve necesaria la incorporación de un elemento exógeno que modifique la situación, rol éste que puede ser interpretado adecuadamente por el sistema judicial. Sin embargo, tal y como indicara

10 En su obra *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, Verso, Londres, 1987.

11 SABEL y SIMON, op. cit., p. 1056.

12 MANGABEIRA UNGER, op. cit., p. 530.

13 SABEL y SIMON, op. cit., p. 1062.

anteriormente y por definición, el mero pronunciamiento jurisdiccional no es suficiente para rectificar la situación que es objeto de la pretensión de reforma estructural.

Empero, la mera puesta de manifiesto del incumplimiento ha demostrado, en nuestro país, resultar motor suficiente para romper la inercia administrativa y comenzar con los –largos, mutables, a veces tediosos, pero virtuosos al fin– procesos de remediación.

Varias son las razones que conducen a ese resultado. En primer término, la exposición de la situación con un grado mínimo de publicidad genera una ruptura en los órganos administrativos, que los exhibe y los somete a tener que dar cuenta de la motivación de su conducta pasada y presente. De este modo, la interpelación a los funcionarios responsables quienes, en adelante, deberán dar explicaciones ante el juez y ante la sociedad civil del porqué de las decisiones de gestión, muchas veces basta para poner en tela de juicio –aun internamente– los procedimientos que dan resultados ineficientes o ineficaces.

Además, esa misma exposición al escrutinio público facilita enormemente el control sobre la gestión, generando transparencia en la Administración, cuyas actividades en la materia ya no pueden pasar desapercibidas, puesto que se suma un interlocutor más (el Poder Judicial) a las auditorías con las que los funcionarios acostumbran a lidiar. A eso debe agregarse que para poder fiscalizar los planes propuestos, suele exigirse la elaboración de sistemas de indicadores, los cuales facilitan enormemente el control por parte de todos los afectados.

Muchas veces las propias administraciones demandadas se encuentran con problemas que son incapaces de afrontar. La sola intromisión del juez, un tercero externo que viene a demandar un cambio de conducta, puede simplificar la puesta en discusión de afuera hacia adentro de los organismos de las prácticas que se suelen llevar a cabo en forma acrítica.

Por otra parte, y más en un país de carácter federal como el nuestro, en el que muchas veces los conflictos de Derecho Público revisten carácter interjurisdiccional, o al menos tienen varios niveles estatales como responsables de garantizar los derechos involucrados, la intervención del Poder Judicial sirve muchas veces para articular la actuación de los diferentes gobiernos, cuya interacción suele tener un fuerte componente burocrático que tiende a dilatar el cumplimiento de los cometidos estatales. La influencia es mucho más notoria cuando dos niveles del Estado se encuentran gobernados por fuerzas políticas antagónicas, lo que de acuerdo a la dinámica tradicional, significa una virtual inexistencia de colaboración.

Finalmente, la decisión judicial puede empoderar a actores de la sociedad civil, transmutando relaciones que normalmente no existen –o son de pura subordinación–, en relaciones de coordinación. Es gracias a esta intervención que particulares, defensas públicas, órganos externos de control y organizaciones no

gubernamentales, adquieren una relevancia que los balancea con el Estado al momento de tomar las decisiones.

En virtud de este equilibrio inducido, que pone en pie de igualdad a quienes representan los derechos vulnerados con quienes cuentan con la facultad de corregir esa situación, que en lugar de adoptarse decisiones unilaterales que no alcanzan a satisfacer los requisitos mínimos, se generan procesos deliberativos que concluyen en la adopción de políticas consensuadas.

Este proceso posibilita que una organización no gubernamental puede hallarse en posición de demandarle al Estado un cambio en la orientación de la agenda pública, y que se genere una mesa de discusión horizontal, compuesta por expertos en diversas disciplinas, que discutan las diferentes alternativas y traten de dar, a través del trabajo mancomunado, con una solución de cumplimiento posible que alcance los standards necesarios para remediar el conflicto.

La desestabilización institucional genera una pérdida de autonomía del órgano que originalmente revestía la potestad de adoptar las decisiones. Si antes el Estado podía tomar determinaciones por sí mismo, ahora estas se someten al escrutinio de la sociedad civil, con la supervisión del Poder Judicial. De este modo, se entabla un proceso de negociación constante, en el que los diferentes interlocutores tratan de consensuar soluciones progresivas. Porque, es importante resaltarlo nuevamente, los procesos de reforma estructural tienen un componente temporal insoslayable. No puede remediarse un desastre ambiental, un déficit habitacional masivo, la situación de la población carcelaria o ningún otro problema de esa índole en un lapso corto. Deberán, entonces, adoptarse medidas graduales, que tiendan a mover a la Administración del lugar en el que se encuentra, pero teniendo en consideración las problemáticas que se presentan y sus posibilidades materiales de resolución.

La mesa de deliberación, de este modo, sirve como un órgano de control: las determinaciones que allí se adoptan deben ser cumplidas, y en caso de no serlo, deberá darse cuenta de las razones de dichos incumplimientos. En el mismo sentido, esas decisiones provisionales deberán ser revisadas y adaptadas de acuerdo al desarrollo de los acontecimientos, para acercarse paulatinamente a los standards que emanan del fallo original.

Tal y como señala LORENZETTI, refiriéndose específicamente a los procesos ambientales, “[l]a sentencia no es una, sino varias; no es típica, sino atípica; el proceso no se extingue, sino que continúa. Podríamos decir que son procesos de larga duración en la medida que el tiempo es inherente a su ejecución, ya que es imposible o hasta inconveniente resolver la situación con una medida inmediata y drástica”¹⁴.

14 LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Teoría del Derecho Ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 113.

El cumplimiento satisfactorio de esas soluciones provisionales importará una reducción paulatina de la intervención del juez en el proceso de toma de decisiones, que debería extinguirse al momento de cumplirse los standards mínimos a los que se hizo referencia al momento de dictar la sentencia, o, en el mejor de los casos, de alcanzarse las metas consensuadas.

V. REFORMA ESTRUCTURAL AMBIENTAL: EL SANEAMIENTO DE LA CUENCA MATANZA-RIACHUELO

El caso paradigmático de *public law litigation* en nuestro país (y uno de los más importantes del mundo), es el del saneamiento de la contaminación ambiental que fue emprendido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y Otros s/ Daños y Perjuicios ocasionados por la contaminación del río Matanza-Riachuelo”¹⁵.

En el fallo del 8 de julio de 2008, el Máximo Tribunal resolvió de forma definitiva los reclamos sobre prevención y recomposición ambiental en la cuenca Matanza-Riachuelo, delineando tres objetivos generales y abstractos a cuyo cumplimiento quedaría obligada la ACUMAR¹⁶, concurrentemente con el Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: (a) la mejora de calidad de vida de los habitantes de la cuenca; (b) la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos); (c) la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción.

Con esos fines en miras, dejó sentados algunos principios de carácter amplio y otros deberes específicos en materias determinadas, a saber, información pública, contaminación de origen industrial, saneamiento de basurales, limpieza de márgenes del río, expansión de la red de agua potable, desagües pluviales, saneamiento cloacal y delineó un plan sanitario de emergencia.

Posteriormente, en el considerando 20, delegó la ejecución de la sentencia –trámite que encuadró en el artículo 499 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– en un juzgado de primera instancia, el Juzgado Federal de Quilmes, cuyas incumbencias definió expresamente en los considerandos siguientes, atribuyéndole expresamente, además del deber de llevar adelante la ejecución, la revisión en instancia única de la actividad administrativa de la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo y la competencia en todos los litigios que se susciten con relación al desarrollo del plan de saneamiento. Asimismo, declaró la litispendencia respecto de toda acción colectiva que tenga por objeto una controversia sobre el mismo bien jurídico.

15 Fallos: 331:1622.

16 Un ente interjurisdiccional de Derecho Público creado por la Ley 26.168 en virtud de la encomienda de la Corte, con el objeto de elaborar y ejecutar el Plan Integral de Saneamiento Ambiental.

Finalmente, al efecto de fortalecer la participación ciudadana en el control del cumplimiento del programa, conformó un cuerpo colegiado, que tiene como función la recepción de las sugerencias de la ciudadanía y su trámite, la centralización de la información y la formulación de planteos concretos ante la ACUMAR, a través de la representación del Defensor del Pueblo de la Nación, e integrado, además de por dicha autoridad, por los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en la causa en carácter de terceros. Todo ello, teniendo en miras lograr el propósito encomendado, de acuerdo a criterios de igualdad, especialidad, razonabilidad y eficacia (considerando 19).

Hasta allí el esquema diseñado por la sentencia de la causa “Mendoza” que, en lo sustancial, coincide con los puntos centrales del modelo experimentalista que desarrollé en los apartados anteriores. En honor a la verdad, debe señalarse que algunas de las decisiones adoptadas por el Máximo Tribunal en el fallo se alejan de las previsiones experimentalistas, para asimilarse más al tipo de decisión del modelo de “mando y control”. En este sentido, podemos destacar la manda de fiscalizar la totalidad de las industrias de la cuenca en un plazo de treinta días hábiles, su identificación como agentes contaminantes, intimación a presentar un plan de reconversión industrial y su evaluación en un plazo de sesenta días.

Con el diario del lunes, podemos decir que esa decisión resultó, finalmente, incumplida. La cuenca hídrica Matanza Riachuelo tiene empadronados actualmente 15.397 establecimientos, razón por la cual, aun a través de una férrea coordinación con los Estados municipales, y conociendo exactamente la ubicación de cada establecimiento, habría sido necesario desarrollar más de 500 inspecciones diarias para lograr el cometido impuesto por la Corte.

Si bien es probable que la urgencia impuesta por el Tribunal al proceso sirviera como una alerta en forma de baldazo de agua fría para la Administración, que tuvo que salir al campo a un ritmo frenético sólo para encontrarse con la imposibilidad de cumplimiento de la manda, el dictado de órdenes de este tipo puede, en muchos casos, generar la deslegitimación tanto de la Administración morosa como del Tribunal que la emitió.

Además, decisiones como esa generan el riesgo de que se produzca lo que para jerga administrativa se conoce como “hacer estadística”¹⁷, es decir, que ante la exigencia del órgano jurisdiccional, la parte condenada encomiende sus esfuerzos a encontrar la mejor forma de cumplir con la literalidad de lo ordenado –por ejemplo, inspeccionando a las apuradas– a fin de que no pueda imputársele incumplimiento, en lugar de remediar el problema de fondo.

17 Idea a la que también se refieren SABEL y SIMON, como “*teaching to the test*”, lo que podría traducirse como “enseñar a aprobar el examen”.

VI. LA CAUSA “MENDOZA” EN LA ACTUALIDAD

En primer término, y hasta el año 2012, la ejecución de la sentencia estuvo a cargo del Juez Federal de Quilmes, quien le imprimió a su desarrollo un estilo que se asemeja mucho más al sistema de mando y control que al experimentalista.

Sin embargo, durante el año 2012 la Corte dictó un nuevo fallo, a través del cual dio por cumplida la etapa a cargo de ese magistrado, dividiendo la ejecución en dos partes y encomendándolas al Dr. SERGIO TORRES, a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 12 y el Dr. JORGE RODRÍGUEZ, a cargo del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Morón.

La separación formulada por la Corte podría interpretarse, a grandes rasgos y en forma algo imprecisa, como el “control”, a cargo del juez de la Capital (supervisión de los contratos, cuestiones presupuestarias, etc.) y la “ejecución”, es decir, la competencia residual para compeler a la Administración a emprender todas las acciones positivas necesarias para obtener el saneamiento de la cuenca, la prevención de daños futuros y la mejora de la calidad de vida de los habitantes a cargo del juez de Morón.

Para dimensionar lo que significa la gestión de un proceso masivo, y con una enorme multiplicidad de ramificaciones, como lo es la causa “Mendoza”, debe ponerse de manifiesto que el Juzgado Federal de Morón tiene en trámite más de mil expedientes entre los objetivos establecidos por el Alto Tribunal y sus expedientes conexos, acumulados e incidentales.

Respecto de ello, previene LORENZETTI que “[n]o tener en cuenta este aspecto, o permanecer indiferente frente al mismo puede tener efectos dramáticos para el bien en juego, para los legitimados activos y pasivos, así como la eficacia del servicio de justicia. Por esta razón, es necesario aplicar criterios de “gerenciamiento de conflictos” para darles un ordenamiento efectivo”¹⁸.

De este modo, por ejemplo, existe un expediente principal caratulado “Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios” en el que se tramitan todas las medidas que afectan a la generalidad de las jurisdicciones locales en esa materia. Además, existen legajos individuales divididos por jurisdicción (Lanús, Lomas de Zamora, La Matanza, Almirante Brown, Esteban Echeverría y Merlo¹⁹), y algunos adicionales debido a su particular complejidad (Avellaneda tiene uno por

18 LORENZETTI, op. cit., p. 139.

19 La totalidad de las relocalizaciones del plan para el municipio de Marcos Paz se encuentra cumplida, y los restantes municipios no contaban ya al momento de diagramarse el “Convenio Marco para el Cumplimiento del Plan de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios en Riesgo Ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo”, con habitantes en situación de ser relocalizados.

separado para Villa Inflamable; la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta con tres legajos diferentes).

La gestión de cada uno de ellos se lleva a cabo en forma personalizada, organizándose periódicamente audiencias en cada uno de los legajos, en los que se integró a actores de la sociedad civil, organismos públicos de control y a los diferentes Poderes Ejecutivos involucrados, en mesas horizontales cuya coordinación se encuentra a cargo del Poder Judicial. A través de esas reuniones se formulan planes de trabajo de cumplimiento factible (que comprenden no sólo el avance de las obras, sino el acercamiento de la información a los habitantes de las villas, la concientización respecto de los procesos de relocalización, la mejora de las condiciones de vida actuales, etc.), y se evalúa el avance de dichos planes en forma inmediata, ajustándolos a medida que se van desarrollando.

Desde la atribución de la competencia en la ejecución de la causa “Mendoza”, el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Morón ha llevado a cabo más de doscientas audiencias, y más de cien inspecciones judiciales, a través de las cuales se procuró ganar en inmediatez en el abordaje de los conflictos sociales mediante el contacto con los afectados por la decisión de la Corte, y, asimismo, tomar conocimiento en forma directa del estado ambiental del territorio.

La adopción de decisiones a través métodos basados en la deliberación ha llevado a que, en los dos años y medio que la causa lleva en trámite, sólo se hayan interpuesto cinco recursos extraordinarios contra las decisiones del Juez (recordemos, se trata de determinaciones adoptadas en instancia única en virtud de lo dispuesto por la Corte Suprema, por lo que no resulta procedente el recurso de apelación).

En este sentido, es interesante comentar, a modo de ejemplo, el desarrollo del proceso tendiente a la protección de la Laguna de Rocha, un humedal sito en el partido de Esteban Echeverría, provincia de Buenos Aires, que cuenta con una gran riqueza de flora y fauna autóctona y un sitio arqueológico y paleontológico de importante valor cultural y científico.

En dicha causa, a través de una mesa de trabajo compuesta por representantes de la Defensoría del Pueblo, la Autoridad de Cuenca, la Municipalidad de Esteban Echeverría y diferentes organismos de la provincia de Buenos Aires, se logró avanzar sustancialmente en la delimitación, consolidación y protección del espacio ahora conocido como Reserva Natural y Mixta Laguna de Rocha, de acuerdo a la Ley provincial 14.488 (modificada luego por la 14.516). Sin embargo, en una etapa determinada del trámite se llegó a un estancamiento, en virtud de que ciertos actos jurídicos necesarios para la demarcación de la reserva requerían la personalidad de una autoridad provincial de aplicación, la cual debía

ser designada mediante la reglamentación, hallándose el Ejecutivo provincial en mora a este respecto.

En tanto ninguno de los interlocutores se hallaba en condiciones de resolver el conflicto, el juez procedió a dictar una medida cautelar a través de la cual designó provisoriamente –y hasta tanto el Gobernador ejerza la potestad reglamentaria, quedando sin efecto en forma inmediata la medida en caso de que ello ocurra– a uno de los integrantes de la mesa de trabajo, el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible.

La decisión en cuestión, adoptada el 21 de agosto de 2014, se encuentra firme y produciendo efectos en la actualidad, puesto que en atención a la naturaleza del proceso deliberativo en que fue dictada, de cuyos fundamentos se nutrió la decisión, no fue impugnada por ninguna de las partes²⁰.

VII. CONCLUSIONES

Sostenía MONTESQUIEU, en su *Espíritu de las Leyes*, que “[t]odo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de los próceres o de los nobles o del pueblo ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares”²¹.

Es evidente que la concepción clásica de la división de poderes, característica de estados legislativos de Derecho, ha quedado ampliamente superada por la evolución de la teoría política y jurídica.

Nos hallamos en una época revolucionaria en materia de derechos, y de constante resignificación del principio de división de poderes, que ha implicado, en la práctica, que se desdibujen los roles tradicionales de los poderes del Estado. En esta nueva concepción, como nunca antes, es central el rol que los jueces pueden desarrollar en el diseño e implementación de políticas públicas.

A lo largo de este trabajo, he intentado dar cuenta de algunos hitos que se desprenden de la puesta en práctica de un modelo teórico de ejecución de sentencias que creo considerablemente valioso, puesto que se sostiene a través de sus propios resultados.

Sin embargo, debe tenerse en consideración que el trabajo en *public law litigation* requiere de un compromiso del Poder Judicial desde una faz totalmente diferente a la labor que éste desarrolló tradicionalmente. En efecto, es necesario que los jueces se involucren no sólo al adoptar decisiones macro (en nuestro caso, la sentencia en la causa “Mendoza”) sino también en el *micromanagement*

20 “Defensoría del Pueblo de la Nación c/ ACUMAR y otros s/ Amparo ambiental”, Expte. FSM52000016/2013. Tanto las actas de las audiencias de referencia como la resolución de la medida cautelar pueden consultarse por medio del sistema informático de consulta de causas del Poder Judicial de la Nación.

21 MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1980, ps. 151-152.

intensivo del avance por parte de los actores involucrados en los procesos de remediación.

Es por ello que será necesaria una paulatina flexibilización de las formas, y una adaptación de los jueces, que asumirán un nuevo rol en la proposición, articulación, desarrollo y dirección de soluciones para los problemas generados por la omisión de los restantes poderes en la adopción de políticas públicas, con la virtud adicional de abrir a una discusión pública horizontal la remediación de un problema colectivo, como puede serlo el saneamiento ambiental.

Al momento de juzgar los avances del proceso de remediación de la cuenca Matanza-Riachuelo, debe tenerse en cuenta que su degradación por el hombre comenzó hace más de doscientos años²², mientras que la remediación iniciada por la Corte sólo se puso en marcha hace menos de siete.

El breve período transcurrido no permite analizar el éxito del proceso más que parcialmente, por lo que el pronóstico es abierto, pero no puede negarse que durante su transcurso se produjeron avances significativos en muchos de los indicadores fundamentales diseñados para medir la calidad del ambiente. Por ello, puede decirse, sin lugar a dudas, que la intervención del Poder Judicial en el conflicto ha generado una verdadera desestabilización institucional, y un sinnúmero de efectos positivos.

Para finalizar, quisiera recordar uno de los pronunciamientos clásicos de nuestra jurisprudencia constitucional, “Fernández Arias”, un precedente de más de cincuenta años de antigüedad pero cuya vigencia es manifiesta.

En el voto mayoritario de esa causa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación manifiesta que “el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos es uno de los aspectos que, en mayor grado, atribuyen fisonomía relativamente nueva al principio atinente a la división de poderes. Esta típica modalidad del derecho público actual, desde luego, no ha surgido como consecuencia de especulaciones de orden teórico. Tampoco expresa ni encubre una determinada concepción del Estado. Muy por el contrario, constituye uno de los modos universales de responder, pragmáticamente, al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja que la que pudieron imaginar los constituyentes del siglo pasado, y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social (v. Fallos, t. 199, ps. 483, 524 y 536 [Rev. LA LEY, t. 36, p. 703, fallo 18.217]), los que de otra manera

22 Como curiosidad en este sentido, debe señalarse que uno de los primeros fallos que se estudian en materia de poder de policía, “Saladeristas Santiago, José y Jerónimo Podestá y otros c/ Provincia de Buenos Aires” (Fallos: 51:274) se refería a la regulación de la actividad curtiembre en el Riachuelo por razones de salubridad.

sólo podrían ser tardía o insuficientemente satisfechos (Landis, James M., “The Administrative Process”, ed. 1950, ps. 1, 6 y siguientes)”²³.

En ese entonces, el Tribunal determinó que el resguardo de los intereses colectivos económicos y sociales podía servir de fundamento a una reinterpretación del principio de división de poderes, en una causa en la que se discutía la validez del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte del Poder Ejecutivo.

Pareciera ser que la tendencia de la teoría jurídica moderna en el Estado constitucional y convencional de Derecho se conduce en la dirección opuesta, inclinándose por el avance de la función judicial sobre materias que tradicionalmente se consideraban limitadas a la competencia administrativa. En efecto, la intervención judicial en la política pública con los alcances que aquí se han desarrollado resultaría inimaginable pocas décadas atrás.

Continuar desarrollando las instituciones jurídicas necesarias para garantizar en la forma más extensiva posible los derechos económicos, sociales y culturales de la totalidad de la población será el desafío común que tendremos que desarrollar los operadores del Derecho, en la etapa del Estado constitucional y convencional de Derecho en la que nos encontramos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

CHAYES, ABRAM, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, 89 Harv. L. Rev. 1281, 1976.

GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.

HOLMES, STEPHEN; SUNSTEIN, CASS, *El costo de los derechos*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011.

LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Teoría del Derecho Ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2008.

MANGABEIRA UNGER, ROBERTO, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, Verso, Londres, 1987.

MARCER, ERNESTO, *Demandas contra el Estado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013.

Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1980.

NINO, CARLOS, *Una teoría de la justicia para la democracia*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2013.

NINO, CARLOS, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, 2005.

SABEL, CHARLES; SIMON, WILLIAM, “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, 117 Harv. L. Rev. 1015, 2004.

23 CSJN, “Fernandez Arias c. Poggio”, Fallos: 247:646, considerando 5.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

II

Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - ANDRÉS ASCÁRATE - CARLOS BALBÍN

AGUSTÍN BONAVERI - FABIÁN OMAR CANDA - ARIEL CARDACI MÉNDEZ

PABLO S. CARDUCCI - JUAN CARLOS CASSAGNE - MARÍA ROSA CILURZO

GISELA E. DAMBROSI - ALEJANDRA PATRICIA DÍAZ - SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ

CARLOS MARÍA FOLCO - DIEGO FREEDMAN - ESTEBAN CARLOS FURNARI

ROBERTO OSCAR FURNARI - BELTRÁN GAMBIER - FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS

CARLOS MANUEL GRECCO - ELENA HIGHTON DE NOLASCO - GONZALO KODELIA

AGUSTÍN LÓPEZ CÓPPOLA - PABLO LUIS MANILI - ERNESTO ALBERTO MARCER

LUCIANO MARCHETTI - MACARENA MARRA GIMÉNEZ - SEBASTIÁN JULIO MARTURANO

EDUARDO MERTEHIKIAN - JOSÉ MARÍA MOLTÓ DARNER - MARCOS MORÁN

MARÍA GIMENA OLMOS SONNTAG - MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO - HORACIO ROSATTI - JUAN CARLOS RUA

LEANDRO G. SALGÁN RUIZ - PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO - LISANDRO SANDOVAL

JUAN ANTONIO STUPENENGO - GUIDO SANTIAGO TAWIL - LEONARDO TOIA

JOSÉ MANUEL UGARTE - PATRICIO ESTEBAN URRESTI - JUAN MARTÍN VOCOS CONESA

GRACIELA CRISTINA WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2016

El Control de la Actividad Estatal II / ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016. 850 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-0-9

1. Derecho Administrativo . I. ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (Director). FERNÁNDEZ SERGIO G. (Prólogo)
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina