

*El caso “Mendoza” y la implementación de la sentencia colectiva**

Por Francisco Verbic

1. Introducción

En las sociedades modernas los ciudadanos recurren cada vez con mayor asiduidad ante el Poder Judicial en búsqueda de soluciones que los otros poderes políticos (léase Legislativo y Ejecutivo) son incapaces de brindar¹. Pero claro que las soluciones tampoco son fáciles de obtener en esta sede contramayoritaria. Los obstáculos que impiden el libre acceso al sistema judicial para defender derechos de corte individual son numerosos, y la situación se agrava aun más cuando el consumidor del servicio de justicia pretende discutir sobre un conflicto ambiental que afecta a grandes grupos de personas e involucra delicados asuntos de orden social, político y económico.

Y digo que la situación se agrava porque, a diferencia de lo que ocurre con el conflicto individual, su par colectivo no cuenta en nuestro país (al menos en el orden federal) con un cauce procesal específico que permita atenderlo adecuadamente². La decisión de mérito recaída en “Mendoza” basta para justificar esta afirmación. Una rápida lectura de la sentencia permite advertir cómo quedó al descubierto (una vez más, y van...) la insuficiencia del proceso civil para atender conflictos de esta magnitud y la inseguridad jurídica que ello implica. De todos los aspectos procesales que podrían merecer algún comentario (delegación y asignación de competencias exclusivas, litispendencia sobre futuros procesos aun en ausencia de coincidencia en la *causa petendi*, recurso *per saltum* ante la Corte Suprema, sólo por señalar los más evidentes), me limitaré a analizar algunas de las cuestiones que se plantean en torno al modo en que el tribunal pretende implementar la decisión colectiva tomada en el caso.

Se trata de una de las tantas problemáticas involucradas en torno al fenómeno de los procesos colectivos, que –en supuestos como el presente– cobra especial relevancia con motivo de la complejidad del asunto en disputa y/o la reticencia del demandado a honrar sus obligaciones frente al interés de obtener el cumplimiento en modo específico o *in natura*³. Las dificultades implicadas en la implementación de

* Extraído del artículo publicado en JA, 2008-IV-336. [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Berizonce, Roberto O., *El activismo de los jueces*, LL, 1990-E-920.

² Sobre la palmaria insuficiencia de las aisladas previsiones normativas contenidas en las leyes 24.240 y 25.675, me remito especialmente a lo expuesto en Verbic, Francisco, *El proyecto de reformas a la ley general del ambiente 25.675. En búsqueda de un sistema procesal colectivo para la reparación del daño ambiental en la República Argentina*, “Revista de Processo”, n° 157, 2008.

³ Verbic, Francisco, *Procesos colectivos*, Bs. As., Astrea, 2007, p. 360. Que el litigio ambiental configura un ejemplo típico de litigio complejo es una realidad que difícilmente puede ponerse en tela de juicio, no obstante que en reiteradas ocasiones se ha señalado la dificultad de definir qué debe entenderse exactamente por *complex litigation*. Intentando una aproximación al fenómeno, el American Law Institute subrayó que más allá de las desinteligencias de tipo terminológico todos los casos complejos reúnen dos características que son definitorias: involucran la posibilidad de relitigar idénti-

la decisión colectiva también fueron puestas de resalto por Maurino, Nino y Sigal⁴ y se muestran en todo su esplendor en la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2. Los alcances y el contenido de la decisión

La decisión de la Corte Suprema brinda respuesta tan sólo a una de las pretensiones que los actores acumularon en su demanda. Esto es, aquella que persigue la recomposición del ambiente y la prevención de nuevos daños en el futuro⁵. En el considerando 15 de la sentencia el tribunal se ocupó de especificar tal premisa y de señalar que la condena consiste en un “*mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados*”, cuyo contenido fue diagramado por el propio tribunal en uso de las atribuciones conferidas por la Constitución y la ley general del ambiente. Las razones que lo llevaron a conducirse de tal modo también se encuentran aclaradas en el fallo: ninguna de las partes contribuyó con precisiones suficientes al efecto.

Si bien la Corte invocó la Constitución nacional y la ley general del ambiente como fundamento de su competencia para determinar el contenido del mandato, evitó citar artículo alguno de tales normas o especificar (con respecto a este punto de la decisión) a qué principios o directrices políticas, de las comprendidas en aquellas, estaba haciendo alusión. Tampoco se encuentra en la sentencia algún tipo de cita doctrinaria o jurisprudencial (local o extranjera) que pueda ser de utilidad. No obstante, es posible advertir que la estructura y el objeto de la decisión comulgan en gran medida con las *injunctions* dictadas por las cortes norteamericanas.

Volviendo a la sentencia, tenemos que a la hora de dotar de contenido al mentado mandato obligatorio la Corte subrayó la necesidad de limitarse a fijar “*criterios generales*” a fin de cumplir con el objeto de la pretensión y dejar en manos de la Administración pública demandada la facultad de determinar las acciones concretas que fueran necesarias para obtener su consecución. La razón de tal postura, también puesta de manifiesto en forma expresa en la sentencia, finca en evitar un avance indebido sobre la esfera de actuación del Poder Ejecutivo.

casos o casi idénticas cuestiones y, consecuentemente, demandan enormes gastos de recursos (*Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis*, 1994, p. 7). En otra línea, el *Manual for Complex Litigation*, apunta al contenido de la pretensión y a las características procesales que puede revestir, especialmente por el gran número de personas involucradas, su dispersión territorial y la conexión entre sus situaciones personales. Tidmarsh y Trangsrud ponen de resalto que las distintas versiones de dicho manual fueron mutando en su visión del tema (más aun, la segunda versión optó por no definir la noción), y se interrogan –con cierta razón– cómo puede escribirse una guía para atender casos que no estamos del todo seguros poder identificar (Tidmarsh, Jay - Trangsrud, Roger H., *Complex Litigation and The Adversary System*, New York, Foundation Press, 1998, p. 84 y 85).

⁴ Los autores subrayan el hecho de encontrarse con decisiones favorables de gran trascendencia social e institucional que, sin embargo, no logran traducir su resultado en la realidad. Entre los factores que concurren para generar esa situación, destacan especialmente la complejidad técnica de los casos, la falta de infraestructura adecuada, la inexistencia de reglas claras de ejecución y la debilidad de las astreintes como mecanismo de coerción (Maurino, Gustavo - Nino, Ezequiel - Sigal, Martín, *Las acciones colectivas*, Bs. As., LexisNexis, 2005, p. 303 y siguientes).

⁵ En palabras de Cafferatta, se trató “*de una medida de clase gerencial. O de administración judicial. Y responde a razones operativas a la par que de política judicial*” (Cafferatta, Néstor A., *Sentencia colectiva ambiental en el caso “Riachuelo*, JA, 2008-III-288).

Destaca Zanuttigh que esta preocupación de los jueces por autolimitar su poder se presenta invariablemente en el campo de las acciones de interés público en materia ambiental⁶. Si bien se trata de un aspecto de gran trascendencia que no puede ser abordado en este limitado espacio⁷, entiendo necesario remarcar que cada vez que la Administración pública actúa en forma negativa (esto es, por omisión), absteniéndose de asumir comportamientos y emprender acciones a las cuales se encuentra obligada por la Constitución o una ley, la facultad de controlar y corregir esa conducta a través del Poder Judicial se presenta como indudable. Sucede que por medio de las decisiones tomadas en el marco de un proceso colectivo ambiental, los jueces no crean políticas públicas en la materia sino que se limitan a imponer aquellas ya establecidas por el legislador o los convencionales constituyentes⁸.

Los criterios generales fijados por la Corte, a su turno, fueron precisados como integrantes de un “programa”. Según el tribunal, éste se imponía como una necesidad para garantizar la eficacia en la implementación del decisorio, y tiene por contenido “*un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumplimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control*”⁹.

Un análisis del modo en que la Corte enfrentó el problema y diagramó con precisión los alcances que asumiría su decisión, permite advertir que aquella tomó cabal consciencia de la relevancia y excepcionalidad del asunto. La precaución y el cuidado con que fue resuelto el asunto es atendible a poco se tenga presente que este tipo de sentencias no se limita a declarar quién gana o pierde, sino que involucran al tribunal en la compleja misión de eliminar las condiciones que vulneran y amenazan los valores constitucionales en juego¹⁰.

3. La “injunction” en el proceso civil estadounidense

El reconocimiento de la primacía del resarcimiento en forma específica en materia ambiental (art. 41, Const. nacional; art. 28 ley general del ambiente) significó por un lado la superación del ideal burgués de monetización de los derechos, y por el otro la consagración de una potestad del sujeto afectado que debería permitirle obtener exactamente el mismo derecho del cual disponía antes de producirse el conflicto. De este modo, el sujeto dañado debe poder exigir al Poder Judicial que tutele su derecho a la integridad ambiental. Así, el responsable de causar el perjuicio (sea por acción o por omisión) ya no resulta condenado al pago de una suma de dinero, sino que pasa a ser deudor de una obligación de hacer¹¹. Obligación de hacer cuya

⁶ Zanuttigh, Lorian, *Processo e tutela dell'ambiente nell'esperienza nordamericana*, en “La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato”, Milano, Giuffrè, 1976, p. 389 y ss., en especial, p. 438 a 446.

⁷ Sobre el particular me remito a lo expuesto en Verbic, *Procesos colectivos*, p. 266 a 288.

⁸ Marinoni, Luiz G., *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, San Pablo, “Revista dos Tribunais”, 2003, p. 101 a 110.

⁹ El programa completo se encuentra clara y detalladamente desarrollado en el considerando 17 de la sentencia, a donde me remito en honor a la brevedad.

¹⁰ Fiss, Owen M., *As formas de justicia*, en “Um novo processo civil”, tr. al portugués Daniel P. Godinho da Silva y Melina de Medeiros Rós, San Pablo, “Revista dos Tribunais”, 2004, p. 62 y 63.

¹¹ Gonçalves Tessler, Luciane, *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente*, San Pablo, “Revista dos Tribunais”, 2004, p. 372.

transformación en un resarcimiento económico frente al incumplimiento del condenado haría perder todo sentido a la sentencia.

En el derecho procesal estadounidense, este tipo de problemas dieron lugar al surgimiento del denominado *specific equitable relief*. Se trata de una orden emitida por un tribunal de justicia por medio de la cual se requiere al demandado que cese o ponga en marcha determinada conducta relacionada directamente con el tipo de pretensión planteada por el actor. A efectos de que proceda esta clase de remedio, es necesario que el actor no cuente con otro adecuado para solucionar su conflicto y que la orden resulte apropiada, necesaria y justa según las circunstancias¹². Debe tenerse presente que en el sistema norteamericano este tipo de medidas configuran una excepción, y que –por tanto– su interpretación es restringida. Tal restricción encuentra fundamento en que muchas veces, tal como sucede en el caso “Mendoza”, la orden implica inmiscuirse en las funciones que debe llevar adelante el demandado¹³.

La forma más conocida de *equitable relief* se denomina *injunction* y prácticamente no tiene límites en cuanto a las características que puede asumir para cumplir con el objetivo buscado. La *injunction* puede revestir carácter cautelar o definitivo, y –en cualquiera de ambos supuestos– tomar forma de una orden de hacer (*mandatory*) o bien de no hacer o cesar en determinada conducta (*prohibitory*). El profesor Fiss identifica tres tipos de *injunctions*: a) preventiva (*preventive*), que lleva por objeto evitar que se produzcan ciertos hechos en el futuro; b) reparadora (*reparative*), la cual busca compeler al demandado a asumir cierta conducta para corregir efectos de hechos ilícitos ocurridos en el pasado, y c) estructural (*structural*), que tiene por objeto reorganizar una institución social en actividad¹⁴.

Las raíces históricas de este tipo de remedio pueden encontrarse en la jurisdicción de equidad (*equity*), donde era utilizado con la finalidad de brindar respuesta a todos aquellos casos que no encontraban solución en la jurisdicción *at law*. Su principal característica es adaptarse a cualquier situación que requiera ser tutelada, y de allí su cada vez mayor utilización por parte de los tribunales¹⁵. En otro orden, vale destacar que el dictado de este tipo de mandatos puede obtenerse en el marco de un proceso individual así como también en una acción de clase en los términos de la *Federal Rule of Civil Procedure 23* (en adelante Regla 23)¹⁶.

El momento de mayor desarrollo del instituto, especialmente de los tipos *reparative* y *structural*, tuvo lugar con la experiencia de los derechos civiles a partir de los

¹² Burnham, William, *Introduction to the law and legal system of the United States*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co, 1995, p. 252.

¹³ Señala Bergallo que en la tradición legal de nuestro país no existe una noción equivalente a lo que se entiende por *remedies* en los Estados Unidos de América. En este último escenario, el concepto *remedy* se refiere a las diversas medidas de aseguramiento de derechos que los tribunales puede ordenar una vez que están convencidos del mérito de la pretensión actora (Bergallo, Paola, *Justice and experimentalism: Judicial remedies in public law litigation in Argentina*, SELA, 2005).

¹⁴ Fiss, Owen M., *The civil right injunction*, Bloomington & London, Indiana University Press, 1978, p. 7.

¹⁵ Taruffo, Michele, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”, 1988, p. 142 y siguientes.

¹⁶ Al respecto puede consultarse Dondi, Angelo, *Funzione “remedial” delle “injunctive class actions”*, “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”, 1988, p. 245 (el autor destaca especialmente las ventajas de utilizar este tipo de vía procesal en materia ambiental, p. 254 a 256).

años 60¹⁷. Tan es así que la *injunction* se erigió como la vía procesal por excelencia para llevar adelante la reforma estructural (*structural reform*) de diversas instituciones burocráticas, tales como prisiones, establecimientos de sanidad mental y escuelas con problemas de segregación racial, entre otras¹⁸.

Si bien la decisión dictada en “Mendoza” no pretende llegar tan lejos, el modelo que propone la Corte nacional se acerca bastante al utilizado en aquellos litigios estructurales –al menos en sus orígenes–. Para evidenciar dicha semejanza basta referirse brevemente a lo que dicen Feeley y Swearingen respecto de la utilización de este tipo de sentencias en la reforma estructural de las prisiones. Los autores destacan que, frente a la realidad de los hechos, los jueces debieron transformarse en diseñadores y administradores de políticas públicas. Las primeras decisiones en esta arena se asemejaban a informes de las comisiones legislativas o de las agencias administrativas: llevaban por contenido una extensa enumeración de conclusiones que identificaban el problema y contenían un punteo orientado a brindarles solución, dejando los detalles en manos de las autoridades competentes. Sin embargo, esta tesitura mutó cuando resultó evidente que el personal penitenciario no podía y/o no quería desarrollar estrategias serias para implementar los objetivos trazados por el tribunal. Frente a ello, los jueces primero se involucraron con mayor profundidad en el proceso de implementación de la decisión y exigieron planes de acción más detallados. Como esto no era suficiente, debieron recurrir a expertos en busca de ayuda, quienes actuaron como asesores de los magistrados y de las mismas partes en conflicto en el juzgamiento de los hechos, el desarrollo de planes de implementación y el monitoreo de su cumplimiento¹⁹.

Analizando el tema en términos más generales, pero en la misma línea, Taruffo destaca que, en principio, este tipo de sentencias no fijan analíticamente y por anticipado todas y cada una de las actividades que deben llevarse a cabo, sino que indican los resultados que la ejecución debe producir y, a todo evento, los criterios generales que deben respetarse al efecto. Los modos para conseguir la finalidad especificada en la decisión se dejan librados a la discrecionalidad del órgano que opera por cuenta del tribunal actuante y en lugar del obligado (*officers of the Court*, ver el ap. 5 de este trabajo)²⁰. No resulta difícil advertir cómo la Corte ha utilizado en gran medida estos principios para resolver el caso en comentario. Claro que, habida cuenta no haber sustituido a la administración pública nacional por un tercero a fin de proceder al cumplimiento del mandato contenido en la sentencia, las acciones necesarias para cumplir con lo ordenado se dejan libradas a la discrecionalidad de la Autoridad de Cuenca.

Finalmente, no resulta ocioso destacar que el sistema procesal colectivo brasileño también cuenta con previsiones que permiten a los jueces escoger el mejor modo para lograr el cumplimiento de las decisiones dictadas en materia ambiental.

¹⁷ Fiss, *The civil right injunction*, p. 7.

¹⁸ Desarrollo que no fue nada fácil por dos razones fundamentales. En primer lugar, por la falta de conocimiento de los jueces sobre el comportamiento organizacional, y en segundo lugar, por la asombrosa capacidad de las organizaciones de adaptarse a las intervenciones por medio del restablecimiento de las relaciones de poder preexistentes (Fiss, *As formas de justicia*, p. 64).

¹⁹ Feeley, Malcolm M. - Swearingen, Van, *Los casos sobre condiciones carcelarias y la burocratización de los correccionales americanos: impacto, influencias e implicancias*, 24 Pace L. Rev. 433.

²⁰ Taruffo, *L'attuazione essecutiva dei diritti: profili comparatistici*, p. 142 y siguientes.

El art. 461 del CPC y el art. 84 del Cód. de Defensa del Consumidor (aplicable por analogía en este campo) confieren amplias facultades a los magistrados, las cuales deben ser evaluadas y utilizadas a la luz del derecho de acción previsto en el art. 5º, XXXV de la Constitución Federal, en cuanto comprende el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y –por tanto– a una técnica jurisdiccional adecuada. La discrecionalidad del juez en este aspecto encuentra dos límites importantes: a) la necesidad de la medida, en virtud del principio de menor sacrificio para el deudor, y b) su adecuación, en términos de idoneidad²¹.

4. Ejecución de la decisión en “Mendoza”

La Corte delegó el proceso de ejecución de sentencia en el Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes, a quien también facultó para fijar el valor de las multas diarias derivadas del incumplimiento del programa. ¿Qué razones llevaron a la Corte a seguir este atípico camino? Según se desprende de la propia sentencia, fueron básicamente tres: a) las dificultades e incidencias procesales que con seguridad se presentarán durante el cumplimiento de las numerosas mandas contenidas en el programa; b) la necesidad de mantener la racionalidad de la agenda de casos que debe manejar, y c) la búsqueda de un mayor grado de intermediación entre la magistratura y las partes.

El tribunal también se refirió a la importancia de evitar intromisiones e interferencias que impidan el cumplimiento del mandato, e invistió al mencionado Juzgado de Primera Instancia de competencia exclusiva para intervenir en la revisión judicial de las decisiones de la Autoridad de Cuenca (ponderando especialmente al efecto la conveniencia de procurar uniformidad y consistencia en la interpretación de las cuestiones que pudieran suscitarse). Finalmente, señaló que las decisiones dictadas por dicho magistrado serán consideradas como emitidas por el superior tribunal de la causa, tolerando como vía de embate exclusivamente el recurso extraordinario federal previsto en el art. 14 de la ley 48.

5. Los oficiales de la Corte en el derecho estadounidense

La decisión de la Corte en este aspecto no es novedosa en sistemas foráneos. El surgimiento de nuevos derechos cuya vulneración deriva en la necesidad de discutir en justicia asuntos donde el contenido pecuniario ocupa un segundo plano (debido especialmente a la trascendencia social y/o política que reviste el conflicto) generó la necesidad de redimensionar y adaptar el sistema de tutela ejecutiva en los países del *common law*. Además de utilizar cada vez con mayor asiduidad el remedio de la *injunction*, los nuevos desafíos hicieron avanzar a aquellos en dos direcciones principales. La primera de ellas, que es la que me interesa destacar aquí, conllevó la ampliación de los modos de ejecución específica por medio de la intervención de terceros en lugar del obligado.

En este orden, especialmente por parte de los tribunales norteamericanos, se comenzó a utilizar con asiduidad un mecanismo que consiste en delegar la ejecución

²¹ Gonçalves Tessler, *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente*, p. 266 a 274.

de la sentencia en manos de sujetos que operan en calidad de oficiales de la Corte (*officers of the Court*). Estos funcionarios tienen por misión llevar adelante y/o controlar personalmente las tareas desplegadas para cumplir lo dispuesto en la sentencia. Si bien pueden asumir diversos nombres, en general se habla de *receiver* cuando el funcionario debe encargarse exclusiva o principalmente de administrar dinero, y de *master* cuando se trata de cumplir o controlar actividades de otra naturaleza (frente a decisiones sumamente complejas, incluso han llegado a constituirse comités con diversos funcionarios de este tipo)²².

En cualquier caso, tales sujetos operan bajo la dirección de la Corte y a ella deben acudir tanto para rendir cuentas de su actuación como para obtener la remoción de cualquier obstáculo que encuentren en el cumplimiento de su cometido y que exceda los poderes que le fueran otorgados para actuar²³. Si bien resulta un recurso de carácter excepcional²⁴, la utilización de estos auxiliares apareja importantes ventajas para los magistrados ya que –sin perder el poder de dirección y control sobre el asunto– impide que su tarea cotidiana resulte absorbida por la gestión que exige el cumplimiento de la decisión²⁵. Tan es así que algunos han considerado la designación de este tipo de funcionarios como un verdadero mecanismo para “crear tiempo judicial”²⁶.

Si bien la figura nació como una creación jurisprudencial, en la actualidad cuenta con una regulación bastante detallada en la Regla 53 de procedimiento federal, reformada en el año 2003. Veamos cuáles son los perfiles que asume²⁷.

La Regla 53, a.1 prevé la facultad de las cortes de designar un *master* en diversas situaciones. Entre ellas, contempla la necesidad de atender procedimientos anteriores o posteriores al juicio (*trial*) cuando el tribunal u otros jueces de la jurisdicción no puedan hacerlo con eficacia y en tiempo adecuado.

Entre las tareas que han sido encargadas a la figura durante la etapa posterior al juicio se destacan las negociaciones de acuerdos conciliatorios, la realización de

²² Taruffo, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, p. 142 y siguientes.

²³ Taruffo, Michele, *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, en “Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile”, t. VI, Torino, Utet, 1990, p. 392.

²⁴ *Advisory Committee Notes, 2003 Amendments*.

²⁵ Verbic, *Procesos colectivos*, p. 361 y 362.

²⁶ Brazil, Wayne D. - Hazard, Geoffrey C. Jr. - Rice, Paul R., *Managing Complex Litigation: A Practical Guide to the Use of Special Masters*, Chicago, American Bar Foundation, 1983.

²⁷ Antes de la sanción de las *Federal Rules of Civil Procedure* en el año 1938, las cortes federales estaban facultadas para designar *special masters* y definir sus deberes para el caso. Ferleger señala como precedentes en la materia las decisiones de la Suprema Corte recaídas en “Ex parte Peterson”, 253 U.S. 300, 312 (1920) y “Kimberly v. Arms”, 129 U.S. 512, 524-25 (1889) (Ferleger, David, *Masters in complex litigation & amended Rule 53*, 2004). Con la sanción de la *Rule 53* original, el rol de la figura fue limitado a tomar audiencias testimoniales y ejercer algunas actividades en materia de descubrimiento de hechos. Su intervención en casos sin jurado se acotó a situaciones en que las condiciones excepcionales del caso lo exigieran, o bien cuando existían asuntos de contabilidad y daños difícilmente liquidables. Los tribunales interpretaron estrictamente aquellas “condiciones excepcionales” y dejaron en claro que ni la congestión de los anaqueles, ni la complejidad del asunto eran suficientes para justificar la designación de este tipo de auxiliares del juez (Fellows, Mark A. - Haydock, Roger S., *Federal Court Special Masters: a Vital Resource in the Era of Complex Litigation*, “William Mitchell Law Review”, vol. 31:3, p. 1269 y ss., p. 1272, en www.courtappointedmasters.org).

investigaciones y la administración de organizaciones²⁸. Este último rol es particularmente recomendado cuando el caso involucra una orden compleja y la parte obligada a su cumplimiento ha demostrado ser reticente en su cumplimiento²⁹.

Si bien las partes pueden sugerir candidatos para ocupar el rol de oficial de la Corte –conf. Regla 53, b.1–, el sujeto designado en tal carácter no debe tener relación con aquellas (así como tampoco con los abogados, el proceso y los jueces intervinientes) con entidad capaz de descalificarlo como juez (Regla 53, a.2). A la hora de decidir sobre la designación de la figura, la norma exige al tribunal tomar en consideración los costos involucrados en su actuación. Costos que, bueno es recordarlo, deberán ser afrontados por alguna de las partes, por ambas o bien por un fondo que resulte del propio proceso (Regla 53, h.2)³⁰. Asimismo, el tribunal debe proteger a las partes contra los gastos irrazonables y las demoras en la tramitación del pleito que pudiera suscitarse con motivo del nombramiento del *master* (Regla 53, a.3).

A efectos de permitir el mejor cumplimiento de sus funciones y de dotar de una mayor flexibilidad a la figura, la norma determina que la providencia de designación –cuyo contenido, a su turno, establece detalladamente en el apartado b.2– puede ser modificada en cualquier momento, previa notificación y oportunidad de audiencia para las partes (Regla 53, b.4). Una vez puesto en funciones, para lo cual debe prestar su consentimiento, el sujeto designado asume los deberes y las obligaciones propias de un oficial del juzgado y queda sujeto a iguales estándares éticos que los jueces³¹.

Salvo que la providencia que así lo dispuso establezca lo contrario, el *master* se encuentra investido de competencia suficiente para regular los procedimientos y tomar todas las medidas que estime necesarias a efectos de cumplir justa y eficientemente los deberes encomendados. El límite de tales poderes está en las sanciones por *contempt of court*, ya que el auxiliar del juez no cuenta con imperio para imponerlas y debe limitarse a sugerir tal proceder al juez de la causa (Regla 53, c).

En caso que el tribunal lo estime necesario, este funcionario debe presentar informes sobre su actuación en el modo y con la periodicidad que fuera establecido en la providencia de designación (Regla 53, f). Las partes pueden objetar la conducta

²⁸ Algunos consideran que los *post-trial masters* pueden dividirse en tres categorías según la función para la cual sean designados: a) recomendar medidas a tomar luego de encontrar acreditada la responsabilidad del demandado; b) monitorear el cumplimiento de las órdenes del tribunal, y c) evaluar y administrar peticiones relativas al caso (Fellows - Haydock, *Federal Court Special Masters: a Vital Resource in the Era of Complex Litigation*, p. 1269, 1278 y 1279).

²⁹ Estos ejemplos son señalados como *familiares* por el Comité que reformó la norma en el año 2003. La recomendación de utilizar la figura para efectivizar *complex decrees* también fue tomada de las notas (*Advisory Committee Notes, 2003 Amendments*).

³⁰ A efectos de establecer los honorarios del *master* y de determinar quién debe hacerse cargo de solventarlos, el tribunal puede considerar como pautas: a) el monto de la controversia; b) los medios de que dispongan las partes; c) la naturaleza del pleito (aquellas partes que actúan en beneficio de un interés público deberían merecer una protección especial), y d) la conducta desplegada por las partes durante la tramitación del caso (si alguna de ellas generó la necesidad de designar a la figura, por ejemplo, puede ser cargada con una mayor porción de las erogaciones que deban realizarse). En cuanto a la actuación de los *magistrate judges*, si bien la reforma eliminó la previsión que establecía la no aplicación de las normas relativas a honorarios con respecto a su actuación, existen otras normas que mantienen la situación del mismo modo (*Advisory Committee Notes, 2003 Amendments*).

³¹ Fellows - Haydock, *Federal Court Special Masters: a Vital Resource in the Era of Complex Litigation*, p. 1269 y 1275.

de la figura ante el juez de la causa, quien se encuentra habilitado para confirmar, modificar, revocar o bien reenviar con instrucciones a fin que aquella actúe en consecuencia (Regla 53, g.1 y g.2).

6. El “contempt of court” y su doble perfil: encarcelamiento y multas pecuniarias

Frente al incumplimiento de órdenes como la dispuesta por la Corte Suprema, el sistema norteamericano habilita la aplicación de multas en dinero y/o el encarcelamiento del demandado por encontrarse incurso en la figura del *contempt of court* (que en sede civil asume el nombre de *civil contempt*). La utilización de este instituto obedece en gran medida a la imposibilidad de crear un repertorio completo de medios de ejecución directa (lo cual –a su turno– se explica por la gran variedad de formas que puede asumir la *injunction*)³² y al hecho de ser considerado como el instrumento más adecuado para garantizar el cumplimiento de los llamados *non-money judgements* (esto es, sentencias de contenido no patrimonial)³³.

Analizando el instituto, Fiss señala lo curioso que resulta su doble perfil en la medida que ambos empujan al instituto de la *injunction* en dos direcciones opuestas. Mientras que la *conditional order* lo acerca al campo del derecho penal, la fijación de *compensatory damages* hace lo propio hacia la órbita del derecho privado (más específicamente, hacia el campo del derecho de daños)³⁴.

Con respecto al encarcelamiento por desobediencia al tribunal, vale destacar que no configura una pena sino una medida de coerción. Se considera que el sujeto está bajo el poder disciplinario del juez, quien ejecuta por sí y ante sí la sanción que estima razonable para constreñir al cumplimiento de sus decisiones³⁵. No se encarcela al deudor por el sólo hecho de incumplir, sino por contravenir las órdenes del tribunal. En virtud de ello, se dice que la parte carga en su propio bolsillo las llaves de la prisión, toda vez que el cumplimiento de lo ordenado purga la situación y resulta en su inmediata liberación³⁶.

En cuanto a las multas, señala Taruffo que de un tiempo a esta parte existe una tendencia a aplicarlas periódicamente por cada día de retardo en el cumplimiento de la manda dispuesta en la sentencia³⁷. Puede advertirse así que el instituto reviste, en su aplicación concreta, gran similitud con las astreintes de origen francés receptadas por nuestro Código Civil y nuestro ordenamiento procesal federal³⁸.

Estas astreintes asumen la calidad de condenas accesorias, condicionales y discrecionales impuestas por el juez a efectos de conminar al deudor a cumplir con lo ordenado en la sentencia. De tal modo, sirven para proteger tanto el interés públi-

³² Taruffo, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, p. 142 y siguientes.

³³ Silvestri, Elisabetta, *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, “Rivista di Diritto Civile”, 1988, p. 539 y siguientes.

³⁴ Fiss, *The civil right injunction*, p. 34.

³⁵ Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Bs. As., Depalma, 1997, p. 463 y 464.

³⁶ Burnham, William, *Introduction to the law and legal system of the United States*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co, 1995, p. 254.

³⁷ Taruffo, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, p. 142 y siguientes.

³⁸ Art. 666 bis, Cód. Civil y art. 37, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación.

co por el respeto debido a la autoridad de los magistrados, como el interés privado del interesado en el cumplimiento de la prestación³⁹.

Dos cuestiones merecen destacarse con respecto a las multas que estableció la Corte en el presente caso para el supuesto de incumplirse con lo ordenado. La primera de ellas es que procedió a imponerlas –a modo eventual– en la misma decisión de mérito, a pesar de que, por lo general, su aplicación se produce recién después de haberse verificado algún incumplimiento. Al actuar como lo hizo, el tribunal se anticipó a cualquier tipo de petición de parte interesada en tal sentido y concurrió a hacer efectivos los principios de economía procesal y concentración⁴⁰.

La segunda cuestión interesante para subrayar finca en el hecho de que tales multas fueron impuestas en cabeza del funcionario responsable del órgano obligado a cumplir (esto es, del presidente de la Autoridad de Cuenca). Frente a la prácticamente inexistente aplicación del art. 1112 del Cód. Civil, la decisión en este aspecto parece orientada a conminar a los funcionarios responsables con gran severidad, fijando en sus propios bolsillos la carga de afrontar las multas en caso de incumplimiento. No es la primera oportunidad en que el tribunal echa mano a este recurso, que ya había utilizado –por ejemplo– al pronunciarse por primera vez sobre el fondo en un proceso de amparo colectivo (“Asociación Benghalensis”, *Fallos*, 323:1339). A pesar de haberse impugnado esta parcela de la decisión por medio de una aclaratoria, la Corte permaneció inflexible⁴¹.

7. El control de la ejecución y la participación ciudadana

Junto a la mencionada delegación de competencias en pos de lograr una mayor eficiencia en la ejecución de la sentencia, la Corte estableció un sistema de monitoreo y control sobre la conducta del obligado. Dicho sistema se asienta en dos pilares fundamentales. Por un lado, el tribunal designó a la Auditoría General de la Nación a fin de controlar específicamente la asignación de fondos y la ejecución presupuestaria de todo lo que tenga que ver con el programa, y autorizó al juez de la ejecución para presentar todos los cuestionamientos que considere necesarios con

³⁹ Storme, Marcel, *L' "astreinte" nel diritto belga: sei anni di applicazione*, “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”, 1986, p. 602 y siguientes. Especialmente en su faceta de tipo represiva, este mecanismo cumple una doble función desalentadora de conductas ilícitas en la medida que influye sobre la conducta del deudor y sobre el resto de la sociedad (*specific and general deterrence*, en palabras de Fiss, *The civil right injunction*, p. 34 y 35). En el sistema procesal brasileño las multas juegan un papel importantísimo en materia ambiental para presionar al deudor a cumplir con el mandato contenido en la sentencia, tanto cuando la prestación es fungible como cuando es no fungible [Gonçalves Tessler, *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente*, p. 375 a 381; Marinoni, *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, p. 114 a 119, 139 a 145, 208 y siguientes].

⁴⁰ Esta interpretación funcional del instituto y la innecesariedad de desdoblar o posponer la imposición de astreintes para una etapa posterior fue puesta de resalto por Morello, Augusto M. - Vallefín, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, La Plata, Platense, 2004, p. 146 y 147.

⁴¹ La aclaratoria fue desestimada habida cuenta que por su intermedio, lejos de subsanar un error material, aclarar conceptos oscuros o suplir omisiones, la demandada pretendía modificar la sustancia de la decisión (“Mendoza, Beatriz S. y otros c/Estado Nacional y otros”, sentencia del 12/8/08).

relación al control presupuestario y a su ejecución⁴². Por el otro, y con el declarado objeto de fortalecer la participación ciudadana en este proceso, el tribunal confirió al defensor del pueblo de la Nación el carácter de “coordinador” de un cuerpo colegiado que debe conformarse con las diversas ONG presentadas como terceros en la causa. Este cuerpo tiene por objeto: a) recoger sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado; b) recibir información actualizada, y c) formular planteos concretos ante la Autoridad de Cuenca para el mejor logro del propósito encomendado.

Muchos sostienen que a esta altura de los tiempos resulta imprescindible contar con una participación más intensa de los ciudadanos en el poder a fin de obtener una mejor gestión de la cosa pública. Si asumimos este postulado como cierto, parece lógico que inmediatamente se impone la necesidad de pensar en instrumentos adecuados que habiliten tal participación; especialmente en el seno de un Poder Judicial que tradicionalmente ha sido visto como un escenario ajeno a este fenómeno.

Los procesos colectivos tienen la capacidad necesaria para generar –aun en ausencia de normas claras de debate– un espacio de resonancia social propicio para el desarrollo de la participación ciudadana en el procedimiento de toma de decisiones⁴³. Lo han demostrado⁴⁴, y lo siguen haciendo por medio de decisiones como ésta. Desde tal punto de vista, no puede ser más que bienvenida la idea de la Corte de sindicarse como custodios del cumplimiento de la sentencia a las organizaciones que se presentaron en la causa en carácter de terceros.

Es de esperar que –prudentemente ejercida– la participación del tercer sector en la forma descripta trasunte en una *saludable oxigenación*⁴⁵ del sistema previsto para implementar la decisión, concurriendo a dotarlo de más ojos y oídos atentos frente a las eventualidades que pudieran presentarse.

8. Palabras finales

Parece claro que a fin de proteger los derechos fundamentales reconocidos a los habitantes por el art. 41 de la Const. nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no habrá de sujetarse a cánones formales. Lejos de dejarse encorsetar por las rígidas previsiones establecidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en materia de ejecución de sentencias, y a pesar de la escasa guía que en materia procesal presenta la ley 25.675, el tribunal ha demostrado que tiene la capacidad y la voluntad política suficiente para proveer soluciones específicas con aspiración de atender en toda su dimensión los derechos en disputa⁴⁶.

⁴² La sentencia obliga a la Autoridad de Cuenca a responder tales requerimientos en el término de diez días y establece la necesidad de celebrar audiencias públicas en caso de que algún legitimado impugnara la información.

⁴³ Marinoni, *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, p. 106.

⁴⁴ Si bien no se trata de un caso ambiental, a mi modo de ver el ejemplo más paradigmático de este fenómeno puede encontrarse en el caso “Verbitsky” (CSJN, 3/5/05, causa V.856.XXXVIII).

⁴⁵ Expresión utilizada por Berizonce al abordar las distintas formas que adquiriría por entonces (y que podía adquirir en un futuro) la participación de los ciudadanos en el sistema de administración de justicia (Berizonce, Roberto O., *La participación popular en la justicia*, JA, 1988-III-725).

⁴⁶ Un comentario al proyecto de reformas que cuenta actualmente con estado legislativo puede consultarse en Verbic, *El proyecto de reformas a la ley general del ambiente 25.675. En búsqueda de un sistema procesal colectivo para la reparación del daño ambiental en la República Argentina*. Allí,

Enseña Berizonce que la calidad de “activista” que puede predicarse respecto de un juez o tribunal no se encuentra determinada exclusivamente en términos mecanicistas o físicos, sino más bien ideológicos⁴⁷. “Activista” no significa solamente “activo”. Hay muchos jueces activos que –sin embargo– se encuentra comprometidos con el *statu quo* y, eficazmente, trabajan para sostenerlo. Por el contrario, los jueces activistas son aquellos asumen una visión progresista, evolutiva y reformadora; aquellos que saben interpretar la realidad de su época y confieren a sus decisiones un sentido constructivo y modernizador⁴⁸.

¿Puede decirse que la Corte Suprema, en su actual composición, es un tribunal activista? Creo que sostener una respuesta afirmativa sería apresurado, al menos con tal generalidad. No obstante, el derrotero seguido en el marco del proceso donde se dictó la sentencia en comentario es una clara muestra que, al menos en materia ambiental, el tribunal está dispuesto a actuar conforme lo exigen los tiempos actuales, aun frente a la ausencia de normas claras que rijan la discusión en el marco del proceso colectivo⁴⁹.

La sentencia de la Corte supera el paradigma de las garantías individuales y asume contornos que podrían enmarcarse en lo que Cappelletti vaticinó hace casi treinta y cinco años como una nueva tendencia: el garantismo procesal de tipo social o colectivo⁵⁰. Sin duda se trata de una decisión histórica. Sin duda también que es sólo el comienzo de un camino tal vez más sinuoso todavía que el recorrido hasta aquí. Por lo pronto, está por verse en lo inmediato cómo se conducirá el tribunal (en ejercicio de sus poderes implícitos y de su competencia originaria y apelada) a fin de gestionar y supervisar la implementación de esta trascendente sentencia.

© Editorial Astrea, 2009. Todos los derechos reservados.

además, puse de resalto la carencia de previsiones referidas al modo de implementar la decisión colectiva ambiental. Recientemente también se ha señalado la falta de capacidad de la estructura judicial para acoger estos conflictos, tanto desde la insuficiencia del instrumental procesal como de la falta de capacitación adecuada de los recursos humanos que operan el sistema (Bibiloni, Homero M., *Ambiente y política. Una visión integradora para gestiones viables*, Bs. As., Rap, 2008, p. 502).

⁴⁷ Sobre la importancia de considerar –como premisa metodológica para evaluar las sentencias– aquellas concepciones filosóficas, políticas, culturales e ideológicas que penetran en el proceso en un determinado momento histórico, puede consultarse Cappelletti, Mauro, *Ideologías en el proceso judicial*, en “Proceso, ideologías, sociedad”, tr. Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf, Bs. As., Ejea, 1974, p. 3 a 31.

⁴⁸ Berizonce, Roberto O., *El activismo de los jueces*, LL, 1990-E-920. Señalando la necesidad de ser críticos a la hora de utilizar estos términos ya que pueden inducir a error o engaño (Barak, Aharon, *Il ruolo del giudice in una società democratica*, “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”, 2000, p. 675 a 680).

⁴⁹ Este perfil progresista, así como su inclusión en el marco de una tendencia regional en la materia (de la cual participan, especialmente, los superiores tribunales de Brasil y Perú), fue puesto de manifiesto por Cafferatta al anotar la primera providencia dictada en la causa allá por junio de 2006 (Cafferatta, Néstor, *El tiempo de las “cortes verdes”*, LL, 2007-B-423).

⁵⁰ Cappelletti, Mauro, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, en “Le azioni a tutela di interessi collettivi”, Padova, Cedam, 1976, p. 191 y siguientes.