

# EJECUCION DE SENTENCIAS EN LITIGIOS DE REFORMA ESTRUCTURAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

## Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones

Francisco Verbic <sup>o</sup> •

### I. INTRODUCCIÓN

En el marco de cierto tipo específico de procesos colectivos, la implementación de la sentencia requiere que el Poder Judicial avance sobre el accionar de determinadas áreas e instituciones de otras ramas del poder público. Se trata de los denominados “litigios de reforma estructural”, un fenómeno relativamente novedoso en la República Argentina.<sup>1</sup> La principal característica de estos procesos judiciales, como veremos, es que versan sobre cuestiones estrechamente relacionadas con distintos tipos de políticas públicas y derivan en la imposición de órdenes complejas, tanto en lo que hace a la definición de sus contornos como en cuanto a su ejecución.<sup>2</sup>

Según argumentaré, la efectividad de las sentencias de reforma estructural está condicionada por dos tipos de dificultades. En primer lugar, por la supuesta interferencia que su cumplimiento supone con relación a los poderes discrecionales de las otras ramas del gobierno. Llamaré a este condicionante “dificultad política”. En segundo lugar, por la ausencia de regulaciones adecuadas para trabajar en sede judicial sobre conflictos colectivos que requieren este tipo de remedios para su adecuada resolución. Llamaré a este segundo condicionante “dificultad procedimental”.

---

<sup>o</sup> Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Civil (UNLP) y en Derecho Procesal Profundizado (UNA). Magíster en Estudios de Derecho Internacional (NYU). Secretario Académico y Profesor de la Maestría en Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

• Ponencia General presentada por el autor en la sub-comisión de derecho procesal constitucional “Ejecución de sentencias en litigios estructurales y complejos. La eficacia del Poder Judicial en el control de políticas públicas”, XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba, Argentina, 18-20 de Septiembre de 2013.

<sup>1</sup> Ver el trabajo de BERGALLO, Paola “Justice and Experimentalism: Judicial Remedies in Public Law Litigation in Argentina”, presentado en el Panel 4 de la reunión del SELA celebrada en el año 2005, disponible online en [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Justice\\_and\\_Experimentalism.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Justice_and_Experimentalism.pdf) (donde la autora aborda la problemática desde la idea del litigio de interés público y experimental, considerando comprendidos dentro de estas nociones tanto los procesos colectivos como los procesos individuales que tienen por objeto obtener “la transformación estructural de instituciones estatales para lograr el respeto de los derechos y valores democráticos reconocidos en la Constitución”).

<sup>2</sup> En general sobre el tema, puede consultarse el clásico trabajo de FISS, Owen M. “The Civil Right Injunction”, Indiana University Press, Bloomington & London, 1978.

Las decisiones dictadas por la CSJN en el marco de los casos “*Verbitsky*”<sup>3</sup> y “*Mendoza*”<sup>4</sup> configuran buenos ejemplos de esta clase de procesos, de la sentencia que de ellos resulta, y de los dos tipos de dificultades señaladas hace un momento. Por tal motivo serán especialmente tomadas como punto de referencia a lo largo del trabajo, tanto para desarrollar el alcance de dichas dificultades como para presentar algunas alternativas ideadas por la CSJN a fin de sortearlas.

Mediante el análisis propuesto, este trabajo postula y afirma dos cosas. Por un lado, la legitimidad democrática del Poder Judicial para dictar sentencias de reforma estructural. Por el otro, la urgente necesidad de sancionar normas adecuadas en la materia a efectos de permitir que tales decisiones resulten eficaces y puedan derivar en resultados concretos para sus beneficiarios (muchas veces, grupos desaventajados y relegados de la discusión institucional). Eficacia que debe entenderse como parte esencial de la garantía de debido proceso legal y que configura un valor fundamental del derecho procesal moderno.<sup>5</sup>

## II. PROCESOS COLECTIVOS DE REFORMA ESTRUCTURAL

Como fuera adelantado, este tipo de procesos configura una especie del género de los procesos colectivos. Sus raíces más importantes pueden encontrarse en el derecho federal estadounidense, donde las órdenes judiciales de reforma estructural (*structural injunctions*) han sido calificadas como “*un fenómeno moderno nacido de una necesidad generada por el desarrollo del derecho constitucional*”.<sup>6</sup> El momento histórico de mayor desarrollo del

---

<sup>3</sup> “*Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus*”, CSJN, sentencia del 03/05/2005, *Fallos* 328:1146 (obteniendo el dictado de una sentencia estructural orientada a mejorar la situación de las personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires).

<sup>4</sup> “*Mendoza, Beatriz c/ Estado Nacional y ots. s/ daños y perjuicios*”, sentencia del 08/07/08, *Fallos* 331:1622 (obteniendo una sentencia estructural que ordena a la ACUMAR, al Estado Nacional, la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires recomponer el ambiente dañado en la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo).

<sup>5</sup> Ver en general MARINONI, Luiz G. “*Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*”, Ed. Palestra, Lima, 2007, pp. 219-227. Ver también BERIZONCE, Roberto O. “*El proceso civil. Modelo teórico y realidad*”, L.L. 2005-F-1238 (destacando el reconocimiento a nivel constitucional y supraconstitucional de “*la cuestión de la eficacia en concreto del sistema de justicia*”).

<sup>6</sup> En los Estados Unidos de América los litigios de reforma institucional o estructural son una realidad en la praxis jurisprudencial desde hace más de 50 años. Es importante destacar que, en líneas generales, tales litigios son tenidos en gran estima por la sociedad estadounidense a pesar de presentar muchos inconvenientes. En opinión de algunos autores dicha estima se funda en algunas percepciones equivocadas. Una de ellas es que los jueces controlan los litigios de reforma estructural. En tal sentido, se afirma que “*la gente pasa por alto las fallas porque respeta más a los jueces de lo que respeta al Estado y a los políticos locales. Se piensa que los jueces tienen la sabiduría, la inteligencia y las buenas intenciones necesarias para poner las cosas en el lugar que corresponden*”. Frente a ello, esos mismos autores ponen en evidencia una realidad presente en la práctica cotidiana: los decretos estructurales no son producto del trabajo de los jueces sino que éstos, en la inmensa mayoría de los casos, se limitan a firmar decretos consensuados entre los abogados de las partes. Los decretos alcanzados de este modo “*usualmente no se acercan (en ocasiones, ni remotamente) a lo que el derecho exige para el caso, sino que*

fenómeno tuvo lugar con la experiencia de los derechos civiles a partir de los años 60'.<sup>7</sup> Tan es así que en ese entonces la *injunction* se erigió como la vía procesal por excelencia para llevar adelante la reforma de diversas instituciones burocráticas tales como prisiones, establecimientos de sanidad mental y escuelas con problemas de segregación racial, entre otras.<sup>8</sup>

La denominación “estructural” de las sentencias dictadas en estos procesos viene dada por el hecho que, por su intermedio, los tribunales de justicia se involucran en la gestión de estructuras burocráticas y asumen cierto nivel de supervisión sobre políticas y prácticas institucionales de diversa índole.<sup>9</sup> Es importante destacar que, como regla general, en este tipo de sentencias los jueces no fijan analíticamente y por anticipado todas y cada una de las actividades que deben llevarse a cabo por el demandado para satisfacer la pretensión actora reconocida en la decisión.<sup>10</sup> En cambio, lo que suelen hacer es indicar los resultados que la ejecución debe producir y, a todo evento, establecer los criterios generales que deben respetarse al efecto.<sup>11</sup> Los modos para conseguir la finalidad especificada en la decisión se dejan librados

---

*representan tratos que, como otros en política, reflejan un cúmulo de diversos motivos*” (SANDLER, Ross – SCHOENBROD, David “*Democracy by Decree: What Happens When Courts Run Government*”, Yale University, 2003, Introduction). Ver también SHOBEN, Elaine W. – TABB, William M. – JANUTIS, Rachel M. “*Remedies. Cases and Problems*”, Fourth Edition, Foundation Press, New York, 2007, p. 303.

<sup>7</sup> FISS, Owen M. “*The Civil Right Injunction*”, Indiana University Press, Bloomington & London, 1978, p. 7.

<sup>8</sup> 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, Owen M. “*As formas de justicia*”, en la obra “*Um novo processo civil*” -traducción al portugués de Daniel P. GODINHO DA SILVA y Melina DE MEDEIROS RÓS, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 2004, p. 64).

<sup>9</sup> Sobre los alcances de la noción de *injunctions* en cuanto remedio de equidad en el sistema federal estadounidense, ver FISS, Owen M. “*The Civil Right Injunction*”, Indiana University Press, Bloomington & London, 1978 [identificando tres tipos de *injunctions*: (i) preventiva (*preventive*), que lleva por objeto evitar que se produzcan ciertos hechos en el futuro; (ii) reparadora (*reparative*), la cual busca compeler al demandado a asumir cierta conducta para corregir efectos de hechos ilícitos ocurridos en el pasado; y (iii) estructural (*structural*), que tiene por objeto reorganizar una institución social en actividad]. Cabe señalar que, como explica BERGALLO, en la tradición legal de nuestro país no existe una noción equivalente a lo que se entiende por *remedies* en los Estados Unidos. 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, disponible online en [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Justice\\_and\\_Experimentalism.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Justice_and_Experimentalism.pdf)).

<sup>10</sup> Al dictar sentencia de fondo en “Mendoza”, la CSJN se ocupó de especificar que la condena consiste en un “...mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados” (considerando 15°). Un mandato 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 explicitadas 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.

<sup>11</sup> En esta línea, a la hora de dotar de contenido al mandato obligatorio contenido en la sentencia de fondo dictada en “Mendoza”, la CSJN 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

a la discreción del obligado, o bien del órgano que opera por cuenta del tribunal actuante y en lugar del obligado.<sup>12</sup> La ejecución, así, “*pasa a constituirse en una etapa de continua relación entre el tribunal y las partes, anudándose un vínculo de supervisión a largo plazo de instrucciones fijadas en términos más o menos generales, y en última instancia, de resorte de la administración obligada, aunque en el marco de una ‘microinstitucionalidad’ diseñada por aquel*”.<sup>13</sup>

Son estas características propias de la orden contenida en la sentencia las que permiten diferenciar los procesos colectivos de reforma estructural de aquellos procesos colectivos “ordinarios”. Lo que justifica la distinción, entonces, no es sólo el hecho que su objeto involucre la necesidad de discutir determinada política pública, sino especialmente, insisto, el tipo de manda que resulta producto de la discusión. Esto es, el tipo de remedio que el Poder Judicial debe establecer e implementar para solucionar el caso.<sup>14</sup>

Partiendo de esta aproximación conceptual al fenómeno de los litigios de reforma estructural y las sentencias que de ellos derivan, avancemos ahora sobre los dos tipos de dificultades que condicionan su eficacia.

### III. LA DIFICULTAD POLÍTICA

Creo que podemos convenir en que los casos constitucionales discutidos en “*Mendoza*” y “*Verbitsky*” eran relativamente fáciles. Lo difícil era (aun hoy lo es) cómo remediar el

---

acciones concretas que fueran necesarias para obtener su consecución. La razón de tal postura fue puesta de manifiesto en forma expresa en la sentencia: evitar un avance indebido sobre la esfera de actuación del Poder Ejecutivo. 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. Dicho programa, definido detalladamente en el considerando 17°, 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*”. En “*Verbitsky*” la tesis asumida por la mayoría fue similar, ya que, además de órdenes concretas relacionadas con ciertos sub-grupos comprendidos en la clase representada por la entidad actora, la decisión fue de tipo exhortativo y estableció, según veremos más adelante en este trabajo, la necesidad de implementar una mesa de diálogo para obtener avances progresivos y consensuados sobre la materia de fondo en discusión (readecuación de la legislación local en materia penitenciaria, entre otras).

<sup>12</sup> Ver TARUFFO, Michele “*L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*”, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1988, pp. 142 y ss. (refiriéndose al instituto conocido como *Officers of the Court*).

<sup>13</sup> BERIZONCE, Roberto O. “*Conflictos ambientales de interés público y principios procesales*”, DJ 14/09/2011. Sobre esta idea de “microinstitucionalidad”, ver LORENZETTI, Ricardo “*Justicia Colectiva*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, pp. 185-186. Ver también PEREIRA CAMPOS, Santiago “*Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions en América*”, en OTEIZA, Eduardo (Coordinador) “*Procesos Colectivos. Class Actions*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 203, 231-232, 240-242.

<sup>14</sup> En este sentido, téngase presente que el caso “*Halabi*”, por ejemplo, involucraba una seria cuestión relacionada con la política pública de seguridad. Sin embargo, el caso colectivo se resolvió con una sentencia meramente declarativa y no requirió ninguna reforma institucional o estructural para que la decisión fuera eficaz.

problema estructural, el estado de situación inconstitucional que disparó la discusión de dichos asuntos en sede judicial. En este orden, parece evidente que no bastaba (ni basta) con una prolija y correcta declaración de derechos constitucionales y convencionales. En ambos casos era necesario establecer una suerte de diálogo con la administración pública para avanzar progresivamente en el cumplimiento de la decisión, toda vez que se requerían reformas profundas que difícilmente (por decir lo menos) podían ser llevadas adelante por el Poder Judicial sin la colaboración del condenado.<sup>15</sup>

En este contexto, el límite de los poderes de actuación del Poder Judicial frente a la administración pública configura, a mi modo de ver y más allá de las limitaciones procedimentales que también abordaré más adelante, una de las dificultades que inciden directamente sobre la ejecución de las sentencias colectivas de tipo estructural. Se trata de una dificultad que denomino “política” y que entiendo debe ser analizada partiendo de dos premisas. La primera es el lugar que tienen los procesos colectivos en el contexto de la dinámica de poder estatal. La segunda, estrechamente relacionada con la anterior, es la legitimidad democrática que tiene el Poder Judicial para actuar en este campo (a pesar de que sus miembros no son elegidos por sufragio popular).

Para comprender el alcance de esta dificultad, hay que partir del hecho que nuestro país, al reformar la Constitución Nacional en el año 1994, reconoció la existencia de “derechos de incidencia colectiva” y optó por un modelo de litigio colectivo de tipo representativo para tutelarlos en sede judicial.<sup>16</sup> El carácter excepcional de estos procesos colectivos es evidente.

---

<sup>15</sup> Ver BERGALLO, Paola “*Justice and Experimentalism: Judicial Remedies in Public Law Litigation in Argentina*”, presentado en el Panel 4 de la reunión del SELA celebrada en el año 2005, disponible online en [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Justice\\_and\\_Experimentalism.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Justice_and_Experimentalism.pdf) (señalando que el modelo experimentalista de órdenes estructurales propone este tipo de modelo deliberativo, en el cual los actores y los oficiales públicos negocian la mejor solución posible bajo condiciones de provisionalidad, transparencia y bajo el control de un juez y sus auxiliares).

<sup>16</sup> Hay diversas formas de enfrentar la conflictividad colectiva a efectos de economizar recursos y lograr soluciones uniformes para un grupo de personas que se encuentra en similar situación frente al demandado. Lo más interesante de los modelos de tipo representativo es que también operan como una importante herramienta de acceso a la justicia cuando las pretensiones son de escasa cuantía y por tanto no generan incentivo suficiente para ser promovidas en clave individual. La *primera nota característica* de este modelo representativo es que funciona sobre la base de una ficción legal: considerar presentes en el proceso a los miembros de la clase que son representados por el legitimado colectivo, quien ejerce una representación atípica ya que no resulta necesario que los miembros de la clase le otorguen algún tipo de mandato o autorización expresa para que pueda actuar en su defensa (en el esquema diseñado por la reforma de 1994, tales legitimados colectivos son el afectado, las organizaciones del tercer sector, el Defensor del Pueblo de la Nación y el Ministerio Público; arts. 43, 2do párrafo, 86 y 120 de la CN). Más aun, en cierto casos -mayormente los que comprenden pretensiones de objeto indivisible- el representante está habilitado para actuar en nombre de miembros de la clase que pueden estar en franco desacuerdo con el avance de la acción. La *segunda nota característica* de este tipo de procesos es que la cualidad de cosa juzgada de los efectos de la sentencia obtenida por el legitimado colectivo se proyecta, en principio, sobre toda la clase involucrada en el conflicto. El modo en que opera esta expansión de la cosa juzgada puede ser más o menos drástico dependiendo del tipo de sistema que se adopte al respecto (*pro et contra*, *secundum eventum litis*, etc.). De todos modos, lo cierto es que siempre se produce algún tipo de cosa juzgada colectiva y que, por tanto,

Entre otras razones, ello obedece a las particularidades del modelo representativo y a cuestiones relacionadas con el impacto de las decisiones que se toman en su seno. En este orden de ideas, debemos tener presente que los conflictos discutidos en clave colectiva involucran grandes números de personas, son de índole policéntrica y, por tanto, su resolución tiene una extraordinaria incidencia directa o indirecta sobre importantes sectores de la sociedad (cuando no sobre la sociedad completa).<sup>17</sup>

Igualmente, hay que considerar que las decisiones tomadas en sede judicial sobre este tipo de conflictos tienen características muy especiales que las diferencian en gran medida de las decisiones colectivas tomadas en el marco de los otros poderes del Estado. En primer lugar, resultan fruto de una discusión desarrollada en base a reglas formales de debate que ponen a las partes en situación de igualdad. En segundo lugar, deben necesariamente estar fundadas en derecho y no puede justificarse en directrices políticas.<sup>18</sup> Finalmente, las decisiones dictadas en sede judicial son inmutables en virtud de la cualidad de cosa juzgada de los efectos de las sentencias.

Si tenemos en cuenta que los conflictos de tipo colectivo tradicionalmente fueron discutidos y resueltos en las arenas de la estructura estatal con legitimación democrática mayoritaria (esto es, Poder Legislativo y Poder Ejecutivo), no resulta difícil advertir el profundo cambio de paradigma que ha significado comenzar a hacer lo propio en el Poder Judicial. Sobre todo cuando estos procesos colectivos involucran pretensiones que buscan controlar el alcance o la implementación de determinadas políticas públicas que vulneran derechos de los ciudadanos.<sup>19</sup> Y mucho más aun cuando ese control impone el cumplimiento de mandas

---

las personas comprendidas en la clase verán afectada su situación por el accionar de representantes (y un abogado o grupo de abogados) que no eligieron, que pueden no conocer y que incluso, como ya señalé, en ciertas ocasiones pueden actuar incluso contra la voluntad expresa de algunas de las personas que representan. Sobre el tema en general ver GIANNINI, Leandro *“La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos”*, Librería Editora Platense, La Plata, 2007; SALGADO, José M. *“Tutela individual homogénea”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, VERBIC, Francisco *“Procesos Colectivos”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.

<sup>17</sup> CHAYES, Abraam *“The Role of the Judge in Public Law Litigation”*, Harvard Law Review, Vol. 89, May 1976, p. 1281. Ver también VERBIC, Francisco *“Los Procesos Colectivos. Necesidad de su Regulación”*, L.L. 2010-A-769 (donde intenté describir las características principales de los conflictos colectivos para fundar en ellas, y no en categorías conceptuales abstractas, la necesidad de una tutela diferenciada en este campo).

<sup>18</sup> Sobre la distinción entre reglas, principios y directrices políticas ver DWORKIN, Ronald *“Taking rights seriously”*, 1977, traducción al castellano de Marta Guastavino *“Los derechos en serio”*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1era. edición, 1984, en especial pp. 72 y ss, pp. 147 y ss, p. 232 y p. 303.

<sup>19</sup> En efecto, de un tiempo a esta parte (fundamentalmente durante los últimos 10 años, y especialmente en materia de derechos humanos, ambientales y económicos, sociales y culturales), esos nuevos actores sociales se han convertido en “aceleradores” de ciertas decisiones gubernamentales impostergables que, no obstante revestir tal carácter, eran efectivamente diferidas en el tiempo con motivo de la existencia de otras prioridades en la agenda política. Sirva como ejemplo, además de las causas *“Mendoza”* y *“Verbitsky”*, la intervención de la CSJN en aspectos tan delicados como el derecho de los jubilados y pensionados a percibir un haber razonable CSJN, sentencia del 08/08/06, causa B.675.XLI. *“Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/reajustes varios”*; CSJN, sentencia del 26/11/07, causa B.675.XLI., *“Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/reajustes varios”*; en un plazo también

complejas y continuadas en el tiempo, como sucede en los procesos colectivos de reforma estructural. Lo más delicado del asunto es que todo esto significó una relevante modificación en la dinámica de las relaciones entre los tres poderes del Estado. Y esto, a su turno, generó (y genera) serias discusiones en torno a la legitimidad política y los límites del Poder Judicial para actuar en este campo.<sup>20</sup>

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, y a la luz de la experiencia jurisprudencial de los últimos años, parece claro que en la dinámica del poder público los procesos colectivos operan como un instrumento para controlar y desafiar directamente a la autoridad estatal. En esta faceta de su relación con el Estado (que como bien explica Issacharoff no es la única, ya que en diversos contextos los procesos colectivos operan como aliado del poder público),<sup>21</sup> las vías judiciales colectivas actúan como una verdadera herramienta de participación ciudadana en el control de la cosa pública y como un canal de acceso al diálogo institucional de ciertos grupos desaventajados que buscan tutelar derechos vulnerados por acciones u omisiones estatales. Grupos que, por razones de diversa índole, muchas veces no encuentran espacios adecuados para la discusión y resolución de sus problemas en la órbita de los poderes mayoritarios.<sup>22</sup>

---

razonable si es que para ello deben discutirlo en sede judicial, CSJN, sentencia del 29/03/05, causa I.349.XXXIX., *"Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios"*.

<sup>20</sup> Sobre el tema puede consultarse, entre muchos otros, ELY, John H. *"Democracia y Desconfianza"*, Ed. Siglo del Hombre, Santa Fe de Bogotá, 1997; GARGARELLA, Roberto *"La justicia frente al gobierno"*, Ed. Ariel, España, 1996; *"La dificultad de defender el control judicial de las leyes"*, ISONOMÍA N° 6/Abril 1997; *"Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras"*, Ed. Capital Intelectual, Bs. As., 2004; SPECTOR, Horacio *"Judicial review, rights, and democracy"*, Law and Philosophy n° 22, pp. 285-334, 2003; FISS, Owen M. *"The Supreme Court 1978 term"*, 93 Harv. L. Rev. 1; DAHL, Robert. *"La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas"*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 8, N° 1; NINO, Carlos S. *"Fundamentos de Derecho Constitucional"*, Ed. Astrea, Bs. As. 2000, pp. 657 y ss.; *"La Constitución en la democracia deliberativa"*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 258 y ss.; UCIN, María C. *"Democracia y control judicial. A propósito de los procesos colectivos"*, RDP; ARDOY, Leandro A. *"Acerca de la legitimidad y los límites del control judicial de constitucionalidad"*, ponencia premiada en el V Encuentro Nacional de Jóvenes Procesalistas, La Plata, Octubre 2008.

<sup>21</sup> ISSACHAROFF, Samuel *"Class Actions and State Authority"*, Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 44, 2012 (publicado en español con el título *"Acciones de Clase y Autoridad Estatal"* en RDP 2013-1 y en RDCCyE del mes de Abril de 2013, p. 49).

<sup>22</sup> Ver en este sentido lo afirmado por Marinoni en cuanto a que, con relación a los procesos colectivos, *"No basta pensar en el derecho de defensa, derecho de protección o establecer derechos sociales. Es también necesario conferir a los ciudadanos la posibilidad de participación en la vida social –por medio de canales legítimos– para que los derechos sean realmente respetados por el Poder Público y por los particulares"* (MARINONI, Luiz G. *"Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva"*, Ed. Palestra, Lima, 2007, p. 114). Entre nosotros, además de *"Verbitsky"* y *"Mendoza"*, pueden mencionarse como ejemplo, entre otros, los casos *"Mignone, Emilio F. s/ promueve acción de amparo"*, CSJN, sentencia del 09/04/02, *Fallos* 325:524 (logrando que los detenidos sin condena en establecimientos penitenciarios nacionales puedan ejercer su derecho al sufragio); y *"Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – Ley 25.873 y dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986"*, CSJN, sentencia del 24/02/09, *Fallos* 332:111. En los Estados Unidos, además del clásico ejemplo que significa *"Brown vs. Board of Education"*, cabe mencionar el caso *"Brown v. Plata"*, 131 S. Ct. 1910 (2011) por tratarse de un asunto similar a *"Verbitsky"* en varios aspectos y dictado en época reciente (la Suprema Corte confirmó el orden de un tribunal inferior que había ordenado ni más ni menos que la inmediata reducción de la población carcelaria de las prisiones estatales californianas en 40.000

A pesar de que la reforma constitucional de 1994 reconoció importantes garantías para la efectivización de derechos de ciertos grupos de personas (lo cual, según intenté explicar, también puso en jaque los paradigmas tradicionales en torno a cómo deben discutirse y resolverse ciertos conflictos de índole colectiva), el proceso legislativo no acompañó la evolución como hubiera debido. Si la falta de regulación adecuada sobre el tema es un problema serio en el contexto de procesos colectivos “ordinarios” (por llamarlos de alguna manera que nos permita diferenciarlos de los procesos colectivos de reforma estructural), ella configura un problema mucho más crítico aun cuando la pretensión promovida por el legitimado colectivo lleva ínsita la necesidad de que el Poder Judicial se involucre en la marcha y gestión de la administración pública por medio de órdenes de reforma estructural.

El proceso civil tradicional no es adecuado para debatir este tipo de asuntos. Esta falta de adecuación es la que necesariamente deriva en decisiones tildadas de carecer de legitimidad democrática, lo cual es algo muy razonable. ¿Cómo puede la sociedad y el resto de los poderes del Estado percibir como legítima una decisión dictada en la oscuridad y secretismo de un expediente escrito, como fruto de un debate entre pocos, sin intermediación con el juez ni audiencias públicas, sin mecanismos de intervención y participación social, sin herramientas de publicidad que concurran a garantizar transparencia y control sobre la discusión?

Trabajando sobre este tema hace unos años llegué a la conclusión que -como se afirma desde diversos sectores de la doctrina constitucional- si bien el Poder Judicial carece de legitimidad mayoritaria en nuestro sistema, ello no significa que carezca de legitimidad democrática para actuar en el campo de los procesos colectivos. Lo que debe asumirse de una buena vez es que los jueces forman parte del gobierno a través del ejercicio de competencias que les son conferidas en forma exclusiva y excluyente por el texto constitucional, cuyo ejercicio no implica necesariamente invadir esferas de poder pertenecientes a otros órganos del Estado ni inmiscuirse en políticas de contenido general que nos les conciernen.

El principal desafío que tenemos por delante para minimizar la dificultad política en la implementación de las decisiones de reforma estructural, a mi modo de ver, está en mejorar el sistema a través de la generación de mecanismos que optimicen el diálogo entre las distintas funciones de gobierno y permitan implementar decisiones con mayor grado de discusión previa, publicidad, participación, transparencia y consenso. Esto cabe para cualquier tipo de proceso

---

reclusos, y hasta el momento en que tales establecimientos se encuentren poblados en no más del 137% de su capacidad). Para un desarrollo detallado de ésta y otras finalidades de política pública que pueden cumplir los procesos colectivos en el marco de sociedades republicanas y democráticas, me remito a VERBIC, Francisco “*Procesos Colectivos*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, Capítulo I.



colectivo, pero especialmente cuando se trata de litigios de reforma estructural habida cuenta la complejidad de las decisiones allí tomadas y el impacto de éstas sobre relevantes políticas públicas (ya de por sí complejas de definir e implementar).<sup>23</sup>

#### IV. LA DIFICULTAD PROCEDIMENTAL

Según fuera ya señalado, a pesar de las claras mandas constitucionales incorporadas por la reforma de 1994 (y, agrego, de la terminante posición tomada por la mayoría de la CSJN en el caso “*Halabi*” en cuanto a la necesidad de sancionar reglas en materia procesal colectiva), aun carecemos de mecanismos de debate idóneos para enfrentar y dirimir conflictos colectivos en sede judicial (sea que involucren cuestiones de reforma estructural o de cualquier otro tipo). Las únicas dos leyes que contemplan algunas previsiones sobre el tema colectivo son la Ley General del Ambiente N° 25.675 y la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240. En ambos casos, sin embargo, las previsiones son manifiestamente insuficientes para lograr soluciones adecuadas y se encuentran muy lejos de conformar una regulación sistémica del asunto.

En cuanto más interesa para este trabajo, debemos tener presente que ninguna de las dos leyes mencionadas contiene previsiones relevantes en materia de ejecución de sentencias de tipo estructural ni tampoco confiere al juez facultades discrecionales adecuadas para trabajar en este campo específico.<sup>24</sup> Esta falta de regulación legal adecuada para gestionar decisiones complejas configura lo que llamo la “dificultad procedimental” que los jueces deben sortear para lograr una sentencia colectiva estructural eficaz.

Llamada a decidir conflictos que exigían una reforma estructural, la CSJN se vio obligada a enfrentar esta dificultad procedimental y a innovar (tal vez como nunca antes en su historia) para poder sortearla. Como afirma Marinoni *“si la técnica procesal es imprescindible para la efectividad de los derechos, no se puede suponer que, ante una omisión del legislador,*

---

<sup>23</sup> VERBIC, Francisco *“Procesos Colectivos”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 266-289 (donde analicé distintos enfoques y líneas de argumentación que justifican democráticamente el accionar del Poder Judicial en el contexto procesal colectivo).

<sup>24</sup> VERBIC, Francisco *“Necesidad de sancionar reglas especiales para la ejecución de sentencias colectivas de condena”*, DJ 19/12/2012. Vale subrayar que el panorama legislativo no es alentador ya que tampoco existen previsiones de relevancia sobre la temática en el contexto de los proyectos de ley que se encuentran en trámite ante el Congreso de la Nación para regular los procesos colectivos. Esto fue puesto de resalto en el dictamen que la AADP presentó ante la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) en oportunidad de la Reunión Informativa celebrada el día 11 de Noviembre de 2011, donde se discutieron los proyectos de ley sobre acciones de clase que estaban por entonces en trámite ante el Congreso de la Nación. A mi modo de ver, y como ya he señalado al ocuparme de tales proyectos en otra oportunidad, esto puede deberse -entre otras razones- al hecho que la mayoría de ellos pretende copiar casi al pie de la letra la Regla 23 estadounidense (donde no hay previsiones específicas en la materia). Ver VERBIC, Francisco *“Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el Congreso de la Nación para regular la tutela colectiva de derechos en la República Argentina”*, RePro N° 216 (2013).

*el juez nada puede hacer*".<sup>25</sup> Bien podría afirmarse que esta es la premisa de la cual partió la CSJN en "*Mendoza*" y "*Verbitsky*" (así como también en "*Siri*" y "*Kot*" hace 50 años, y luego reafirmó en "*Halabi*") ya que para avanzar en la implementación de la condena dispuso utilizar ciertos mecanismos y herramientas de ejecución de sentencia que pocos antecedentes encuentran en el marco tradicional de los procesos individuales, e incluso con relación a otras clases de procesos colectivos.

Antes de avanzar en el análisis de algunas de las modalidades que asumieron los procesos de ejecución de la sentencia estructural en los dos precedentes de la CSJN que venimos tomando como punto de referencia para el análisis, cabe señalar que la necesidad de innovar en este campo no sólo responde a la ausencia de reglas positivas sino también a dos características de las sentencias de reforma estructural ya señaladas: (i) la complejidad que asumen las mandas allí contenidas; y (ii) la continuidad en el tiempo que supone su ejecución. Todo esto hace que el ejercicio de un importante margen de discreción judicial sea imposible de evitar si es que se quiere obtener una decisión eficaz.

## **V. ALGUNOS MECANISMOS DE EJECUCIÓN QUE PERMITIERON SORTEAR LA DIFICULTAD PROCEDIMENTAL SIN AGRAVAR LA DIFICULTAD POLÍTICA**

Entre los mecanismos ideados por la CSJN en "*Mendoza*" y "*Verbitsky*" para lograr una sentencia eficaz se destacan la delegación de la ejecución en un tribunal inferior, el establecimiento de comités de control y supervisión con participación del tercer sector y la ciudadanía, la intervención de organismos públicos específicos para controlar ciertos aspectos técnico-presupuestarios de la ejecución, y la generación de mesas de trabajo para avanzar en soluciones consensuadas.<sup>26</sup>

A continuación analizaré brevemente cada uno de ellos, en el entendimiento que pueden ser alternativas interesantes para evaluar por otros magistrados a fin de lograr el cumplimiento de sus decisiones en este campo. Dicho análisis presenta el alcance de las soluciones tomadas por la Corte, y también algunos desarrollos teóricos con relación a instrumentos de ejecución similares previstos en el derecho comparado y en algunos proyectos actualmente en discusión.

---

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz G. "*Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*", Ed. Palestra, Lima, 2007, p. 280.

<sup>26</sup> Parte del análisis que sigue fue efectuado en VERBIC, Francisco "*El caso 'Mendoza' y la implementación de la sentencia colectiva*", J.A. 2008-IV-336.

Según veremos, es interesante tener presente cómo la CSJN sorteó en gran medida la dificultad procedimental mediante un prudente ejercicio de sus facultades discrecionales en el marco de los arts. 34 y 36 del CPCCN, cuidando al mismo tiempo que ese ejercicio no agravara la dificultad política que hemos analizado (ya de por sí presente a cada paso en ambos expedientes).

### 1. Delegación de la ejecución en otros jueces (o funcionarios especiales)

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 establecido en la sentencia. Tres fueron las razones que llevaron al máximo tribunal a tomar esta decisión: (i) las dificultades e incidencias procesales que con seguridad se presentarán durante el cumplimiento de las numerosas mandas contenidas en el programa; (ii) la necesidad de mantener la racionalidad de la agenda de casos que debe manejar; y (iii) la búsqueda de un mayor grado de inmediación entre la magistratura y las partes.<sup>27</sup>

Esta delegación de la ejecución de la sentencia en manos de otros jueces o bien de sujetos que operan en calidad de oficiales de la Corte (*officers of the Court* o *Special Masters*) es una práctica frecuente en los Estados Unidos de América.<sup>28</sup> Ante el vacío legal en la materia creo interesante explorar esta última alternativa, la cual ya se encuentra en discusión en Brasil.<sup>29</sup> Estos oficiales de la Corte son funcionarios que operan bajo la dirección del tribunal que dictó la decisión, a quien 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 exceda

---

<sup>27</sup> La CSJN 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.

<sup>28</sup> TARUFFO, Michele “*L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*”, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1988, pp. 142 y ss.

<sup>29</sup> El art. 19 del Proyecto sobre “Principios aplicables al control jurisdiccional de políticas públicas” habilita al juez a nombrar un “*comisario, perteneciente o no a la Administración*” para la “*implementación y acompañamiento*” de las medidas que fueran necesarias a efectos de cumplir con las obligaciones impuestas por la decisión (sea esta anticipatoria o de mérito). Este comisario puede ser una persona física o jurídica y deberá informar al juez de todo aquello que éste disponga. Sus honorarios serán fijados por el juez y el pago de los mismos estará a cargo del ente público responsable del cumplimiento de la sentencia en cuestión (art. 19, párrafo 1°).

los poderes que le fueron otorgados para actuar.<sup>30</sup> Si bien resulta un recurso de carácter excepcional,<sup>31</sup> 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 decisión.<sup>32</sup>

Si bien en los Estados Unidos de América la figura nació como una creación jurisprudencial, actualmente tiene una regulación precisa en la Regla de Procedimiento Civil Federal 53 gracias a la reforma del año 2003.<sup>33</sup> Allí se prevé la facultad de las cortes de designar un *master* en diversas situaciones, entre las cuales se contempla la necesidad de atender procedimientos anteriores o posteriores al juicio cuando el tribunal u otros jueces de la jurisdicción no puedan hacerlo con eficacia y en tiempo adecuado.<sup>34</sup> 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 investigaciones y la administración de organizaciones.<sup>35</sup> Este último rol es particularmente recomendado cuando el caso involucra

---

<sup>30</sup> TARUFFO, Michele “*Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*”, en “*Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*”, UTET, Torino, 1990, Tomo VI, p. 392.

<sup>31</sup> *Advisory Committee Notes, 2003 Amendments*.

<sup>32</sup> VERBIC, Francisco “*Procesos Colectivos*”, Ed. Astrea, Bs. As., 2007, pp. 361-362. Tan es así que algunos han considerado la designación de este tipo de funcionarios como un verdadero mecanismo para “crear tiempo judicial” (en este sentido, BRAZIL, Wayne D. – HAZARD, Geoffrey C. Jr. – RICE, Paul R. “*Managing Complex Litigation: A Practical Guide to the Use of Special Masters*”, American Bar Foundation, Chicago, 1983, Introduction).

<sup>33</sup> Antes de la sanción de las *Federal Reglas 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 material 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 Regla 53*”, 2004, publication in journal pending). Con la sanción de la *Regla 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 (conf. 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, pp. 1269 y ss., p. 1272, disponible en <http://www.courtappointedmasters.org/>).

<sup>34</sup> Regla 53(a)(1); Regla 53(a)(1)(C). Si bien las partes pueden sugerir candidatos para ocupar el rol de *master* u oficial de la Corte, el sujeto propuesto en tal carácter no debe tener relación con aquellas con entidad capaz de descalificarlo como juez (así como tampoco con los abogados, el proceso y los jueces intervinientes) [Regla 53(b)(1); Regla 53(a)(2)].

<sup>35</sup> Algunos consideran que los *post-trial masters* pueden dividirse en tres categorías según la función para la cual sean designados: (i) recomendar medidas a tomar luego encontrar acreditada la responsabilidad del demandado; (ii) monitorear el cumplimiento de las órdenes del tribunal; y (iii) evaluar y administrar peticiones relativas al caso (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, pp. 1269 y ss., p. 1278-1279, disponible en <http://www.courtappointedmasters.org/>).

una orden compleja y la parte obligada a su cumplimiento ha demostrado ser reticente en su cumplimiento.<sup>36</sup>

Salvo que la providencia de designación 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* (desobediencia al tribunal), ya que el auxiliar del juez no cuenta con imperio para imponerlas y debe limitarse a sugerir tal proceder al juez de la causa.<sup>37</sup> A efectos de permitir el mejor cumplimiento de sus funciones y dotar de 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.<sup>38</sup> 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 jueces.<sup>39</sup>

A mi juicio se trata de una herramienta interesante que, en principio, podría ser incorporada al ordenamiento jurídico argentino. De todas maneras, en caso de avanzar en tal sentido hay diversas cuestiones que deben ser discutidas para lograr que pueda colaborar en el cumplimiento de mandas estructurales sin generar, al mismo tiempo, otro tipo de problemas. En este orden, debe ponerse especial énfasis en generar suficiente intermediación entre el funcionario designado y las partes. Igualmente, no debe olvidarse que los tribunales pueden delegar funciones pero no responsabilidad. Por tanto, resulta indispensable que junto con la delegación se prevean mecanismos de supervisión y control adecuados a manos del responsable primario de que la sentencia sea cumplida (esto es, el tribunal que la dictó).<sup>40</sup> Volveré sobre esto más adelante, en el punto 3. de este trabajo. Otra variable a considerar es el tema de los

---

<sup>36</sup> 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 (ver *Advisory Committee Notes, 2003 Amendments*).

<sup>37</sup> Regla 53(c).

<sup>38</sup> Regla 53(b)(4).

<sup>39</sup> 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, pp. 1269 y ss., p. 1275, disponible en <http://www.courtappointedmasters.org/>. En caso que el tribunal lo estime necesario, este funcionario deberá presentar informes sobre su actuación en el modo y con la periodicidad que fuera establecido en la providencia de designación. Las partes pueden objetar la conducta 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(f); Regla 53(g)(1) y (g)(2)].

<sup>40</sup> La reciente experiencia de la causa “Mendoza”, que terminó en la separación del juez de la ejecución y una investigación en curso por sospechas de corrupción, no debe ser olvidada.

costos que insumiría la intervención de un nuevo sujeto en el proceso.<sup>41</sup> Respecto de este punto, entiendo que el Estado podría estar en condiciones de subsidiar la intervención de un *master* mediante la reinversión de tan sólo una parte de los recursos que se ahorran en el sistema gracias al tratamiento colectivo del asunto.

## 2. Astreintes y *Contempt of Court*

La aplicación de multas para presionar al cumplimiento de una decisión judicial es una herramienta bien conocida en Argentina. Estas multas son denominadas astreintes, tienen origen en el derecho francés y han sido receptadas por nuestro Código Civil y nuestro ordenamiento procesal nacional.<sup>42</sup> Las mismas 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 su decisión. De tal modo, sirven para proteger tanto el interés público por el respeto debido a la autoridad de los magistrados, como el interés privado del interesado en el cumplimiento de la prestación.<sup>43</sup>

En lo que más interesa para este trabajo, las astreintes fueron efectivamente utilizadas por la CSJN en el contexto de la sentencia estructural dictada en la causa “*Mendoza*”. Hay dos cuestiones para destacar con respecto al modo en que se produjo esa utilización. La primera de ellas es que la CSJN impuso las condenas pecuniarias a modo eventual en la propia decisión de mérito sobre el asunto, a pesar de que por lo general su aplicación se produce recién después de haberse verificado algún incumplimiento. La segunda es que tales multas no fueron impuestas

---

<sup>41</sup> Este es un aspecto especialmente considerado en el sistema estadounidense. Allí, a la hora de decidir sobre la designación de la figura, se le exige al juez tomar en consideración los costos involucrados en su actuación ya que el tribunal debe proteger a las partes contra los gastos irrazonables y las demoras en la tramitación del pleito que pudieran suscitarse con motivo del nombramiento del *master* [Regla 53(a)(3)]. En dicho sistema los costos deben ser afrontados por alguna de las partes, por ambas o bien por un fondo que resulte del propio proceso [Regla 53(h)(2)]. A efectos de establecer los honorarios del *master* y determinar quién debe hacerse cargo de solventarlos, el tribunal puede considerar las siguientes pautas: (i) el monto de la controversia; (ii) los medios de que dispongan las partes; (iii) la naturaleza del pleito (aquellas partes que actúan en beneficio de un interés público deberían merecer una protección especial); y (iv) 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 (Conf. *Advisory Committee Notes, 2003 Amendments*).

<sup>42</sup> Art. 666 bis. Cód. Civil; art. 37 CPCCN.

<sup>43</sup> STORME, Marcel “*L’astreinte nel diritto belga: sei anni di applicazione*”, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1986, pp. 602 y ss.; GONCALVES TESSLER, Luciane “*Tutelas jurisdicionais do meio ambiente*”, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 2004, pp. 375-381; MARINONI, Luiz G. “*Tutela inibitória (individual e coletiva)*”, 3era. edición, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 2003, p. 114-119, 139-145, 208 y ss.

al Estado en cuanto tal, sino específicamente en cabeza del funcionario responsable del órgano obligado a cumplir (esto es, el Presidente de la ACUMAR).<sup>44</sup>

Esta modalidad de imposición personal de las multas se encuentra en pleno debate. En Argentina, por ejemplo, la reciente Ley N° 26.854 estableció en su art. 9 que los jueces no podrán “*imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias*”. Tratándose de una manda contenida en una ley sobre medidas cautelares contra la administración pública, es de suponer que tal prohibición sólo aplica cuando la carga pecuniaria apunte a obtener el cumplimiento de una orden de ese tipo. De interpretarse en esta forma, lo cual aún está por verse, los jueces continuarían gozando de competencia para imponer tales sanciones cuando se trate de compeler al cumplimiento de la sentencia de mérito.<sup>45</sup>

Vale señalar también lo que está sucediendo en Brasil, donde estas sanciones pecuniarias han jugado tradicionalmente un papel importantísimo en materia ambiental para presionar al deudor a cumplir con el mandato contenido en la sentencia.<sup>46</sup> Allí se encuentra en discusión un proyecto sobre “Principios aplicables al control jurisdiccional de políticas públicas”, cuyo art. 18 dispone que en caso de incumplimiento los funcionarios responsables podrán ser condenados a pagar las multas previstas en el Código de Proceso Civil (sin perjuicio de otras responsabilidades).<sup>47</sup> La norma proyectada es terminante en el sentido que, una vez que el juez decide aplicarlas, las multas deben ser impuestas en forma personal. No obstante, parecería conveniente dejar en manos del juez cierto margen de discreción a fin de evaluar si el incumplimiento obedece a un capricho del funcionario o a razones que escapan a su poder de

---

<sup>44</sup> De acuerdo con la estructura de la ACUMAR, el Secretario de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación es –al mismo tiempo– Presidente de la Autoridad de Cuenca. En este último carácter, luego del dictado de la sentencia de fondo que ordenó llevar adelante el PISA, la funcionaria que por entonces ocupaba el cargo solicitó a la CSJN una aclaratoria de diversos aspectos de la sentencia. Entre ellos se encontraba el alcance de la responsabilidad que fue fijada personalmente en su cabeza. La CSJN rechazó de plano el planteo al señalar que la decisión era “*suficientemente clara*” y que no había incurrido en errores materiales u omisiones que pudieran dar lugar a una nueva intervención de su parte. Arts. 36, inc. 6°, y 166, inc. 2° CPCCN. Asimismo, destacó que el planteo también era inadmisibile por cuanto pretendía revisar la sustancia de la decisión sobre la responsabilidad asignada a la Presidenta de la Autoridad de Cuenca (CSJN “*Mendoza, Beatriz Silvia y ots. c. Estado Nacional y ots*”, sentencia del 12/08/2008, DJ 2008-II, 1394). Más adelante, ya con otro funcionario a cargo del área, el Juez Federal a cargo de la ejecución impuso en su sentencia del 31/08/2010 astreintes en cabeza del funcionario por incumplimiento de diversas mandas. Este pronunciamiento quedó firme y luego, por decisión de fecha 12/07/12, el mismo juez dispuso el destino colectivo del resultado de esas multas.

<sup>45</sup> VERBIC, Francisco “*El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos*”, La Ley, Sup. Especial “Cámaras Federales de Casación, Ley N° 26.853; Medidas Cautelares y el Estado como Parte, Ley 26.854”, p. 161.

<sup>46</sup> Conf. GONCALVES TESSLER, Luciane “*Tutelas jurisdicionais do meio ambiente*”, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 2004, pp. 375-381; MARINONI, Luiz G. “*Tutela inibitória (individual e coletiva)*”, 3era. edición, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 2003, p. 114-119, 139-145, 208 y ss.

<sup>47</sup> El proyecto se originó en el CEBEPEJ (*Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais*) liderado por los profesores paulistas Ada Pellegrini Grinover y Kazuo Watanabe. Las investigaciones preliminares fueron recogidas en la obra colectiva *O controle jurisdiccional de políticas públicas*, A. Pellegrini Grinover y K. Watanabe coord., Forense, R. de Janeiro, 2011.

decisión. De darse este último supuesto, no parece sensato que las multas deban imponerse en cabeza de quien, por más que quiera, no puede cumplir con lo que se le está requiriendo.<sup>48</sup>

Por último, hay que considerar que esta clase de medidas coercitivas encuentra también antecedentes de interés en el sistema federal estadounidense, el cual 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*). En el campo de litigios de reforma estructural, la utilización de este instituto obedece en gran medida a dos motivos. Por un lado, 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 las *structural injunctions*).<sup>49</sup> Por otro lado, al hecho de ser considerado como el instrumento más adecuado para garantizar el cumplimiento de los llamados *non-monetary judgements* (esto es, sentencias de contenido no patrimonial).<sup>50</sup>

Con respecto al encarcelamiento por desobediencia al tribunal (cara “penal” del instituto), vale destacar que no configura una pena sino una medida de coerción.<sup>51</sup> 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 decisiones.<sup>52</sup> 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 liberación.<sup>53</sup> En Argentina hay un mecanismo utilizado por los tribunales con cierta regularidad y que tiende a generar presión en igual sentido. Me refiero al envío de los antecedentes a la justicia penal para que evalúe la posible comisión del delito de desobediencia.<sup>54</sup> Existen, sin embargo, grandes diferencias con la figura del *contempt of court*. Entre ellas se destacan las siguientes: (i) el

---

<sup>48</sup> Conf. BERIZONCE, Roberto O. – VERBIC, Francisco “Control judicial de políticas públicas (a propósito de un proyecto de ley brasileño)”, de próxima publicación.

<sup>49</sup> TARUFFO, Michele “L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici”, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1988, pp. 142 y ss.

<sup>50</sup> SILVESTRI, Elisabetta “Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare”, Riv. Dir. Civ., 1988, pp. 539 y ss.

<sup>51</sup> Especialmente en esta faceta de tipo represiva, el 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 y general deterrence*, en palabras de FISS, Owen M. “The Civil Right Injunction”, Indiana University Press, Bloomington & London, 1978, p. 34-35).

<sup>52</sup> COUTURE, Eduardo J. “Fundamentos del derecho procesal civil”, reimpresión, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, pp.463-464.

<sup>53</sup> BURNHAM, William “Introduction to the law and legal system of the United States”, West. Publishing Co., St. Paul, Minn., 1995, p. 254; ver también FISS, Owen M. “The Civil Right Injunction”, Indiana University Press, Bloomington & London, 1978, p. 34

<sup>54</sup> Art. 239 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.



instituto estadounidense no requiere la intervención de otro juez, ya que se considera un poder implícito en la función jurisdiccional de todos los magistrados; y (iii) como ya señalé, en el sistema estadounidense el cumplimiento purga la situación y dispara la inmediata liberación del incumplidor –lo cual no sucede en caso de configurarse el delito penal en Argentina.

### 3. Mecanismos de control y 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 en “*Mendoza*” un sistema de monitoreo y control sobre la implementación de la decisión. 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 tuviera que ver con el programa a cumplir. Asimismo, autorizó al juez de la ejecución para presentar todos los cuestionamientos que considere necesarios con relación al control presupuestario y a su ejecución.<sup>55</sup> 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 a conformarse con las diversas ONG presentadas como terceros en la causa. Este cuerpo tiene por objeto: (i) recoger sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado; (ii) recibir información actualizada; y (iii) formular planteos concretos ante la ACUMAR para el mejor logro del propósito encomendado.

A esta altura de los tiempos resulta imprescindible contar con una participación más intensa de los ciudadanos a fin de obtener una mejor gestión de la cosa pública, lo cual dispara inmediatamente 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).<sup>56</sup> 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 decisiones públicas.<sup>57</sup> Lo han demostrado por medio de decisiones como las tomadas por la CSJN en “*Mendoza*” y “*Verbitsky*”. Incorporar a la ciudadanía para que colabore en el control de decisiones estructurales que atañen directa o indirectamente a su vida cotidiana puede ser un

---

<sup>55</sup> La sentencia obliga a la Autoridad de la Cuenca a responder tales requerimientos en el término de 10 días y establece la necesidad de celebrar audiencias públicas en caso de que algún legitimado impugnara la información.

<sup>56</sup> BERIZONCE, Roberto O. “*La participación popular en la justicia*”, J.A. 1988-III-725.

<sup>57</sup> MARINONI, Luiz G. “*Tutela inibitória (individual e coletiva)*”, 3era. edición, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 2003, p. 106.

buen recurso para sortear, al menos en parte, ambas dificultades analizadas en este trabajo (la política y la procedimental).

#### 4. Mesas de diálogo

Al resolver la causa “*Verbitsky*”, entre otras cuestiones, la CSJN exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, así como también su legislación de ejecución penal y penitenciaria, para que comulguen con los estándares constitucionales e internacionales. Es evidente que una reforma del género mal podía ser resuelta en el marco de la propia sentencia. Las dificultades para implementar esta decisión eran evidentes, toda vez que involucraba modificaciones verdaderamente estructurales que requerían la colaboración de los distintos departamentos de Estado de la Provincia de Buenos Aires.<sup>58</sup>

Consciente de todo esto la CSJN sorteó la dificultad procedimental sin agravar la dificultad política, al ordenar al Poder Ejecutivo local que, por intermedio de su Ministerio de Justicia, “*organice la convocatoria de una Mesa de Diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como amicus curiae, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones y que en un ámbito de discusión facilitada permita arribar a soluciones consensuadas y sustentables*”.<sup>59</sup> Igualmente, requirió la elevación de informes periódicos, cada 60 días, de los avances obtenidos en el marco de dicha mesa de diálogo.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Ver FILLIPINI, Leonardo “*La ejecución del fallo Verbitsky. Una propuesta metodológica para su evaluación*”, disponible online en [http://www.cels.org.ar/common/documentos/filippini\\_leonardo.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/filippini_leonardo.pdf) (remarcando, en torno a la “dificultad política” discutida en la propia decisión, que “*el fallo exige una activa participación del Poder Judicial en el control de las políticas públicas de privación de la libertad y que ello genera múltiples dilemas respecto de las posibilidades y atributos de cada poder de Estado. De hecho, la mayoría osciló entre aceptar que no podía definir la solución para enfrentar el problema del hacinamiento y la sugerencia de algunas medidas concretas y discutibles, como la de adecuar la legislación penitenciaria y de excarcelación provincial a los estándares nacionales*”).

<sup>59</sup> Considerando 26° del voto de la mayoría (luego, punto 8 de la parte dispositiva de la sentencia). Inmediatamente a continuación, al inicio del considerando 27°, la CSJN señaló que “*a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicial, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias*”.

<sup>60</sup> Ver FILLIPINI, Leonardo “*La ejecución del fallo Verbitsky. Una propuesta metodológica para su evaluación*”, disponible online en [http://www.cels.org.ar/common/documentos/filippini\\_leonardo.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/filippini_leonardo.pdf), p. 11 señalando que “*los ‘informes periódicos’ que la Corte pide también quedan un poco a la deriva, pues la Corte no ha especificado demasiado qué tipo de información requiere y ha dejado de algún modo librada a los actores la definición de su contenido*” y que “*ha presenciado sin mayor reacción los altibajos del trabajo de la Mesa de Diálogo. No hizo nada cuando dejó de funcionar y no hizo nada para impulsar su reactivación*”).

Sobre esta particular modalidad de ejecución, orientada a obtener avances consensuados, comparto lo que señala Fillipini en cuanto a que la mesa “*debe extremarse la atención sobre ese foro a fin de que su trabajo resulte productivo*”. Y comparto igualmente sus críticas en torno a que la mayoría de la CSJN “*podría haber sido más cuidadosa para decir por qué creía que esa mesa y no otro espacio era el remedio más adecuado y cómo debería funcionar*”. Esta crítica, sin embargo, no debería ser demasiado terminante ya que era la primera vez que la Corte utilizaba una herramienta del género.

## VI. CIERRE

La CN, desde su formulación original, confiere al Poder Judicial un cúmulo de competencias exclusivas e irrenunciables. La resolución de conflictos colectivos que derivan en una sentencia de reforma estructural, así como también el establecimiento de mecanismos adecuados e idóneos para lograr su eficacia, configuran una verdadera y propia obligación del Poder Judicial siempre que el asunto se presente ante sus estrados en forma de “causa o controversia (colectiva)”.<sup>61</sup>

Partiendo de esta premisa, y como ya fuera adelantado, entiendo que la actuación del Poder Judicial en la desactivación de conflictos colectivos de reforma estructural no implica en modo alguno un avance indebido sobre el resto de los departamentos de Estado. Al menos no como principio. Es que la rama Judicial configura un poder del Estado tan democrático como el Ejecutivo o el Legislativo, aun cuando su legitimidad descansa sobre bases distintas al sufragio popular.<sup>62</sup> No habrá invasión en la medida que los jueces ejerzan con responsabilidad su tarea y se limiten a actuar en el marco de las competencias que le fueron constitucionalmente asignadas (*self restraint*). Por el contrario, el abuso se presentará si exceden dicho límite y pretenden dictar regulaciones generales y abstractas o bien arrogarse competencias administrativas que no le competen.

---

<sup>61</sup> Ver MARINONI, Luiz G. “*Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*”, Ed. Palestra, Lima, 2007, pp. 278-286 (afirmando el “*deber del juez de configurar el procedimiento adecuado al caso concreto que se deriva del derecho de protección y del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*”).

<sup>62</sup> Ver más arriba nota a pie de página N° 21. Ver también un análisis histórico de la tensa relación entre la Corte Suprema y el resto de los poderes del Estado en OTEIZA, Eduardo “*La Corte Suprema. Entre una justicia sin política y una política sin justicia*”, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1994. Sobre el corrimiento que ha experimentado la CSJN hasta asumir un rol determinante como cabeza de un Poder Judicial que ya no es ajeno al proceso político, ver el trabajo de SAGÜES, María S. “*El ámbito institucional y revisor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la dinámica jurisdiccional y política actual*”, presentado para la discusión en las III Jornadas de Profesores de Derecho Procesal, celebradas en San Juan en el mes de septiembre de 2008.

En estos últimos supuestos, efectivamente, sería correcto hablar de vulneración del principio de división de poderes. Pero debe quedar claro que se trata del supuesto patológico. Lo normal es que el Poder Judicial actúe dentro del marco de las competencias que le asigna la Constitución. Los excesos existen, como en todo ámbito. Sin embargo, se trata de las excepciones que confirman la regla y que cuentan con sus canales específicos para ser corregidas (juicio político, jurado de enjuiciamiento).

Según intenté demostrar, la CSJN logró sortear (al menos en parte, y con éxito dispar) las dificultades políticas y procedimentales que se le presentaron a la hora de avanzar en la implementación de las sentencias de reforma estructural dictadas en “*Mendoza*” y “*Verbitsky*”. Para ello redefinió ciertos mecanismos procesales y creó otros sumamente novedosos. Su accionar en este campo, sin lugar a dudas, puede servir de guía para distintos magistrados de instancias inferiores que deban avanzar en procesos de implementación de mandas estructurales.

Sin perjuicio de ello, debemos tener presente que la Corte pudo hacer lo que hizo porque es la Corte. Quiero decir que: (i) no tiene a nadie por encima que pueda revisar sus decisiones; y (ii) cuenta con un fuerte poder político en cuanto cabeza del Poder Judicial, el cual le permite plantarse ante la administración pública de una manera muy particular.<sup>63</sup> Los magistrados inferiores carecen de ambas ventajas, y en razón de ello resulta fundamental que cuenten con un respaldo legal para poder actuar en este campo. Pedir a los magistrados inferiores que avancen como lo hizo la Corte en “*Mendoza*” y “*Verbitsky*” sin contar con un respaldo reglamentario adecuado es posible. Sin embargo, tal vez sea demasiado.

---

<sup>63</sup> VERBIC, Francisco “*El rol del juez en las acciones de clase. Utilidad de la jurisprudencia federal estadounidense como fuente de ideas para los jueces argentinos*”, en BERIZONCE, Roberto (Coordinador) “*Los Principios Procesales*”, Librería Editora Platense, La Plata, 2011.