

Voces: ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO ~ ADMINISTRACION DE JUSTICIA ~ PODER JUDICIAL ~ AUTORIDAD DE CUENCA MATANZA RIACHUELO ~ RIO ~ DERECHO AMBIENTAL ~ CONTAMINACION AMBIENTAL ~ CUENCA HIDRICA ~ INDEMNIZACION ~ PLAZO ~ ARBITRIO JUDICIAL ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~ PODERES IMPLICITOS ~ ACCION DE CLASE ~ PROCESO COLECTIVO ~ INTERESES DIFUSOS ~ MINORIA ~ DERECHOS DE LA MINORIA ~ COSTO DE ADMINISTRACION ~ CUESTION POLITICA

Título: La Corte Suprema y el Riachuelo

Autor: Sola, Juan Vicente

Publicado en: LA LEY 20/08/2008, 20/08/2008, 7 - LA LEY2008-E, 117

Fallo comentado: [Corte Suprema de Justicia de la Nación \(CS\) CS ~ 2008-07-08 ~ Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros](#)

Cita Online: AR/DOC/2142/2008

Sumario: SUMARIO: I. 'Holding' del caso Mendoza. - II. Plan de saneamiento establecido por la Corte. - III. La administración judicial de los conflictos. - IV. El poder judicial y las políticas públicas. - V. La inacción gubernamental y las minorías 'discretas o insulares'. - VI. Una teoría de la segunda alternativa. - VII. La práctica de la administración judicial de conflictos. - VIII. Los procesos colectivos y las acciones de clase. - IX. ¿Un nuevo caso Siri?

En el reciente fallo Mendoza, Beatriz Silvia del 8 de julio pasado, la Corte Suprema afrontó la solución del complejo tema de la limpieza del Riachuelo (1). Nos surge una pregunta inicial, ¿Por qué una cuestión que debería estar dentro de las funciones del Congreso o de la administración debió ser resuelta por un tribunal? En principio por la inacción gubernamental frente a un problema de una gran complejidad, como es el de la contaminación masiva ínter jurisdiccional. Problema antiguo la contaminación del Riachuelo, la Corte lo analizó por primera vez en el caso de los Saladeristas de Barracas en 1887 (2), sin embargo desde esa época lejana el problema no ha hecho sino aumentar.

I. 'Holding' del caso Mendoza

La Sentencia del Caso Mendoza establece un estándar con la descripción detallada de un plan de recuperación del Riachuelo. El, estándar en este caso es la determinación de una política pública basada en normas constitucionales. Este plan requiere que organismos competentes se reorganicen y cumplan con los estándares establecidos. Al mismo tiempo requiere de una conexión con los intereses específicos de las partes, para su consulta y eventualmente para establecer las bases de un acuerdo que podrá resolver el problema. En casos tan complejos como el de la contaminación interjurisdiccional masiva la existencia de un acuerdo entre las partes facilita el pronóstico de la situación y el control efectivo de la solución establecida. Podríamos describir este procedimiento diciendo que la Corte Suprema establece el estándar que se debe cumplir, pero para su observancia, la eventual homologación de un acuerdo y verificación de cumplimiento se ordena la actuación del juez federal de sección.

La Corte Suprema considera a este caso como una acción de clase normativa (3) y así lo señala en el párrafo 19 de los considerandos cuando dispone la acumulación de todos los procesos afectados por la determinación de la clase. La clase incluye a los damnificados por la contaminación ambiental causada por la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo, según se expresa en el primer párrafo de la sentencia. Pero la Corte postergó la decisión sobre la indemnización de los daños causados y se concentró en la solución del conflicto hacia el futuro señalando que: El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración (4).

II. Plan de saneamiento establecido por la Corte

Este plan constituye un estándar, es decir describe características que debe cumplir el plan definitivo que será planteado por la Autoridad de Cuenca con la participación de las demás partes y que será controlado por el juez federal de sección que se determina en la misma decisión.

15...Asimismo, dado el carácter definitivo de esta sentencia, el proceso de ejecución debe ser delegado en un juzgado federal de primera instancia, a fin de garantizar la inmediatez de las decisiones y el efectivo control jurisdiccional de su cumplimiento.

16) Que la autoridad obligada a la ejecución del programa, que asumirá las responsabilidades ante todo incumplimiento o demora en ejecutar los objetivos que se precisarán, es la Autoridad de Cuenca que contempla la ley 26.168 (Adla, LXVII-A, 39). Ello, sin perjuicio de mantener intacta en cabeza del Estado Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la responsabilidad que primariamente les corresponde en función del asentamiento territorial de la cuenca hídrica y de las obligaciones impuestas en materia ambiental por disposiciones específicas de la Constitución Nacional recordadas por esta Corte desde su primera intervención en el mentado pronunciamiento del 20 de junio de 2006, como así también de las normas superiores de carácter local del estado bonaerense y de la ciudad autónoma demandada.

17) Que por la presente sentencia la Autoridad de Cuenca queda obligada a cumplir el siguiente programa:

I) Objetivos:

El programa debe perseguir tres objetivos simultáneos consistentes en:

- 1) La mejora de calidad de vida de los habitantes de la cuenca;
- 2) La recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos);
- 3) La prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción.

El extenso plan continúa con los siguientes capítulos.

II) Información pública.

III) Contaminación de origen industrial.

IV) Saneamiento de basurales.

V) Limpieza de márgenes de río.

VI) Expansión de la red de agua potable.

VII) Desagües pluviales.

VIII) Saneamiento cloacal.

IX) Plan Sanitario de Emergencia.

Establece también sanciones aplicables:

El incumplimiento de cualquiera de los plazos establecidos en cada etapa, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca.

Establece asimismo una forma de control ciudadano.

19) Que es igualmente relevante fortalecer la participación ciudadana en el control del cumplimiento del programa descrito en los considerandos anteriores. Dicho control debe ser organizado mediante la indicación de un coordinador capaz de recibir sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado. Esta autoridad conformará un cuerpo colegiado con los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en la causa en igual carácter de terceros, coordinando su funcionamiento y distribuyendo internamente las misiones, entre las que se incluyen la recepción de información actualizada y la formulación de planteos concretos ante la Autoridad de Cuenca para el mejor logro del propósito encomendado según criterios de igualdad, especialidad, razonabilidad y eficacia.

El objetivo del juez en estos casos masivos debe ser 'remover los riesgos para los valores constitucionales debidos a una organización de gran escala.' (5). La solución de este tipo de casos no puede simular a lo habitual ya que se requiere de estructuras de gobierno de magnitud para el cumplimiento de lo decidido. Para ello luego de establecido el estándar aplicable las partes deberán presentar el plan que cumpla los objetivos trazados. La práctica en estos casos señala la conveniencia de encontrar una solución negociada dentro del marco establecido en el estándar establecido por la Corte Suprema y cuyo control corresponde al juez federal de sección. Se constituye 'Un proceso negociador entre los abogados de las partes, administradores judiciales y funcionarios públicos.' (6). Una negociación entre el juez y las partes y un acuerdo entre las partes que será homologado por el juez. De esta manera, el precedente puede ser de una instancia superior, la Corte en este caso, pero la aplicación es de un juez de primera instancia. La solución acordada debe, según estableció la Corte de los Estados Unidos 'surgir de la controversia y servir para resolverla dentro de la jurisdicción del tribunal, dentro del propósito general de la pretensión original y dentro de los objetivos del derecho sobre los que se basó la demanda.' (7).

III. La administración judicial de los conflictos

La determinación de políticas es una función legítima y habitual de los tribunales modernos, tan habitual y universalmente aceptada como es la determinación de los hechos en una causa o la interpretación de textos jurídicos. El caso del Riachuelo se asocia a los casos en materia de prisiones en la provincia de Buenos Aires (8), y a los casos de reforma en materia de educación, sistema carcelario, hospitales mentales en los Estados Unidos.

Owen Fiss considera que de la misma manera que los poderes coordinados del gobierno los tribunales federales tienen no solamente el derecho, sino también la obligación de tomar decisiones en materia política o de administración (policy) (9). Señala que la decisión judicial es el proceso social por el cual los jueces dan contenido a nuestros valores públicos. Existe una necesidad para que los tribunales otorguen un contenido específico a estos valores, incluyendo un contenido operativo y si existiera un conflicto establecer las prioridades. En el estado administrativo moderno esta tarea ha tenido un importante desarrollo, y lleva a una nueva forma de decisión constitucional cuya tarea es la reforma estructural de grandes burocracias gubernamentales. Estos litigios para la reforma estructural (Structural reform litigation), representan un avance importante en la teoría de la decisión judicial, porque es un reconocimiento del carácter burocrático del estado moderno, que está fuera del alcance de un control puramente político, y que requiere del poder judicial para

vigilarlo.

IV. El poder judicial y las políticas públicas

En una definición ya clásica, Ronald Dworkin define a la decisión política como el esfuerzo por los actores gubernamentales para obtener resultados socialmente deseables (10). Es decir el esfuerzo consciente por los actores gubernamentales de intervenir en las esferas económicas y sociales para mejorar la calidad de vida de los habitantes. La respuesta judicial a las políticas públicas de los gobernantes ha sido en principio consecuencia de la 'doctrina del proceso legal' que tuvo una larga influencia a través de las obras de Alexander Bickel, Jesse Choper y de John Hart Ely (11). La doctrina del proceso legal fue la respuesta intelectual al realismo jurídico, que fue a su vez una respuesta al positivismo clásico (12). El positivismo clásico sostenía que la doctrina jurídica, legislada o a través de derecho de precedentes consistía de principios jurídicos lógicamente coherentes que trascendían a la política y que podían ser impuestos frente a quienes tomaban decisiones políticas. Los realistas jurídicos respondían que estos principios no existían, que el derecho era siempre producto de la creación de un agente gubernamental determinado y que como tal era subordinado a la política. Más aún, consideraron que la doctrina jurídica era generalmente incoherente y no podía prevalecer sobre una autoridad política establecida. Sostenían que las decisiones judiciales eran tomadas por motivos diferentes de los expresados en las sentencias, y estas últimas era solamente un velo retórico que ocultaba los verdaderos motivos de la decisión del juez (13): La teoría del proceso legal señaló que existe un principio de procedimiento que trasciende a la pura decisión política, por lo que todas las instituciones gubernamentales tienen áreas distintivas de competencia. El Congreso y el Ejecutivo tienen la función de determinar las políticas públicas, tanto porque representan la voluntad popular como porque tienen la especialización para hacerlo. Pero una vez que la decisión política está determinada a través de normas, son los tribunales los que tienen la tarea asignada de determinar si algunas personas en particular han obedecido o han violado esas normas, esas determinaciones dependen de argumentos fundados y razonables, y deben ser efectuados a través de procesos formales. Esta doctrina del proceso jurídico ha sido en gran medida completada por el análisis económico del derecho y en particular por la doctrina de la "elección pública", (Public Choice) que analiza el comportamiento de legisladores y funcionarios a través de la teoría del actor racional. De acuerdo con esta teoría los funcionarios electos son actores racionales como todas las demás personas y están primordialmente motivados por el deseo de maximizar su interés o utilidad personal. Si esta teoría se cumple significa que los legisladores y aún el Ejecutivo maximizarán su posibilidad de ser reelectos y por lo tanto mantener sus posiciones políticas, mientras que los funcionarios permanentes intentarán maximizar el presupuesto de sus agencias y aumentar su discrecionalidad (14):

Toda actividad social puede ser regulada por el Ejecutivo, por el Legislativo, por el mercado o por los tribunales, cada alternativa tiene sus desventajas. Los poderes políticos están sujetos a la presión de grupos de interés, el mercado genera costos de transacción a veces excesivos, y los tribunales están abrumados de tareas. Por lo tanto, antes que preguntarse cuál es la mejor institución para regular una actividad deberíamos plantearnos cuál es la menos mala (15).

La teoría de la elección pública analiza la difusión y la concentración de tanto los costos como de los beneficios, de esta manera el proceso político parece más confiable cuando las leyes se refieren a costos difusos y a beneficios difusos, porque actuará el proceso político mayoritario. Esto es así porque tanto los costos como los beneficios se distribuyen genéricamente en la sociedad y el sistema mayoritario puede resolver su asignación. En mucho menos confiable sin embargo cuando hay costos y beneficios concentrados, es decir que pocos pagan y pocos se benefician porque son transferencias de un grupo desorganizado hacia otros más organizados. O más aun cuando los costos son difusos y los beneficios concentrados, es decir muchos se perjudican y pocos se benefician porque en estos últimos casos los grupos de interés tenderán a dominar. Este último es el caso del Riachuelo donde existen costos difusos como la contaminación masiva y beneficios concentrados, es decir, empresas que pueden vender más barato porque no incluyen el precio de la limpieza de la contaminación en sus productos. Es en estos últimos casos cuando los tribunales deben actuar más activamente porque puede haber un fracaso del proceso político en la regulación. Al estar relativamente aislados de las presiones políticas cotidianas los tribunales poseen una ventaja institucional comparativa. Es decir, los tribunales podrán definir políticas públicas en cumplimiento de un mandato constitucional, cuando posean una ventaja institucional concreta para hacerlo por sobre el Ejecutivo y el Legislativo. Fundamentalmente porque los tribunales son de alguna manera independientes de las presiones de grupos de interés y utilizan un proceso formal y tienen la obligación de fundar sus decisiones. Al mismo tiempo, estas decisiones y estos fundamentos pueden ser revisados por otros tribunales superiores que deben utilizar el mismo proceso (16).

Sin duda, la teoría la elección pública, el public choice, se puede aplicar también hacia los jueces que pueden tener sus propios intereses en juego y no desear incorporarse a un tema políticamente conflictivo que pudiera perjudicar sus carreras. Los Congresos con sistemas proporcionales no son amigos de los jueces independientes.

La decisión judicial nos plantea la característica del derecho como el sistema dialógico. Podríamos decir que hay dos maneras de escribir el derecho el de los artículos o libros académicos que estarían dirigidos a obtener el interés general y los escritos de abogados en un caso que defienden los intereses de sus clientes. En este último

caso Habermas sostiene que existe un discurso estratégico y no un discurso comunicativo como sería el primero. Lo que varía es la audiencia al cual van dirigidos que es consciente de la situación y permite distinguir las dos maneras del discurso jurídico. Pero la decisión judicial consecuencia de este diálogo entre las partes dentro del procedimiento establecido integra el discurso comunicacional (17).

Pero es importante tener en cuenta que como el derecho es producto de un diálogo entre partes, lo que podría ser solamente la búsqueda de los intereses de un cliente puede obtener el interés general. De esta manera, los abogados en el caso Mendoza que como en toda acción de clase buscaban mejorar los intereses de sus clientes, obtienen el interés general cuando la limpieza del Riachuelo mejora la vida de los habitantes de la región.

V. La inacción gubernamental y las minorías 'discretas o insulares'

La inacción gubernamental tiene causas estructurales, no solamente la pasividad frente a un problema complejo. El proceso legislativo requiere de consultas y negociaciones entre muchos sectores interesados, la presencia de grupos de interés contrapuestos que impiden muchas veces que sea tomada la decisión adecuada. Los afectados por la contaminación son una población dispersa y su posibilidad de participar en la decisión de los poderes políticos es muchas veces ímproba, sino imposible. Ya en 1938 en el caso *Carolene Products*, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que una de sus funciones era la de defender a las "minorías discretas o insulares" quienes por su dispersión o extrema pobreza no podían influir en las decisiones gubernamentales. Esta práctica ha llevado a que sean los tribunales los que hayan podido solucionar estas cuestiones que no puedan ser debidamente resueltas por el proceso político. Así fue el caso de la integración racial de las escuelas iniciado en el caso *Brown* de 1954 que llevaría más de una década hasta cumplir su objetivo (18). De la misma manera se puede citar la reforma de los sistemas carcelario y hospitalario por acción judicial. El procedimiento utilizado fue el de acciones de clase y los jueces establecieron en la sentencia los principios aplicables e intimaron a los demandados a proponer un plan de solución de la controversia.

Sin duda continúa vigente la preocupación de la escuela realista que los jueces pueden decidir los casos sobre la base de sus preferencias particulares, sus mitos heredados o su psicología personal. La respuesta que da Posner es que los jueces tienen incentivos correctos para decidir estas cuestiones ya que cuentan con estabilidad en el cargo y un salario estable que no variará por motivo de sus decisiones (19). Si esto es así los ciudadanos se dirigirán a los jueces en términos de defensa del interés público, antes que a los funcionarios públicos. Al mismo tiempo se puede realizar el control de las consecuencias de la decisión judicial para compararlas con los beneficios sociales que otorga. Más aún, por los incentivos estables inherentes al cargo judicial es probable que los jueces puedan comprender con más claridad cuestiones de interés general que los poderes políticos que están naturalmente influidos por cuestiones de oportunidad política y por la actividad de grupos de interés bien organizados.

Este es el dilema que se plantea ante un tribunal cuando debe afrontar una cuestión como la del Riachuelo, de la misma manera que debió ser afrontada a fines de la década del 60 por los jueces federales en los Estados Unidos para la reforma de las cárceles (20). Inicialmente la ventaja institucional comparativa se encuentra en el poder legislativo, que pueden llamar a consultas, realizar amplias investigaciones, obtener el asesoramiento de expertos y asignar recursos, al mismo tiempo que puede equilibrar esos gastos con otras prioridades como puede ser la educación o la seguridad. Al mismo tiempo, si el Legislativo no puede determinar las estrategias específicas para resolver el tema puede delegar esta función al poder Ejecutivo para que aplique el programa establecido legislativamente. En esta visión inicial el juez no podría ser ninguna de estas actividades y debería limitarse a resolver el problema complejo de la contaminación inter jurisdiccional masiva dentro de un proceso adversarial.

El dilema se plantea cuando tanto el Legislativo como el Ejecutivo no están dispuestos a actuar. Esta incapacidad institucional por parte de instituciones renuentes indica un defecto estructural de nuestro sistema político mayoritario. El problema es entonces que el Legislativo y el Ejecutivo no actúan y que las condiciones de contaminación masiva del Riachuelo continúan y obligan a quienes están cerca de la ribera a vivir en condiciones inhumanas sin que ningún otro actor institucional pueda intervenir. Esta falla fue percibida por la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir de lo escrito por el Presidente Harlan Stone en la nota a pie de página N° 4 en el caso *United States vs. Carolene Products Co.* en 1938 (21).

Según esta doctrina son los tribunales los más indicados para resolver los casos en que hay una presencia de minorías discretas o insulares o la violación de derechos fundamentales. Ya que en esas circunstancias las instituciones óptimas no tienen la voluntad de actuar ni lo harán en un futuro apreciable.

Esta nota está dividida en tres párrafos y cada uno señala una excepción a la tradicional presunción de constitucionalidad de los actos legislativos. Establece las tres circunstancias en que el control judicial de la constitucionalidad de leyes o actos debe ser más estricto.

Dice la Nota N° 4, en el tercer inciso refiriéndose a los impedimentos de una decisión judicial:

3. 'Ni tampoco debemos indagar si consideraciones similares entran en la revisión de leyes dirigidas a minorías religiosas o raciales, si el perjuicio contra minorías discretas o insulares puede ser una condición

especial que tienen seriamente a limitar la operación de aquellos procesos políticos en los que se confía habitualmente para proteger a minorías y que pueden convocar a una más inquisitiva investigación judicial'.

Este tercer párrafo requiere de un mayor escrutinio judicial cuando se refiere a la protección de las minorías discretas e insulares que se encuentran desprotegidas por el proceso político habitual. La fórmula de Carolene concentra su atención en la debilidad política de las minorías, del perjuicio y discriminación que sufren en una democracia pluralista. Este es un problema que no tiene fin ya que nuevos sectores aparecerán luego que a otros se los repare de su exclusión social. En cada época aparecerán grupos perjudicados que requerirán de la aplicación de los principios de Carolene Products para incorporarse a un proceso pluralista más justo.

En una democracia las minorías son las que han perdido en una confrontación electoral. La democracia es un sistema mayoritario y las minorías son en alguna manera excluidas de la cosa pública, dentro de la alternancia asociada con el sistema democrático pueden ser una mayoría política en el futuro. Pero es un error de ingenuidad imaginar a la democracia como si existiera una mayoría única y bien definida por sobre una minoría constante y coherente. La sociedad política contemporánea incluye una multiplicidad de grupos de interés que representan los intereses de una fracción y que negocian entre sí por ventajas con el poder y para obtener el apoyo mutuo. Si se acepta que la actividad política incluye un conflicto entre distintos grupos es comprensible la preocupación planteada en la nota del caso Carolene a favor de las minorías que tienen dificultades para hacer conocer sus intereses o no pueden asociarse con otros grupos en su defensa. De esta manera estarán fuera del proceso legislativo y por esta razón la protección judicial es una corrección a esta situación y justifica la existencia de un elemento contra mayoritario en el control judicial. La Corte Suprema al intervenir en defensa de este tipo de minorías, produce el resultado que hubiera obtenido si hubieran tenido una posibilidad de participar en el proceso legislativo. Debemos tener en cuenta que las minorías son generalmente antipáticas para las mayorías y para los grupos de interés que influyen en el poder. Porque su influencia está dispersa sin poder concentrarse para influir en temas de gobierno, el caso de las minorías dispersas, o por el contrario si están concentradas en una región o sector social excluido o empobrecido, las minorías insulares. Solo los tribunales podrán rescatarlos de la discriminación.

Bruce Ackerman sugiere que la doctrina de Carolene Products debería dirigir la atención judicial a proteger a grupos o minorías que sean 'anónimas y difusas' que son los que generalmente tienen una seria desventaja en la sociedad pluralista (22). Al ser anónimas no puede atraer la atención de los principales actores en el proceso legislativo, y al ser difusas en el territorio no pueden concentrarse en un proceso electoral o de influencia en la toma de decisiones políticas, ni siquiera en una región. Si un grupo pasa inadvertido para la realidad política su única oportunidad es una demanda judicial. Es el caso de quien sufre las consecuencias de enfrentar a grupos muy poderosos y se encuentra en un mayor grado de indefensión si la minoría a la que pertenece está diseminada en un gran espacio. Una gran empresa estará más fácilmente dispuesta a hacer concesiones a un grupo organizado regionalmente que a grupos dispersos.

Una minoría dispersa y en este sentido la palabra insular puede también significar el de minoría aislada, tendría altos costos económicos y de esfuerzo personal para organizarse. Los costos de transacción serían prohibitivos. Las poblaciones dispersas no pueden organizarse fácilmente para petitionar a las autoridades o para enfrentar a grandes organizaciones. Esta desorganización puede tener consecuencias tributarias, ya que es más sencillo imponer a grupos numerosos y dispersos que a grupos organizados y concentrados. Es con el ejercicio del control judicial que se protege a sectores que están en un estado particular de indefensión. Una minoría concentrada, tendrá bajos costos de transacción y de organización y podrá influir en el sistema político.

El argumento ínsito en Carolene Products es el referido a la participación en el proceso gubernamental. A pesar que no podríamos convencer a cada uno de nuestros legisladores y administradores, podemos insistir que consideren seriamente nuestros reclamos. Analizarlos convenientemente y rechazarlos solamente luego de que decidan que son contrarios al interés público. Si un grupo no logra recibir este tratamiento sufre un perjuicio, existe un daño especial por no ser consideradas las razones sostenidas por este grupo, separadas del análisis general del proceso legislativo. Este es el perjuicio que trata de superar la doctrina de Carolene, sin que al utilizarla los jueces asuman la tarea de prescribir valores sustantivos. Esta doctrina es procesal y no valorativa y es una nueva formulación del principio de igualdad política. Se asocia a los derechos constitucionales de petición a las autoridades y de asociación. Da una solución a los casos en que las minorías no pueden, por razones de hecho o por la preeminencia de grupos más importantes acceder a sus derechos.

Esta teoría del refuerzo de la representación esbozada en la nota N° 4 de Carolene Products le asigna al juez una función para la que está particularmente capacitado. En la medida en que ellos son expertos en las cuestiones procesales, incluyendo en las cuestiones constitucionales y en las que se debaten la regulación económica y políticas públicas. Esta actividad judicial es particularmente importante cuando el proceso político no funciona debidamente para responder a estas demandas.

Es decir, que esto permite nuevas posibilidades discursivas al permitir al juez decidir el caso como segunda opción ya que quién tenía la competencia originalmente no está dispuesto a actuar. Si existe un mandato constitucional precisa como es en este caso la defensa del medio ambiente frente a una contaminación interjurisdiccional masiva, es el juez en él quien debe buscar los medios procesales adecuados para resolver la

cuestión que quedaría pendiente si no fuera por esa alternativa. La acción judicial puede no ser lo mejor posible de la única solución en el caso concreto.

VI. Una teoría de la segunda alternativa

La solución del dilema es que el juez actúe no porque sea quien puede tomar la decisión óptima para resolver el caso, sino porque es el único que puede tomar una decisión y que ésta sea además razonada dentro de un proceso organizado, que incluya una participación activa de todas las partes tanto en la argumentación como el acuerdo final que resuelva el caso. El juez cuando se enfrenta a una cuestión de grave inequidad debe comenzar planteándose la pregunta de si existe alguna institución que pudiera remediar el conflicto de manera óptima. Si descubre que no existe esta institución, o que si existe no está dispuesta a actuar, debe plantearse la segunda cuestión, si los tribunales pueden dar una respuesta razonable al problema aun cuando no fuera la óptima. En estos casos debe estar dispuesto a actuar.

Curiosamente la doctrina que aceptó rápidamente la delegación legislativa en materias que el Congreso tenía dificultad en legislar, por complejidad y rapidez, es lenta en comprender que es una decisión judicial puede ser más eficaz y más cercana a la división de poderes que la efectuada por la administración. Las complejidades del nuevo estado administrativo requieren nuevas aplicaciones de la división de poderes que aseguren el equilibrio de frenos y contrapesos.

La doctrina de la deferencia o de la autolimitación judicial no significa una prohibición categórica contra las decisiones judiciales que supongan la administración de políticas públicas (23), sino la sugestión más leve que el Legislativo y el Ejecutivo serán probablemente más efectivos en desarrollar las metodologías que requiere el análisis de una política pública. Más aún la división de poderes supone la especialización en las funciones y que los jueces no tengan actividades administrativas permanentes (24). Sin embargo, si los poderes políticos no están preparados para actuar la tarea de la aplicación de una política pública imprescindible para el bienestar general como fue en su caso la integración de las escuelas, la reforma del sistema penitenciario y en el tema que nos ocupa la limpieza del Riachuelo, la responsabilidad cae en el poder judicial. No hay razón por la que los tribunales declinen esta función cuando un imperativo ético les impone actuar. Pero al hacerlo los tribunales no se deben utilizar la metodología habitual sino incorporar algunos elementos que el Legislativo o el Ejecutivo debieron haber practicado. Su decisión incluye la capacidad técnica de diferentes instituciones gubernamentales, la competencia de cualquier otro poder del gobierno tenga es irrelevante en este caso porque la actividad judicial proviene de su inacción. El proceso judicial cuenta con muchas fuentes de información diferentes, particularmente la que le proveen las partes y la que puede solicitar a los demás órganos públicos.

VII. La práctica de la administración judicial de conflictos

Pero, ¿es esto democrático? Si, enfáticamente, porque se debate en un proceso amplio donde participan las partes interesadas: afectados por la contaminación, empresas, gobiernos provinciales y el gobierno federal, que permite la exposición de todos los argumentos jurídicos y técnicos así como una descripción ordenada de los hechos. Dentro de este proceso no está excluida la negociación entre las partes para proponer una solución que el tribunal podrá analizar y homologar eventualmente.

El principal desafío de una reforma institucional por vía judicial surgió en el sur de los Estados Unidos con la reforma del sistema penitenciario. Desde la Guerra Civil las prisiones del Sur siguieron lo que se llamaba el modelo de las Plantaciones, es decir un sistema basado en la práctica esclavista que suponía que el sistema debía ser superavitario por el trabajo de los prisioneros. Si bien los pleitos para remediar esta situación comenzaron en 1965 a partir de 1980 los tribunales federales declararon que los sistemas penitenciarios de Mississippi, Florida, Louisiana, y Alabama eran inconstitucionales en todo o en parte y a partir de 1985 algunas prisiones o todo el sistema penitenciario de por lo menos 33 estados habían sido agregados a esa lista. A mediados de los 90 este número había aumentado hasta 48 de los 53 sistemas existentes. Al mismo tiempo los sistemas para contraventores habían sido sometidas a órdenes judiciales que imponían profundas reformas. Estos casos variaban de su extensión, muchos incluían institutos individuales aunque otros se referían a todo el sistema penitenciario de un estado (25).

Las condiciones establecidas en la Constitución (26) de Estados Unidos afectaron virtualmente cada faceta de la administración y vida en las cárceles. El efecto acumulado fue que los tribunales federales desarrollaron código amplio de la administración penitenciaria, que incluían temas tan variados como lugares de residencia, sistemas sanitarios alimentación, vestimenta, cuidados médicos, disciplina, trabajo y educación.

Sin duda esta exitosa defensa de los derechos constitucionales supuso una importante innovación frente a las doctrinas tradicionales del formalismo jurídico que supone la función judicial como limitada a una interpretación de normas preexistentes. En realidad simplemente este tipo de decisiones dejaron a la vista las limitaciones de una ficción tradicional, ya que los jueces siempre crean derecho (27). La aplicación de una norma constitucional por la Corte Suprema, o por cualquier tribunal, supone luego de la interpretación la creación de una norma individual. De esta manera, la función judicial, de la misma manera que la legislativa, es al mismo tiempo creación y aplicación de derecho. Las normas son únicamente (28) productos semielaborados, cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la ejecución de ésta. La función del juez frente a la norma

constitucional no tiene un carácter declarativo, el tribunal no se limita a formular el derecho ya existente. Tanto al establecer la presencia de los supuestos de la norma constitucional en el caso concreto como al estipular la sanción, la decisión judicial tiene un carácter constitutivo. Si bien es cierto que en la sentencia se aplica una norma preexistente que enlaza determinada consecuencia a ciertas condiciones. Pero la existencia de las condiciones concretas, en relación con la consecuencia establecida o presumida, es determinada inicialmente en cada caso por la resolución del tribunal. La norma individual de la decisión judicial representa la transformación y concretización necesaria de la norma general y abstracta (29).

En los casos de las prisiones los tribunales no intimaron al Legislativo o al Ejecutivo a que tomaran decisiones para mejorar una situación que contrariaba el mandato constitucional. Simplemente actuaron cuando ninguno de los otros poderes estaba dispuesto a actuar. Los jueces en estos casos reconocieron que no eran los decisores óptimos en el caso y que otras instituciones se encontraban en una mejor posición para llevar adelante una política pública al respecto. Sin embargo, vieron que los otros poderes no actuaban y que no estaban dispuestos a actuar. Observaron que no existe una relación simple entre las instituciones y los mecanismos en la toma de decisiones. El estilo de los tribunales es pragmático, cauteloso e instado por una pretensión de parte. Existe un problema sin resolver porque una parte insta el proceso. Asimismo cuando los tribunales actúan lo hacen cautelosamente siguiendo la bilateralidad del proceso, la información que reciben la proveen las partes y es controlada por los contendientes en el proceso. Reciben información de los 'amicus curiae' y solicitan el dictamen de expertos. Designaron 'masters' que podríamos traducir como 'interventores judiciales' que controlaron el cumplimiento de las órdenes judiciales y al mismo tiempo conciliaron acuerdos entre las partes.

Esto no quiere decir que los jueces sean los mejores conductores de políticas públicas, existen múltiples ejemplos de jueces que deciden necesidades. Pero en los casos de grave inacción del Ejecutivo y el Legislativo, el Poder Judicial debe actuar para cumplir con el mandato constitucional.

VIII. Los procesos colectivos y las acciones de clase

Este fallo de la Corte Suprema ha incorporado la doctrina de las "acciones de clase" como procedimiento adecuado para los casos que afectan "derechos de incidencia colectiva" en los términos del artículo 43 de la Constitución, entre los que se encuentra la protección al ambiente. La Corte decidió la acumulación de procesos referidos a la misma clase diciendo:

22) Que, por último, las altas razones en que hacen pie las decisiones precedentes deben ser complementadas instrumentalmente, ordenando la acumulación de todos los litigios relativos a la ejecución del plan por ante el juez encargado de la ejecución, y declarando que este proceso produce litispendencia respecto de las demás acciones colectivas que tengan por objeto una controversia sobre el mismo bien jurídico, aun cuando sean diferentes el legitimado activo y la causa petendi.

Las acciones de clase son procesos colectivos en los cuales se agrupan todas las partes en casos que por complejidad en la prueba o altos costos no admiten una acción individual. Permiten que causas que aún con pretensiones individuales muy pequeñas que no puedan plantearse individualmente se resuelvan en un solo juicio. El derecho es producto de un diálogo entre partes en lo que la defensa de los intereses particulares puede obtener el interés general. Así, los abogados en el caso Mendoza buscaban mejorar los intereses de sus clientes e impulsan la limpieza del Riachuelo que mejora la vida de los habitantes de la región. El debate judicial limita la discrecionalidad gubernamental a favor de decisiones razonables.

Una "acción de clase" es fundamentalmente la consolidación de diferentes pleitos relacionados en uno. No todos los casos pueden transformarse en acciones de clase, solo una minoría de ellos pueden ser certificados como perteneciendo a una misma clase. Sin embargo si existe un número importante de actores o lo que es menos habitual de demandados, con cuestiones similares para resolver en un pleito el juez puede permitirles integrarse dentro de una clase. Se transforma esta acción en una alternativa eficiente a muchos juicios individuales, se concentran cientos o aun miles de demandas en un solo juicio, de esta manera que puedan afrontar los costos del proceso. Al mismo tiempo el demandado tiene la posibilidad de saber la extensión de los costos de la decisión ya que al estar concentrada permite saber los límites de una conciliación o de una sentencia. Cuando existen muchos pleitos individuales la incertidumbre es mucho mayor. Para la administración de justicia la acción de clase evita que se bloqueen los juzgados con demandas similares y con la posibilidad de resultados diferentes, introduciendo de este modo una sensible mejora en el nivel de seguridad jurídica. El fracaso de los litis consorcio es lo que lleva a explicar la existencia de las acciones de clase (30).

IX. ¿Un nuevo caso Siri?

La Corte Suprema ha actuado en defensa de los derechos constitucionales de incidencia colectiva, al hacerlo ha seguido una tradición de actividad frente a la inacción del legislador. La solución de este caso continúa en la tradición del fallo Angel Siri de 1957 (LA LEY, 89-531) por el cual se estableció la acción de amparo cuando no existía legislación al respecto. El amparo ha sido el proceso judicial que ha permitido la defensa amplia de los derechos constitucionales, creo que en este caso Mendoza al establecer la defensa de los derechos de incidencia colectiva se inicia un proceso tan fructífero como aquél.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo).

(2) Fallos, 31:273 Saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires, sobre indemnización de daños y perjuicios", sentencia del 14 de mayo de 1887 —La Ley online—. En el caso los saladeristas demandan a la provincia de Buenos Aires por daños y perjuicios producidos por la suspensión de las faenas de los saladeros situados en el Riachuelo.

(3) La expresión 'acción de clase normativa' no pretende una categorización formal sino simplemente diferenciarla de las acciones de clase que requieren además de la reparación futura del daño el resarcimiento de los daños pasados. Es 'normativa' porque busca la determinación de una regla jurídica que resuelva el caso.

(4) Cf. Párrafo 15 en los considerandos.

(5) SANDER, Ross & SCHOENBROD, David, "Democracy by Decree: What Happens when Courts Run Government" (2003).

(6) Cf. SANDER & SCHOENBROD op. cit.

(7) Cf. Caso "Local Number 93, Int'l Ass'n of Firefighters v. City of Cleveland", 478 U.S. 501, 525 (1986).

(8) Cf. Caso "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus". Fallos 328:1146 (LA LEY, 2005-C, 276). 'Debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen juris específico de la acción intentada, conforme lo sostenido en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad.'

(9) "Owen M. Fiss, Foreword: The Forms of Justice", 93 Harv. L. Rev. 1 (1979).

(10) En la expresión utilizada por Dworkin, es 'policy making' la he traducido como 'decisión política', aunque también se utiliza la expresión "políticas públicas". Cf. DWORKIN, Ronald, "Hard Cases", 88 Harv. L. Rev. 1057, 1067-73 (1975).

(11) Cf. BICKEL, Alexander, "The least dangerous Branch". 1962. CHOPER, Jesse H., "Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Supreme Court", 1980, que compara al proceso judicial con el proceso político; JOHN HART ELY, "Democracy and Distrust" 1980. Quisiera humildemente agregar mi Control Judicial de Constitucionalidad, 2ª ed. Lexis Nexos, aunque este libro se asocia a lo que podría llamarse 'nuevo proceso legal' que incluye la incorporación del análisis económico del derecho.

(12) Me refiero al positivismo del fines del siglo XIX, que influyó en la escuela exegética en Europa y en los Estados Unidos en la visión del decano de Harvard Christopher Langdell.

(13) La escuela realista tuvo una gran predicamento hasta los años '40 en los Estados Unidos y más tardíamente en nuestro país. Cf. FRANK, Jerome, "Law and the Modern Mind", 1930, entre nosotros CUETO RÚA, Julio Cesar, "Una Visión Realista del Derecho", Abeledo Perrot. Buenos Aires 2000, y "Judicial Methods of Interpretation of the Law", Louisiana State University, 1981.

(14) Para un análisis general del tema ver SOLA, Juan Vicente, "Constitución y Economía", Lexis Nexis, Bs. As. 2004.

(15) ESKRIDGE, Jr., William N., "Politics without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation", 74 Va. L. Rev. 275 (1988).

(16) Cf. POSNER, Richard, "What do judges maximize?" en "Overcoming Law". Harvard University Press, p. 109.

(17) Para un análisis amplio del tema ver HABERMAS, Jurgen, "Between facts and Norms". MIT Press. Cap. 6. En un sentido similar SOLA, Juan Vicente, "Control Judicial de Constitucionalidad", Cap. 3 y ss.

(18) Cf. "Brown v. Board of Education of Topeka", Kansas. 347 U.S. 483 (1954) (La Ley Online).

(19) Cf. POSNER, Richard, "What do judges maximize?", op. cit.

(20) Cf. FEELEY, Malcolm M. & VAN SWEARINGEN, "The prison conditions cases and the bureaucratization of american corrections: influences, impacts and implications." Pace Law Review, Spring

2004, 24 PACELR 433.

(21) Cf. 304 U.S. 144, (1938). Para un análisis del caso ver SOLA, Juan Vicente, "Control Judicial de Constitucionalidad", 2ª ed. Buenos Aires, Lexis Nexis 2006.

(22) ACKERMAN, Bruce, 'Beyond Carolene Products' Harvard Law Review, vol. 98, 1985, p. 713.

(23) La expresión en inglés es 'judicial policy making'.

(24) A pesar de ello los jueces administran sus secretarías y la justicia electoral cumple con amplias funciones para la organización y desarrollo de los comicios.

(25) Cf. FEELEY, Malcolm M. & VAN SWEARINGEN, op. cit. 'The prison conditions cases and the bureaucratization of american corrections: influences, impacts and implications.'

(26) Ver la octava enmienda, que dice "No se exigirá fianza excesiva, ni se impondrán multas desmesuradas ni se infligirán castigos crueles o inusuales."

(27) Para una referencia más amplia de la transformación de la norma general en norma individual, ver KELSEN, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado", Imprenta Universitaria, Méjico, 1958, ps. 127-128. Para su aplicación al derecho constitucional argentino ver Juan Vicente Sola. Control Judicial de Constitucionalidad. Lexis Nexis. 2006.

(28) KELSEN, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado", p. 159.

(29) Cf. SOLA, Juan Vicente, "Derecho Constitucional" Lexis Nexis. 2007. Cap. La Supremacía constitucional.

(30) Para la aplicación de las acciones de clase al derecho argentino ver SOLA, Juan Vicente, "La Constitución y las acciones de clase", publicado originalmente en Jurisprudencia Argentina. Consultar en www.estudiosola.com. También proyecto de ley de acciones de clase del Diputado Juan Manuel Urtubey y otros.