

LO MANDAMENTAL¹

por Jorge W. Peyrano

Si algo caracteriza a la decisión judicial es que pretende contener una resolución justa que sirva de modelo para decisiones futuras. Ahora bien: ¿puede funcionar de “modelo” un mandato judicial que no es acatado, fiel y oportunamente, por su destinatario?

Sucede que en la hora actual y aquí, lamentablemente proliferan los casos -algunos provenientes de los más empinados niveles jurisdiccionales- en los cuales lo que se declara en sede judicial no se traduce pronta y cabalmente en la realidad fáctica. El panorama es casi desolador y abarca toda la gama de resoluciones judiciales imaginables: sentencias definitivas de todas las instancias, interlocutorias de toda laya y hasta mandatos de escasa entidad (cuales son los de mero trámite), no escapan a tan perniciosa práctica. Dicha praxis bochornosa se registra inclusive en ámbitos como el del Derecho de Familia² o el Ambiental³, donde la eficiencia jurisdiccional más que deseable es insoslayable.

Sabido es que nuestro país se caracteriza, lamentablemente, por el creciente número de resoluciones judiciales desobedecidas. Pensamos que, en alguna medida, ello responde no sólo a nuestra idiosincrasia sino también a la inexistencia de instituciones, como la angloamericana del *contempt of court* ⁴, que repriman severa y prontamente las desobediencias a mandatos judiciales. Los alcances del desacato civil y del desacato criminal⁵ estadounidenses constituyen

¹ Publicado en el Boletín Diario del 20.5.20, de la ed. Rubinzal Culzoni. Cita online: RC D 1819/2020

² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Efectividad de las sentencias judiciales*, Ponencia presentada al XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, Mar del Plata 2012, *passim*.

³ MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan, *Del mito del proceso ordinario a las tutelas diferenciadas. Apuntes iniciales*, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, t. IV, p. 166.

⁴ MOLINA PASQUEL, Roberto, *Naturaleza del contempt of court* en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, N° 9, p. 41 y siguientes.

⁵ PEYRANO, Jorge W., *Medida cautelar innovativa*, Buenos Aires 1981, Editorial Depalma, p.116. “Tampoco se crea que habrá desacato criminal o civil según se atente contra la dignidad de un juez de uno u otro fuero”. Ciertamente, el distingo obedece a otras razones.

factores determinantes de que el *contempt power* sea una de las razones principales del respeto logrado por la judicatura estadounidense. Con su auxilio, el magistrado civil estadounidense puede llegar a imponer sanciones restrictivas de libertad personal a quienes han incurrido en desobediencia o menosprecio a autoridades judiciales. Compárese ello con las menguadas facultades del juez civil nativo que ante la sedicente actitud de un desobediente insolvente (y al que, por ende, no se le pueden aplicar astreintes o multas eficazmente) sólo puede girar las actuaciones a la justicia penal que, seguramente, se desentenderá del tema por considerarlo menor y encontrarse acuciado por cuestiones que considera más atendibles. Cabe recordar que “En nuestro país la prisión por deudas, reglamentada por la ley nacional 50 del año 1863 (arts. 322 a 325) y que rigiera por un breve lapso conjuntamente con el Código Civil (ley 340 art. 1 vigente a partir del 1 de enero de 1871), fue suprimida por la ley 514 de 1872. A partir de allí la persecución al deudor se limita al campo estrictamente patrimonial; y aun dentro de éste la requisitoria del acreedor encuentra plausibles límites”⁶.

Sucede que el gran número de resoluciones judiciales no cumplidas espontáneamente ha derivado en que en nuestro medio los tribunales recurran, exageradamente, a las llamadas “ejecuciones sustitutivas”, es decir, por tercero o compensatoria de daños y perjuicios. Ya hemos tenido oportunidad de señalar que “los magistrados en lo civil se han orientado -en demasía, creemos- a no ensuciarse las manos con las derivaciones de las ejecuciones judiciales. Por ello es que prefieren recurrir a las ejecuciones sustitutivas “por terceros” o “por daños y perjuicios”⁷. Se ha dicho que tal posición

⁶ BUERES, Alberto y otros autores *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires 1998, Editorial Hammurabi, t. 2-A, p. 62.

⁷ PEYRANO, Jorge W., “La ejecución de resoluciones judiciales *por mano* del juez”, en *La Ley*, boletín del 12 de marzo de 2013.

resulta congruente con el ideario decimonónico que experimentaba horror hacia la coercibilidad de las obligaciones de hacer impuestas judicialmente. Empero, tal mentalidad conspira contra una adecuada protección de ciertos derechos (los de la tercera generación) que hoy se ponderan como significativamente valiosos⁸. Es subrayable que dicha tendencia de los magistrados civiles nativos parece perder de vista que ambos tipos de sustituciones ejecutorias demandan trámites extendidos e incrementan los costos del proceso respectivo⁹.

Insistimos en que el pensamiento procesal liberal clásico no tenía especial interés en conseguir la ejecución in natura o específica de las condenas judiciales, contentándose con ejecuciones sustitutivas (por otro o por dinero) de las obligaciones de hacer o de no hacer. Tal posición resulta congruente con el ideario decimonónico que experimentaba horror hacia la coercibilidad de las obligaciones de hacer impuestas judicialmente. Empero, tal mentalidad conspira contra una adecuada protección de ciertos derechos que hoy se ponderan como significativamente valiosos.

Así es que han aparecido las decisiones de acatamiento necesario que son aquellas en las que se encuentran involucrados intereses no sólo de las partes intervinientes, sino, también del interés general. Veamos un ejemplo. Ante la falta de cumplimiento espontáneo de una empresa a la que se le ha ordenado que cese de usar un combustible contaminante (el coque, por ejemplo), abastecería adecuadamente el Servicio de Justicia la aplicación de astreintes o la concesión de daños y perjuicios sustitutiva, ¿o más bien correspondería la clausura de la

⁸ MONROY PALACIOS, Juan, *“Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada”*, en *“La formación del proceso civil peruano”*, Lima 2004, Editorial Palestra, página 803: “Incoercibilidad del hacer. Si bien este rasgo va a ser materia de un desarrollo posterior, quede ahora expresado que tal característica citada se refiere a las severas limitaciones que tiene el juez civil en un sistema liberal respecto de poder ejecutar una sentencia firme cuando ésta contiene una prestación de hacer o de no hacer. Precisamente el privilegio absoluto que se le concede a la libertad individual y a la autonomía de la voluntad -inclusive muy por encima de la igualdad-, determina la prohibición al juez de poder ejecutar sus decisiones en sus propios términos cuando éstas contienen prestaciones de hacer o de no hacer”

⁹ PEYRANO, Jorge W., vide trabajo citado en nota 6.

planta industrial en cuestión hasta tanto se erradique el factor de polución? Ya existen ordenamientos procesales que han incorporados textos tendientes a contemplar la problemática de los derechos que exigen una tutela inclinada a favorecer la ejecución in natura de lo ordenado judicialmente. Así el art. 265 del Proyecto del Poder Ejecutivo (años 2017/2019) de un nuevo Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe reza lo siguiente: "...tratándose de obligaciones de hacer o de no hacer cuyo cumplimiento interesan a la tutela del medio ambiente, la preservación de la calidad de vida o la salud pública como tribunal interviniente deberá agotar el uso de los recursos a su alcance para obtener la satisfacción en especie de lo debido".

Resulta ser que algo falta hoy, en la panoplia de herramientas del juez local. ¿Qué? Pues la sentencia mandamental que contribuye a la fiel observancia de lo ordenado en resoluciones de acatamiento necesarios. Falta, efectivamente, que en Argentina se acepte e instrumente a la categoría de la sentencia o tutela mandamental del proceso brasileño. Dicha categoría fue creada por Kuttner en 1914¹⁰, mediante la cual "no se condena" sino que "se ordena". Su cumplimiento es "manu militari", de manera inmediata y bajo prevenciones penales y la aplicación de sanciones graves. La tutela mandamental actúa sobre la voluntad del destinatario y no sobre su patrimonio. La aceptación de dicha nueva categoría posibilita una mejor defensa de los llamados "nuevos derechos" que no admiten su sustitución por condenas indemnizatorias ya que exigen su realización "en especie". Una muestra de decisión mandamental podría estar constituida por la sentencia que corona un proceso de restitución internacional de menor sustraído y sujeto a las reglas del correspondiente Convenio Internacional de La Haya.

¹⁰ GUIMARAES RIBEIRO, Darcí, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, Barcelona 2004, Editorial Bosch, p. 26.

La resolución o sentencia mandamental es un instituto desarrollado y aplicado exitosamente en Brasil¹¹ que bien podría ser adaptado debidamente para insuflarle mayor eficiencia al proceso civil argentino. Generado para favorecer el cumplimiento efectivo de resoluciones de acatamiento necesarias que no admiten su reemplazo adecuado por ejecuciones sustitutivas, su introducción en nuestro medio posibilitaría, sin duda, que la labor judicial fuera objeto de una mirada más respetuosa y atenta. No sólo eso: permitiría visualizar al mecanismo procesal como dotado de suficiente “poder de fuego” para convencer a los justiciables de que más les conviene dar cabal satisfacción a lo ordenado por los estrados judiciales.

¹¹ MARINONI, Luiz, *Tutela inibitoria*, edit. Marcial Pons, passim