

EL RESPETO A LA JUSTICIA * LAS "ASTREINTES" **

Por

CARLOS A. AYARRAGABAY
Profesor Titular de Derecho Procesal II

I. — LA JUSTICIA. RAZÓN DE SU EXISTENCIA.

La justicia es, en el orden de la organización de las naciones civilizadas, galardón y garantía, pues, sin ella, no cabe paz ni provecho al ciudadano. Es la prescindencia de la justicia, ostentosa expresión de barbarie y retroceso a tiempos de salvajismo, cuando se cultivaba la fuerza como razón de la propia conducta y de sometimiento de la parte contraria. La justicia no nace de la imposición de su pretensión por el más fuerte o aprovechado, de donde se rechaza en los países adelantados la autojusticia; se propende a la autocomposición o a la intervención del tribunal, paladium de la libertad y refugio de los ciudadanos contra los desmanes de los particulares y del Estado. Se admite en una organización sustentada en la legalidad que, mediante la autocomposición, se prescindiera de la justicia estatal, ya que el particular puede omitir llevar sus pretensiones a la justicia; ello lo admite el Estado siempre que no se afecten derechos indisponi-

* Esta monografía fue preparada para Lecciones y Ejercicios y entregada el 2 de mayo de 1961. Posteriormente la inserté como nota a una sentencia, "Jurisprudencia Argentina". La redacción aquí publicada es la única que reconocemos. CARLOS A. AYARRAGABAY.

** Bibliografía: GAZDAROV ET CIZAN-BAU, t. 4, n.º 8 y 1. — FÉLIXVILLER, *Le seul pratique de l'astreinte*, J. C. P., 1931, t. 910. — J. KATZNER, *L'Évolution des condamnations au paiement d'une astreinte*, D. 1931, Chron. 37. — LACOMBE-LACOMTE, *Exposé théorique des lois d'astreinte*, 3e ed. — DALLON, *Répertoire*, t. I, 1933, p. 287 Proc. — DALLON, *Répertoire*, t. I, 1931, Droit Civil. — DESSEZANGES, t. 4, n.º 498. — LAURENT, t. 14, n.º 301. — MONTEAU, *Procédure*, 1932, p. 399. — *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1933, t. 31, p. 210. — SANCY, *Droit civil Argentin (Obligations)*, 1932, p. 262. — GONZALEZ, *De las Obligaciones en General*, 1930, p. 451. — ESMAN, *L'origine et le butique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, en R. T. D. C., 1933, 3 y ss. — "Jur. Arg.", t. 4, p. 214; id., 1942-III-40, 46-541; 1943-IV p. 9. — ALBERTO, 1.º ed., pp. 49 b, 116 c, 119 b y 222c. — JORDÁ, t. 3, p. 323. — LAFERRÈRE, *Obligaciones*, I, 186 y Ferrás, t. I, n.º 149, Ed. Ediar. — PLANON, *Droit Civil*, t. III, 310. — HUGO, VII, 138 y 143. — "La Ley", 3 oct. 1960, C. N. Civ., Sala "E".

bles. No es, entonces la Justicia, medio único de asustar los litigios. Pero cuando se recurre a ella no cabe admitir desmanes y desconocimientos de la autoridad cuyo amparo se busca. Afortunadamente los compromisos civiles y familiares se cumplen espontáneamente, por respeto a las leyes y sacrificio social del ser humano, y es, además, la justicia freno a los desbordes de los otros poderes.

Someterse a la justicia en las acciones indisponibles es un deber, pues la vida en sociedad importa sacrificios, de los cuales nadie puede prescindir. La autojusticia es solución unilateral y muestra evidente de la carencia de espíritu de solidaridad social. La autocomposición es la comprensión de propósitos antilitigiosos.

~~...agregada... tiempos normales... forrada... tiempos anormales...~~
Si a ésta se la respeta en tiempos normales en razón de la creencia evangélica que supone es preferible y conveniente su simplicidad a la complejidad, demora y a veces inútil intervención judicial. Cuando así se renuncia, se está demostrando que el país padece de prostración institucional. No admitiremos jamás que en una Nación pueda el particular estar impedido de administrarse justicia y que el Estado deje de administrarla. Para ello es forzoso que el Poder judicial, provocado para otorgar la consagración de la norma objetiva para satisfacer el derecho individual, deje de administrar justicia o que posteriormente quepan dilaciones para el cumplimiento de lo resuelto. Cuando así sucede, el Estado está protegiendo la evasión de la jurisdicción y premiando la justicia conseguida por mano propia. El Estado debe tener remedios contra la debilidad física de la magistratura, pues la misma no se paga con estar abroquelada con la fuerza de su autoridad: esta debilidad es su mayor gloria. Si se la desconoce, es prueba que se ha perdido el respeto a las jerarquías, y ello sucede cuando vivimos tiempos procelosos de publicismo y de paternalismo demagógico. La justicia constitucional es la que se otorga a quienes recurren a los estrados de la justicia para consagrar sus derechos, garantías y libertades que les acuerda su Carta magna. Si ello no sucede, quiere decir que estamos viviendo bajo la sombra de un monstruo legal, para asustar a los que la sufren. Es por ello el proceso, para nosotros, asunto de educación y de conducta, y los magistrados paradigmas del poder. No son los magistrados hombres que juegan a la justicia; son el símbolo del poderío, reglamentado y en los límites de la ley, para proteger los derechos desconocidos por los enemigos de la civilidad. De ahí que contra ellos jueguen las fuerzas de la disolución y sufran las acechanzas doctrinarias y los males de las tendencias que propician los procesos fuertes y dirigidos. Mas, de ahí, quitarles la autoridad para hacer valer sus decisiones, hay un abismo.

Cuando examinamos el sistema legal de la Argentina, com-

prendemos que tenemos la organización política y jurídica que nos merecemos. Con razón, frente a este estado de cosas, Carnelutti ha dicho que nadie se toma la justicia por la mano, y nadie, agregamos, satisface sus propias razones con las medidas que estima necesarias. A nadie le está dado administrarse justicia por sí mismo, porque la organización de la justicia en cualquier país tiene justamente por objeto la supresión de la autojusticia. La autodefensa es casi un recuerdo histórico y está a punto de jubilarse, gastada en su afortunada decadencia. Para que ello sea una realidad, basta que la Justicia se organice con eficiencia para su autoridad. La autojusticia importa consagrar que una parte, sin contender, impone su voluntad, sin formas, sin juez. Es la ley de la selva. Si ello cundiera, estaríamos frente a la quiebra del Estado. El más fuerte no puede tener siempre razón, ni lograrla, y menos con torpeza de conducta.

El Estado ejerce la función de administrar justicia mediante sus órganos oficiales, en el proceso. La actividad que desempeñan estos supremos servidores públicos se sustenta en el sistema dicho de legalidad, es decir en la existencia de normas preestablecidas para los conflictos de la vida, y cuando ello no sucede impera el sistema opuesto de la formulación legal del caso particular (sistema inglés). De donde el sistema de la legalidad se sustenta en la coacción, porque la ley es imperativa y vinculatoria. Sin embargo, afirmamos que cabe la existencia de litigios en caso de duda acerca del alcance de las pretensiones o de la interpretación de la norma misma. Mas como la garantía jurisdiccional es la de declarar la certeza del precepto y, declarado, condenar, tenemos un punto de partida esencial que no podemos desconocer. Antes del juicio cabe el incumplimiento de las normas; dado el pronunciamiento por la justicia no caben dudas. La conducta negativa de no acatar la ley cede ante la imposición del pronunciamiento judicial, y es deber de todo ciudadano el rendirse a la voz de la magistratura. Si antes del litigio hay un obligado, después del fallo judicial hay un sujeto. Esta es la razón por la cual se afirma que el Estado no se limita a establecer el derecho, sino que garante su cumplimiento, y éste es el contenido íntimo de la función jurisdiccional. Si las declaraciones y los actos de voluntad del magistrado en ejercicio de sus actividades oficiales no fueran así, nadie iría a la justicia, que resultaría tan fiera como león enjaulado. No hay convivencia humana sin la coercibilidad. Así desde el Paraíso. La resistencia a la justicia es cuestión de educación y de sentimientos, y como la humanidad no ha llegado y no llegará a semejante estación de perfección, el Estado, que se ha hecho cargo de la función jurisdiccional, tiene el atributo irrenunciable de dar justicia y hacerla valer y cumplir.

Sin embargo las cosas no suceden así, y es frecuente ver el menoscabo y sufrimiento de los organismos judiciales frente al particular. Con razón Couture, en una de sus expresiones más ventuales, ha dicho que el demandado vencido no puede sino en su conducta convertir su derrota en una victoria. El ejercicio de la jurisdicción debe tener el amparo de la ejecución de sus decisiones y de la realización de sus órdenes y mandatos. Si así no fuera más valiera cerrar el Palacio de Justicia y facilitar la actividad de los malhechores, malandrines y filibusteros indeseables que ambulan por el mundo.

II. — LA COACCIÓN Y SUS ASPECTOS NEGATIVOS.

Si al violarse el derecho objetivo, se viola el derecho subjetivo amparado por aquél, el Estado, al aplicar el derecho objetivo, garantiza el derecho subjetivo; mediante la fuerza del Estado que éste se protege, y no es el individuo quien busca la protección de su derecho con su fuerza privada. La coacción ofrece, de consiguiente, diversas modalidades y gradaciones para llegar a lograr su finalidad, que es el respeto a la ley y a las decisiones judiciales. Así desde la presión psicológica con la coacción civil, o con detenciones; multas; refinamientos apropiados (suspensión del derecho de visita a los padres que abandonan la obligación alimentaria para con sus hijos; prisión para los que no cumplen con sus deberes de asistencia familiar; detención por el término de tres a seis meses cuando media connivencia del tercer opositor con el ejecutado —art. 534 Cód. Pto.—; expulsión del grupo social; excomunión en ciertas comunidades teocráticas; *astreintes*; padecimientos corporales, o sea el *contempt of court*; etc.). O mediante la satisfacción directa y en especie de la condena (coacción contra la cosa o su equivalente, aun contra la voluntad del obligado o sujeto a la orden judicial). Y también mediante la aplicación de prácticas alictivas consistentes en penas, o sanciones penales (ley federal suiza que considera el incumplimiento de las sentencias como fraude penal, sin perjuicio del resarcimiento de los daños y perjuicios). Siempre han existido estas gomas o multiplicidad coactivas. Entre los romanos la venta del deudor judicial tras el Tiber, y con respecto a los inquilinos pobres que debían pagar elevados alquileres que sólo les permitían tomar en arriendo pisos altos, a los cuales se tenía acceso por escaleras portátiles, si no pagaban los alquileres, los propietarios les sacaban la escalera y quedaban así encerrados en su pichonera, procedimiento coactivo que se llamaba *percludere inquilinorum*. En la Iglesia católica los cardenales quedaban reclusos a pan y agua mientras no elegían Papa, a cuya pena las leyes españolas de la antigüedad sometían a los peritos que no dicta-

minaban o se negaban a dictaminar; y hoy existe la supresión de los alimentos a la esposa que se niega a cohabitar con su marido (53 L.M.C.) y a los hijos que se retiran sin licencia de la casa paterna (art. 373 del C. C.). Siempre hay coacción, si se olvida la conducta que debe guardarse en el caso. El propio Código de Procedimientos tiene una norma, poco usada (art. 53), la cual dispone que los jueces tienen el deber de mantener el decoro y buen orden en los juicios mediante correcciones disciplinarias a los litigantes, abogados y funcionarios que intervienen en los mismos, por las faltas que cometieren, ya sea contra su dignidad en las audiencias o alegatos, ya sea contra su autoridad, obstruyendo el curso de la justicia en daño de las partes. Y esa pauta se complementa con el artículo 53, que dispone cuáles serán esas penas disciplinarias: apercibimiento; represión; multa hasta de cinco mil pesos (de antigua moneda) o detención hasta de diez días en caso de no ser satisfecha; suspensión por un término que no podrá pasar de un mes. Estos preceptos han sido sustituidos por el decreto ley 1285/58, el cual dice, en su artículo 18, que los tribunales colegiados y jueces podrán imponer arresto personal hasta de quince días. Vemos que el máximo de la pena ha disminuído. Se observa un notable rebajamiento acerca del concepto del juzgamiento disciplinario acordado a los jueces. Los seis meses, por la confabulación del tercerista, y las medidas disciplinarias de suspensión de un mes, se truncan en detención por hasta quince días.

Es interesante entonces determinar hasta cuando cabe aplicar sanciones disciplinarias a las personas individualizadas en la norma mencionada del decreto ley 1285/58. La competencia del juez concluye con la firma de la sentencia, o sea con la publicación de la sentencia (art. 222 del Cód. de Ptos.) y no como lo asienta Alsina con la notificación consiguiente, como lo hemos demostrado en un artículo que insertamos en el libro de que somos autores llamado *Cuestiones y Ensayos de Derecho Procesal (en prensa)*. A partir de ese momento no caben sanciones disciplinarias contra el litigante. Durante la etapa de la ejecución de la sentencia el deber de colaboración del litigante no existe ni está consagrado en la doctrina y legislación. Su deber de colaboración concluye con el aporte que haga de sus afirmaciones y prueba en la estación oportuna. De donde, al parecer, el tribunal quedaría sin apoyo, de negársele asistencia por el litigante o el Estado, para ejecutar sus resoluciones e imponerlas. Se convertiría la administración de justicia en pura y abstracta manifestación jurisdiccional, carente de significación y trascendencia. Esto es incomprensible y sólo demostraría que algo no funcionaría en la casa de la Justicia.

El primer actor para desprestigiar y volver ineficaz las reso-

luciones judiciales, y cuyo ejemplo incide con prestigiosa prestancia, es la conducta de los poderes ejecutivo y legislativo. En los últimos años hemos visto producirse la hecatombe de la autoridad y del respeto debido al tribunal, por la acción destructora de los poderes ejecutivo y legislativo. El poder ejecutivo hizo de la política de no cumplir determinados fallos judiciales un lema que manejó como factor demagógico, y proclamándolo sin enfado por doquier. No ayudaba a cumplir las sentencias, al negarse al juez el auxilio de la fuerza pública. Y la bafa llegó a tal grado, que en un caso en que nos tocó hacer efectivo un lapzamiento ordenado, el oficial de justicia se negó a amparar la orden judicial y nos manifestó que había venido para proteger nuestra integridad física y nada más. Simultáneamente, el Gobernador de la provincia de Buenos Aires, en un acto público, expresaba que, con ley o sin ella, con razón o sin ella, no habría desalcejos en la provincia bajo su mando. Como si nada sucediera con esto, el Congreso de la Nación sancionaba la ley 13.887, en la cual en su artículo 5º ordenaba que toda sentencia dada por los organismos provinciales debía someterse, una vez firme y con la autoridad de cosa juzgada, al examen de la Cámara Central de Arrendamientos, donde llegaba la causa para dormir el sueño de los justos; y esto lo amparaban los propios jueces locales menoscabados, la autoridad provincial y el Poder Ejecutivo nacional, el cual se arrogaba jerarquía y superintendencia sobre los dichos integrantes de los organismos paritarios mencionados. Así se violaba la Constitución y la doctrina de la Corte Suprema, dada de tiempo inmemorial, por la cual se declara que la cosa juzgada es un derecho de propiedad que goza de la garantía constitucional consiguiente, contra la cual nada puede el orden público legal. Esa ley 13.887 sigue vigente, y fue además consagrada su bárbara expresión con la sanción de la ley 14.434 apenas instituido el régimen de la legalidad con las elecciones del 23 de febrero de 1958. No surte efecto, sin embargo, en estos momentos esa herejía, pues, el poder judicial bonaerense se niega a remitir las causas en que ha entendido, por la reivindicación que ha hecho de sus facultades jurisdiccionales. El decreto-ley 2188/58 estatuyó en menosprecio de la cosa juzgada. El régimen de los alquileres urbanos ha sufrido los más rudos castigos. Sobre el particular, apenas la Corte Suprema en el caso Arias proclamó la inconstitucionalidad de los organismos agrarios, el Congreso se apresuró a dictar una ley —la 15.720— para contrarrestar la eficacia del pronunciamiento, y no ha derogado la misma como correspondía, después del fallo del más alto tribunal dado en el caso Oberti. Se esgrimen contra la prestancia del poder judicial razones supremas de orden público y de la alteración de la paz social. No hay tal, y una simple estadística probaría la inexactitud del argumento.

Por la fuerza pública sólo hubo desalojos en los campos argentinos en alrededor de trescientos casos en el plazo de trece años. La Corte Suprema, en los supuestos de pedidos de desalojo, ya no aprecia las condiciones del ejercicio de la acción en el momento de su interposición, sino que durante el trámite de la instancia están alertas para recibir con los brazos abiertos a las leyes de emergencia que modifican sus presupuestos y que se dictan por el Congreso. En el parlamento se estudia en estos momentos una nueva ley para salvar de la azfía a las Cámaras Paritarias de Arrendamientos. Las mismas no pueden tener más que una competencia: la que las partes les quieran acordar. En otras jurisdicciones se modifican los Códigos fiscales anualmente, para amoldarlos a nuevas circunstancias que soslayan las interpretaciones y objeciones de la jurisprudencia.

Ya muchos años atrás indicamos en nuestro libro *Introducción a la Ejecución de sentencia* (Ed. Abeledo, año 1943) que, frente a la tendencia que observábamos en otros países, pareciera que las sentencias fueran de valor relativo tratándose de realizarse sobre ciertos bienes y personas (págs. 78 a 87). De donde tendrían los pronunciamientos distinto valor según fuera la finalidad de la decisión judicial. Consolémolos, y recordemos que lo que está sucediendo en este país es efecto de la imitación de lo que acontece en otros. Con la diferencia que nosotros tenemos un régimen constitucional, que debiera constituir un valladar insalvable contra los atentados que estamos indicando.

Cuando el ejemplo viene de arriba, nada podemos criticar y decir con respecto a la conducta antijurídica de los particulares, que tienen ante sí ejemplo público y actitudes oficiales para imitar. Cuando la ley desvía sus propósitos según el sentir de una época y contra el contenido de la Constitución, queda abierto el camino para las demás extravagantes soluciones, y para el desprecio de las garantías de la Carta Magna, que así se derrumba por obra de la legislación y desmanes varios; no modificar valientemente la Carta Magna para ponerla de acuerdo con ciertos idearios e inquietudes, es irresponsabilidad. Mas no podremos jamás olvidar que bajo el portal victorioso de la Constitución y del Código civil pasó la República Argentina de la menesterosa precariedad de su inseguridad del siglo pasado, a ser un país de consideración internacional, de respeto americano y de legalidad, garantía de toda organización.

En fin, estamos frente al poder judicial que está debilitado por los otros, en equilibrio burlado. Debemos preguntar si está en manos del poder judicial conservar la función que le depara la Constitución y la función que debe desenvolver. No podemos decir que aconsejaríamos que éste tomara actitudes de represalia contra los otros poderes o los particulares, pero sí que se vallera

de facultades propias a sus resortes normales, y que recordemos que tiene a su alcance la triaca para que se respeten sus actividades y sus decisiones por los otros poderes y contra los particulares, que al fin de cuentas ambas potestades son para el Poder judicial, entidades públicas y simples litigantes y no poderosas entidades inviolables. El proceso es instrumento de opresión o de libertad, según se le utilice. Pero el proceso no puede ser manejado en desprecio de su propia finalidad. El sentido de la política general de un país y de una generación, se refleja en la política del proceso y en las facultades del magistrado (más nos interesa la calidad moral del magistrado que los poderes y comandos que se le atribuyen). Pero cualquiera sea esta orientación suprema institucional, jamás los jueces han de dejar que sus sentencias anden a la deriva y al desamparo. Cuando nace la sentencia, al conjuro de la voluntad del Estado, ésta se refleja en ella, y por ello la misma debe ser sagrada para aquél, máxime en estos tiempos de tendencia publicística, es decir, de predominio del Estado y de la sociedad. Nada es que se le acuerden al juez poderes para el "comando del proceso"; los poderes que deben tener y que deben proclamarse sin cortapisas, son los propios de su función; declarar el derecho y coaccionar para la realización de su voluntad concreta.

Declarando el derecho, debe ejecutarse la sentencia; así lo expresaba Gregorio López al comentar la Partida 3ª: deben los jueces proferir sus fallos, como el ejecutarlos. Y en las Leyes de las Partidas (L. 15, Tit. IV) concreta: "Porfiado debe ser el juez en tal manera que cuando diere su juicio acabado, de que se non aise ninguna de las partes, que faga en todas guisas que se cumpia. Ca pues que razón de derecho le aduze que deua fazer, non ha por ninguna manera en dexarlo, como en olvidança: porque el su oficio no se ha de cumplir tan solamente por su palabra, mas aun por fecho".

La prudencia que debe conservar el Poder judicial frente a las inquietudes y excesos de los Poderes legislativo y ejecutivo, no quita que defienda en todo momento su propia función, pues tal salvaguarda es de la esencia de cualquier poder; es acendrada la defensa de sí mismo, y sin la cual para nada serviría que se le encomendara la atención y cuidado de su autoridad, dignidad o decoro, que por sobre ellos esté el sentido genuino y propio de la jurisdicción. Ese asunto no está en el Código de procedimientos: está en la conciencia de todos y debe ser la vanagloria y genio de cada uno y del conjunto de los miembros de la planta judicial, que constituyen un cuerpo sagrado, sin parangón en la vida de cada país. Y por ello deben recordar que cuando por la puerta del Palacio entra la política, por la ventana está saliendo la jus-

ticia. Para eso tienen al escudo protector que les dará el triunfo: la inamovilidad. Estamos, pues, ante un problema de crisis de salud o de crisis de muerte. Y la salud volverá mientras la magistratura no se deje corromper, lo que sólo es posible cuando se es corrupto.

Lo que no es admisible es que el Estado o el particular se hagan justicia por sí mismos, prescindiendo de la justicia, y por ello cabe recordar a Fouché, quien decidió así la suerte de un detenido: "Están tomadas todas las medidas, para que permanezca encerrado en prisión por orden administrativa, si se le absuelve por sentencia judicial". Señalamos así el atropello, en mayor o menor robustez en los tiempos en que se desprecian los valores de la magistratura.

III. — CÓMO SOLUCIONAR EL ASUNTO DE LA EFICACIA DE LA JUSTICIA EN SU FASE COACTIVA, SIN QUE MEDIE SU DESCONOCIMIENTO POR TORPEZA DEL LITIGANTE.

Tres sistemas clásicos conocemos sobre el particular: el inglés, con el *contempt of court* (desprecio al Tribunal, con la prisión consiguiente); el francés, con las *astreintes* (conminación); y el común, entre los que está el argentino. La cuestión de la vía ejecutoria por desobediencia a una orden del Tribunal, la hemos estudiado años atrás en *Introducción a la Ejecución de sentencia* (Ed. 1943, págs. 225 y sigs.). Algunos de estos medios son enérgicos y expeditivos y tienden a quebrantar la resistencia del condenado o deudor. Es el *contempt of court* la sanción que deriva de la ofensa que importa resistir una orden del Tribunal. Nació en los tribunales de equidad y procura castigar a quien desobedece una decisión (*rule of court*); luego se extendieron a los tribunales de orden común a los fines de la ejecución. La doctrina actual castiga la desobediencia intencional, voluntaria, dolosa, la que por otra parte es presumida por la ley. Trasciende en un doble sentido: la ejecución forzada de naturaleza civil en favor de la persona beneficiada con la orden judicial y con el efecto penal o disciplinario contra el condenado, porque el Estado tiene el deber de haber respetar las decisiones de la justicia. Nos remitimos para mayor abundamiento a lo dicho en nuestra obra recién citada.

El asunto, en Francia, ha sido también estudiado por nosotros en el libro mencionado y a él nos remitimos, y ampliamos aquella exposición actualizando la materia en el número siguiente. Solamente expresaremos que cabe la ejecución contra la persona del deudor por violación corporal, la que cayó en su extensión como consecuencia de que los préstamos que se solicitaban desde varias centurias atrás lo fueron con garantía prendaria.

Montesquieu, acerca de esta materia, pregonaba que no debe darse preferencia a un ciudadano con respecto a otro, mas en materia de convenciones expresaba que la autoridad ha de atender más al bienestar público que a la libertad del ciudadano, lo que no es contrario a las restricciones que pueden exigirse por razones de humanidad y de política. Si bien la Revolución Francesa las suprimió, la primera víctima fue el Estado, y tres semanas después tuvo que reimplantarlas para los casos de las deudas fiscales. Luego se extendió en contra de los particulares deudores de mala fe. En Francia todavía las voces se levantan protestando con respecto a los deudores de mala fe, contra los cuales postula la prisión por deuda, ya que no merecen diverso tratamiento aquéllos en relación a la suerte que cabe respecto de los condenados a pena de prisión en su calidad de bandidos y ladrones. Su suspensión alienta los más grandes escándalos, ya que los beneficiados evaden la persecución de la justicia, convirtiendo sus bienes en rentas del Estado que no son embargables, y así viven en la opulencia por cuenta de sus acreedores, mientras que éstos no tienen en mano cómo constreñirles a pagar sus deudas. Esta es la consecuencia: los deudores de mala fe viven clínicamente, no cumplen con sus obligaciones y desparraman con su vida ostentosa y desenvoltura el mal ejemplo de su inconducta aprovechando en su privilegio, quedando así harto burlada la buena fe pública. Subsiste en Francia la pena de la prisión por deudas, restringida y reglamentada, y en las causas fiscales y por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Es la aplicación del principio de que el cuerpo es el que responde de las deudas. Este asunto puede ser examinado en nuestro libro ya mencionado, *Introducción a la Ejecución de sentencias* (pág. 187 y siguientes).

Mas, a continuación, haremos un estudio sobre el origen, desenvolvimiento y destino del principio de las astreintes.

IV. — LAS ASTREINTES.

Los juzgamientos, en Francia, se realizan con carácter forzado y mediante el auxilio de la *mona militari*. Al decir forzado, es sobreentendido que se está en el supuesto de que no se cumple con lo ordenado, por la negativa o inercia del deudor frente a la sentencia. Es, por consecuencia, la realización forzada por vía judicial resultado de la resistencia e inercia del sujeto procesal vencido. La dificultad se presenta en ciertas clases de condenas: las de dar o de hacer. Estas deben satisfacerse en especie. Cuando no se acata el fallo judicial y no hay cumplimiento directo, juega en Francia un principio que traduce un adagio latino: *nemo praecise cogi potest ad factum*, es decir, que nadie puede,

en forma precisa, directa, ser obligado a ejecutar un hecho. Es el caso de las obligaciones personalísimas. La ley civil en estos casos dispone su conversión en daños y perjuicios o la ejecución por cuenta del deudor. Pero los textos franceses no son tan categóricos como los de la ley argentina, que prohíbe la compulsión contra la persona (arts. 629 y sigts.). Pero sucede que a veces los daños y perjuicios son insuficientes para satisfacer al acreedor, o no alcanzan los bienes para ello, o son de difícil estimación: en Francia se otorga por la ley una compensación al acreedor y no una ejecución sobre la cosa sobre la cual aquél tenía un derecho. No siempre la fijación de daños y perjuicios es suficiente y es más bien un medio destinado a constreñir al cumplimiento al deudor, y así se vence la obstinación y resistencia injusta. Esta es la vía que sigue la jurisprudencia francesa, mediante la valoración del daño por la justicia, proporcionada a la situación del deudor, su conducta y resistencia. Nadie duda de la eficacia de esta determinación: el problema surge cuando se trata de determinar su naturaleza y el derecho de la justicia de decretar estas astreintes. No se admite que la mala voluntad del deudor pueda impedir la ejecución de una sentencia, ni que pueda sustraerse a sus compromisos no pagando, o amparándose en su propia incapacidad económica.

La condenación a pagar astreintes, en tales casos, es independiente del daño que sufre el acreedor: es simplemente compulsoria, de donde regularse que sea superior al daño real. Esta es la jurisprudencia que ha sido largamente controvertida. Se dice que el Código civil no contiene ninguna norma que así lo establezca y reconozca. Sin embargo, los tribunales la han consagrado con carácter conminatorio. Y la decretan a tantos francos por cada día de retardo. A la larga, en Francia, las astreintes se convierten, por su liquidación, en daños y perjuicios claramente establecidos para el acreedor de la sentencia y con intervención judicial. Se sigue con ello el criterio cada vez más prestigiado de que las obligaciones y las sentencias son aquilatadas como valores pecuniarios, solución que se puede propiciar en aquel país, por razón de ser su procedimiento netamente privatístico y no haberle hecho mella la ley de 30 de octubre de 1935.

El mismo sistema francés peca por su indeterminación lingüística y criterios encontrados y versátiles de la Corte de casación. Posiblemente la contradictoria terminología dependa de que no han encontrado los jueces mejor manera de expresarse, por la insuficiencia de su legislación positiva. Lo que persigue la doctrina judicial es la necesidad de que se cumplan las resoluciones y sentencias judiciales. En ello, en verdad, no innovó la judicatura contemporánea, ya que siguió las directivas de la antigua jurisprudencia, y al siglo XIX, simplemente, le corres-

pondió dar más relieve a la teoría de las *astreintes*. Si el tribunal podía dar sentencias, también podía dar órdenes, y ya en el siglo XIII se imponían por los jueces penalidades dobles o triples del monto de la deuda. Otros autores (Bodin y Loiseau) admitían que los jueces podían imponer multas a los litigantes que no obedecían a los jueces. La Ordenanza del año 1667 autorizaba la imposición de multas moratorias y compensatorias, y de ahí, con un paso más, se llegó a la imposición de una multa por cada día de retardo en cumplir con las órdenes judiciales. Fue Henrion de Pansey en 1810, quien, ante las primeras decisiones dadas en el año 1809 y con referencia a las ejecuciones directa o en natura, las apadrinó y desde ese entonces el criterio mencionado se consolidó con el desenvolvimiento ulterior del principio. Los que le atacan no admiten que se hubiera dado a los tribunales el poder de juzgar y el de ordenar, distinción que se traduce en la idea de *jurisdictione et imperium*. Corrieron los años y en tiempos modernos se habla ya de poderes injuncionales, mientras se hacen distinciones entre las normas del Código procesal y las del Código civil, tan distintas unas de otras, según la concepción moderna.

Dejaremos de lado diversos aspectos de este asunto. Nos hemos de concretar en uno que para nosotros tiene singular significación. La condenación a pagar *astreintes* no es resarcitoria de los perjuicios, pues se puede disponer de la misma aunque no los haya y aun dejarse la misma sin efecto o reducirla o aumentarla; si puede el juez dar una orden, puede retirarla. Y por eso se admite aun en las relaciones de Estado que no son obligacionales y aun contra el Estado (a quien no se ejecuta). Remata el asunto con la posibilidad del pronunciamiento de órdenes (*injunctio*) para que los jueces supriman escritos, los declaren calumniosos, u ordenen la publicación de sus sentencias (art. 1036).

Es, pues, la *astreinte* una condenación eventual, posible y abstracta con contenido pecuniario, pronunciada para asegurar la ejecución de un juzgamiento. Pero en la práctica resulta difícil caracterizarla; algunos pronunciamientos ordenan la "contrainte", o los daños y perjuicios, o penas, sin mayor precisión conceptual. Pero la doctrina, de tal fárrago, ha concluido distinguiendo entre:

a) la *astreinte* conminatoria que es simplemente la amenaza de conculcamiento con carácter provisorio, de donde puede ser dejada sin efecto. El problema de esta amenaza está en saber si se puede o no, en definitiva, fijar en daños y perjuicios superiores a los reales; la jurisprudencia se inclina en tal sentido, pues avalora la conducta de la parte reusante; a veces, por este motivo, condena a daños y perjuicios y además a la de conminación por el incumplimiento; otras veces la determina independientemente y en otras las acumula y refunde, en su justo valor o en más. Estas

diferencias provienen de la idea de que no puede existir una pena sin una ley que la disponga. Mas a esta observación se le contesta que si no cabe fijar una indemnización superior al daño efectivo y real, para nada servirían las *astreintes*. Nadie se preocuparía de las *astreintes* si supiera que en definitiva las mismas serán para pagar los daños y perjuicios reales aun mediante *astreinte* sancionada; es por ello corriente que los jueces sean más severos en estimar el daño ocasionado por el retardo en cumplir con la condena judicial, según sea la conducta observada por el deudor de la sentencia. Lo evidente es que la *astreinte* antes de su liquidación es una simple medida conminatoria y distinta de los daños y perjuicios sufridos. Por eso se puede dictar la conminación pecuniaria en la sentencia, o después de su notificación o aun durante el trámite de la ejecución, lo que ha determinado discusiones acerca de que ello es violatorio de la cosa juzgada. Este argumento es absurdo, pues el juez pierde con la sentencia la facultad de decidir sobre lo resuelto, pero conserva competencia para las medidas precautorias o la ejecución de la sentencia, lo mismo que en nuestro país. Mas por lo mismo que es una medida eventual conminatoria, no puede ser realizada por su ejecución. Solamente tiene valor cuando se convierte en daños y perjuicios por vía de la liquidación de su monto.

b) se aplica en las obligaciones de hacer, no hacer y dar. Pero en materia de obligaciones o sentencias de dar, últimamente ha sufrido la institución de la *astreinte* un serio ataque. Se prohíbe ejecutar la liquidación de la misma en caso de recaer el derecho protegido en el desalzo de los precios urbanos y rurales, consecuencia de las medidas de estabilidad decretadas para los inquilinos, aún existentes, desde la guerra. Esto ha hecho decir a Fréjaville que esa ley de 21 de julio de 1949 importa la declinación de la facultad reconocida hasta ahora a los tribunales de conminar pecuniariamente al litigante vencido. En cambio omite este autor expresar que las medidas de *astreinte* se aplican para las obligaciones de hacer según deriven de las sentencias o aun de simples órdenes o mandatos pronunciados en el desarrollo de la instancia, en donde ella ha encontrado amplio campo de aplicación. Y ha ganado en cuanto pueden dictar estas *astreintes* los jueces de *référé*s y de paz, aunque no hubiesen firmado la sentencia de condena y con la accesoria de temeridad.

c) existe también la *astreinte* daños y perjuicios y consiste en que ésta dura en tanto se mantiene el perjuicio, asunto que hemos de examinar con detenimiento cuando nos remitamos a comentar nuestra legislación y sus medios coactivos. Se adelanta el tribunal al condenado, haciéndole saber por adelantado, cuando le es posible, los daños y perjuicios que deberá pagar durante periodos de retardo en el cumplimiento de la condena. Pero este

asunto está sometido a las reglas comunes de los daños y perjuicios.

d) se distingue en Francia también la *astreinte* pena, que no es otra que las multas propias de los regímenes fiscales, penales o civiles.

Nos hemos referido a la liquidación de la *astreinte* y expresado que ello corresponde cuando así lo solicita el acreedor de la sentencia, y por efecto de este trámite se convierte la *astreinte* en daños y perjuicios, de donde la conminación se materializa y regresa al patrimonio del perjudicado, que no es el Estado. Y es competente para su liquidación el juez ordinario según las reglas de competencia comunes. Fijada la liquidación de la *astreinte* se le ejecuta por los medios normales que la ley dispone para cualquier ejecución.

De lo expuesto resulta que la *astreinte* desempeña un papel conminatorio, dictada hipotéticamente contra el condenado por la sentencia o contra el que pueda ser renuente en cumplir la sentencia o la orden judicial, una especie de advertencia con limitación pecuniaria provisional. Consiste en fijar una suma a pagar por día o período, suma que puede aumentarse, disminuirse o dejarse sin efecto, y que se convierte en indemnización si se pide su liquidación por el acreedor según la sentencia, en cuyo caso puede la misma estimarse por la justicia en más de lo probado, atendiendo a la naturaleza y razón del no cumplimiento de la sentencia, y a cargo del deudor de la misma. En Francia se concibe la *astreinte* reliquidable como daño y perjuicio a favor del acreedor de la sentencia, pero jamás a favor del Estado, que así, a la postre, resultaría el beneficiado de un estado antijurídico, y no privatístico. Volveremos sobre el particular.

V. — EL CONTENIDO DEL FALLO DE LA JUEZ DOCTORA MARIA LUIZA ANASTASI DE WALGER.

En un litigio que se tramitó por ante el juzgado civil a cargo de la juez Walger, una de las partes —la esposa— tiene la tenencia judicial de los hijos habidos en el matrimonio en trance de divorcio; en ocasión de un viaje de la madre, tenedora de los hijos según la resolución judicial, los entrega al otro cónyuge, el cual debía devolverlos al regreso de la esposa. No lo hace, y así viola la palabra y los principios de probidad, lealtad y buena fe que garante el artículo 21 de la ley 14.237. Fracasadas las conminaciones judiciales, se le notifica por última vez para que dentro de 24 horas los restituya. Esta notificación se hace al apoderado y a su representado, bajo "advertencia que de no cumplir con lo ordenado de restituir los hijos al juzgado, se le aplicarán sin más trámite las sanciones que la jurisprudencia ha admitido

en estos casos para asegurar la autoridad de los magistrados y evitar que las resoluciones judiciales sean simples enunciados líricos que los litigantes pueden o no cumplir, según su voluntad". En la parte resolutive concreta que deben restituirse los hijos a los estrados del juzgado "bajo apercibimiento de aplicar las sanciones que hubiera lugar". La resolución se notifica al esposo, tenedor ilegal de los hijos. La resolución padece de dos fallas: a) la notificación se hace en la persona del propio interesado y reforzándola en la persona del representante legal; y b) no se enuncia la medida concreta que se ha de disponer en su contra. El enunciado de que se le aplicarán las sanciones a que hubiera lugar en derecho sabemos que la jurisprudencia no le acuerda eficacia; los apercibimientos deben ser precisos. No era necesario ese exceso de celo. Comprendemos que para la juez, ello era cuestión de sensibilidad y de escrúpulos, pero nada añadía ni quitaba a la resolución que habría de dictarse en caso de mantenerse el esposo airadamente levantado contra la justicia. El primer tropiezo que se presentó fue que la resolución no pudo notificarse al esposo, habiendo sin embargo llegado la notificación de la misma orden a su representante en autos.

Cabe observemos que ya es tiempo de romper con el hábito de exigir la presentación o notificación personal al litigante, cuando tiene su representante legal constituido en autos. Esa clase de notificación sólo cabe en la absolución de posiciones, porque así lo determina el Código de procedimientos (art. 127). La intervención personal del litigante, en el derecho español se conoce como principio de personación, y es resabio arraigado de la época en que las litis eran determinadas por la celebración de un contrato judicial, idea que, estando muerta en los tiempos que corremos, sería conveniente que fuera oficialmente sepultada. Verdad que en las leyes de cuño demagógico se exige la presentación del actor y del demandado (ejemplo, el Decreto reglamentario, hecho por delegación de facultades del Congreso según el artículo 54 de la ley 13.246), olvidando que tan representado está con su mandatario como concurriendo personalmente. Tan es así, que en la segunda resolución de la juez, declara como previa afirmación, que ello no obsta para que aplique las sanciones que anunció con anterioridad. Agrega además la juez que la medida que anunció es clara aun para los "profanos". Ante el menoscabo de la justicia, que no se puede sufrir imposible, máxime "ante un alcañamiento tan arbitrario como inconsulto", resuelve aplicar una sanción al esposo alzado. Atento la gravedad de la falta y ante la inseguridad que ello ocasiona, dispone aplicarle el principio de la jurisprudencia francesa llamado *astreinte*, que según la juez es la sanción económica mientras subsista el estado de renuencia. Se apoya en Reimundin, Colmo, y la Constitución. Fija el monto

diario de las *astreintes* y destina el producido de la multa al Consejo Nacional de Protección de los Menores.

Dos aspectos ofrece la resolución, y ellos serán objeto del examen subsiguiente: a) aplicación de una *astreinte*, y b) destino del producido de esta multa al Consejo Nacional de Protección de Menores.

La aplicación de la *astreinte* la consideramos correcta, y así lo hemos de desenvolver más abajo. Pero discrepamos en absoluto con el destino del producido, en cuyo equívoco han incurrido otras leyes y la justicia. Tal no es la teoría francesa, y sería ella, para nosotros, inconstitucional. Mas cualquiera que sea esta discrepancia, deseamos aportar con nuestro comentario un aliento a la juez que ha sido menospreciada no solamente por un litigante, sino por su representante y su letrado. No podemos en modo alguno desprender del cuadro de la subversión ambiente la actitud del litigante y la de sus letrado y representante. ¿Cómo suponer el divorcio entre éstos y su mandatario y patrocinado?

En la especie hay un atentado a la justicia. Es a ésta a quien corresponde actuar disponiendo una *astreinte* a favor del litigante burlado en los estrados, como lo dispone la jurisprudencia francesa. Hemos dicho con anterioridad que la *astreinte* es una coacción y que, a la postre, cuando se solicita su liquidación, se convierte en daños y perjuicios en favor de la parte lesionada, que en definitiva soporta el daño.

El menoscabo judicial se repara con sanciones reiteradas del tipo de las dispuestas en el decreto-ley 1285/58 en su artículo 18; con la intervención del Colegio de Abogados y de la Asociación de Abogados y Colegio de Procuradores, a quienes les está dado velar, correlativamente con la opinión pública, por el decoro de conducta de los letrados y representantes de los litigantes, cuando obstruyen el curso de la justicia. Mas la primer pregunta que cabe hacer en el caso es la siguiente: ¿Hay obstrucción al curso regular de la justicia? No. La obstrucción al curso de la justicia es otra cosa distinta. Consiste en proliferar los medios defensivos por parte del litigante, en deducir descabellados incidentes, en tomar actitudes divergentes según las circunstancias, en conservar el expediente no devolviéndolo en su tiempo, en peticionar inconsultamente, obrando como un *refistolero* de incidencias, en fin, en retardar voluntaria y arbitrariamente la marcha regular de la justicia, cuyo objeto es llegar rápidamente al fin de la contienda. En el caso, la actitud del litigante renuente a cumplir con los órdenes de la juez, es sencillamente un alzamiento insolente, de desconocimiento de la autoridad de la justicia y del respeto que se debe tener cuando se recurre a los estrados judiciales. Hay entre obstrucción de la justicia y alzamiento contra ella, la diferencia que media entre una falta municipal y un delito, ya que se

sanciona diversamente una infracción o un delito. La obstrucción a la justicia es asunto pasajero y a veces de apreciación más o menos lata; la remuenda o repugnancia del litigante en cumplir la orden dada, es asunto de fondo que ataca la justicia en su propia esencia. De donde cabe descartar de plano y sin duda alguna la aplicación de medidas disciplinarias, porque el cáncer no se cura ni remedia con lentivos apaciguadores de la dolencia.

Si la juez se hubiera callado respecto del producido de la *astreinte*, la aplaudiríamos sin reserva. Pero la misma es víctima del desconocimiento general de la *astreinte* en nuestro medio y de la indolencia de quienes, dedicándose a estas cosas, no han enseñado el alcance de la institución francesa, digna creación de los tribunales franceses y que ahora comprendemos desde hace más de un año, luego de advertir el equívoco. Le cabe a la juez que firmó el despacho imponiendo la *cominación*, el honor y la simpatía de todos cuantos asistimos en la incidencia, en medio de la indiferencia pública y de los Colegios de profesionales. Cuando un país se despreocupa del atentado a los jueces, prueba sin disimulo que la moral hogareña está sobajada. Por eso escribimos con sobrado optimismo, pues, creemos, que el Poder judicial es tiempo que tome partido en este asunto y que se convenza que las normas de su actuación están por arriba del contenido de normas disciplinarias, porque le rodea en su actividad algo más grande que el espíritu de la rutina: la convicción de que su ropaje jurisdiccional es gloria que fortalece a quienes asumen la defensa y prestigio de lo más grande que hay en la tierra: ¡la Justicia! ¡Y más en los tiempos que estamos corriendo! Nos enroslamos sin temor y plenos de fe junto con los que llevan al combate como bandera reivindicatoria la idea de que el *paladium* de los ciudadanos está en los tribunales constitucionales.

Por el curso del incidente a que nos referimos, quedó cerrada la posibilidad del pase de las actuaciones a la justicia penal —la cual, como siempre, vive en una atmósfera de irrealidad jurídica—, ya que no habría delito, por no mediar notificación personal de la resolución, y así caemos en el régimen legal del pueblo hebreo en la época en que, suavizadas sus costumbres, más perdonaba que condenaba.

El fallo de la juez fue apelado. La Cámara revoca la medida sin dejar de referirse a las *astreinte* según nuestra jurisprudencia, que admite en determinadas situaciones. Justifica el acierto de la medida decretada por la magistrada *a quo*, y declara el deber de resguardar la autoridad judicial, pero expresa que la medida decretada no tiene respaldo legal. Sólo cabe en el caso se apliquen las medidas disciplinarias que dispone el decreto-ley 1285/58. Atento el contenido concreto y preciso de esa ley (ar-

tículos 11, 18 y 22) y lo dispuesto por los artículos 59 y 62 del Código de procedimientos y 16 del Código civil, debe cumplirse imperativamente con esas normas; mas, agotadas éstas sin resultado, "sería el momento de estudiar la aplicación de medidas compulsivas no previstas legalmente".

Creemos sinceramente equivocada la tesis de la Cámara. El caso no está relacionado con la conducta del litigante en el proceso, sino contra la justicia. Es que la ley nunca prevé las situaciones extremas: se guía por la manera corriente y vulgar de obrar los hombres en las contingencias sociales. Un incidente callejero, una contravención policial, es una especie de un género más grave; la revuelta callejera, a la que le supera la chirinada y culmina con la revolución, cuando no con el catastrófico derrumbe de una civilización. Son cuestiones de grados; pero la actitud del conminado en este caso no es asunto de tratarse con una simple y pequeña terapéutica casera, sino es caso de una urgente intervención quirúrgica. No se trata de atender una herida, sino de proceder a una amputación extrema. En esto está desacertada la Cámara. Y más cuando discute la bondad de la medida. Repetimos: en ello no son culpables los jueces, sino nuestros expositores, con Colmo a la cabeza, en cuyas filas hemos militado dando por cierto cuanto afirmaban. Todos los autores que han tratado este asunto se han equivocado respecto del sentido y genio de la *astreinte*. Se ha confundido su carácter, lo cual será objeto de la atención de la cuestión en el número que sigue.

V. — ¿QUÉ SON LAS "ASTREINTES"?

Nuestros autores no lo han explicado claramente. Afirman que son una conminación pecuniaria por cada día o período determinado. Así Colmo, quien hizo en su tiempo un precioso desenvolvimiento de la *astreinte*. Recordamos sus clases y su seguridad expositiva, y así grabó su concepto en nuestra mente con buril firme. Lo que explicaba en el aula universitaria lo estampó en su libro *De las Obligaciones en general* (Ed. Menéndez, año 1920, N° 55, bajo rubro "Multa civil" y N° 357, bajo rubro *Las "astreintes" de la jurisdicción francesa*). Las *astreintes* son para él, sus contemporáneos y sucesores, multas. Y ahí está su error. Los defectos terminológicos de los franceses en esta materia, condujeron a este error. Son ellas, simplemente, una medida conminatoria traducida en una cifra, que tiene un carácter preventivo y que, andando el tiempo —y esto es lo que se olvidan todos nuestros autores, fascinados ante la creación de la jurisprudencia francesa— se convierte en daños y perjuicios a favor del particular. La *astreinte* no es una pena creada por la jurisprudencia. Es una medida preventiva de efecto psicológico, algo parecido al

embargo preventivo, como las medidas preliminares conservatorias, como la estimación provisoria de los daños y perjuicios para cautelas, pero que no trasciende como realidad. Pero, después, se puede convertir en daños y perjuicios. Esto es esencial para comprender este asunto. Nuestros autores, deslumbrados por el saber de Ermelin, que en Francia convive y afirma la creación de estas medidas compulsorias, no se percatan que la astreinte requiere para su eficacia, como hemos explicado más arriba, de una subsiguiente liquidación. La astreinte no constituye ni siquiera un tope a la discrecionalidad judicial. Ella es una simple amenaza que va a la conciencia del particular, con afectación potencial a su patrimonio, porque se traduce en una advertencia imperativa pecuniaria. Así no más, nada significa, ya que no es un juzgamiento, sino una orden de hacer o no tal cosa, bajo la expresada amenaza para su mayor fuerza de pagar una suma de dinero estimada antojadizamente, hasta su liquidación real. No es ella una medida de ejecución. Es, en concreto, una condena pecuniaria tipo *ultimátum* para impulsar a la ejecución espontánea de un juzgamiento u orden. Es una simple amenaza de condena pecuniaria dirigida por el juzgador al litigante para el caso que éste no cumpliera con la decisión judicial. Tiene, por esto, carácter provisorio y no participa de la autoridad de la cosa juzgada. Como medida de tipo psicológico, puede quedar sin efecto o disminuirse su importe o aumentarse, según sean la circunstancia y la conducta del reovente. Se trata de advertir al litigante que desconoce a la justicia en sus fallos, lo grave que le puede resultar su actitud, dictada la astreinte; puede, por ello, la misma quedar sin efecto si se ejecuta la orden o fallo. Este es un poder de revisión que corresponde al juez. Mas para que ella viva en el mundo judicial en su parte efectiva y concreta final, debe ser objeto de una liquidación judicial controvertida, y entonces se convierte en daños y perjuicios para el particular perjudicado o dañado por el retardo en cumplir el fallo. Así, una astreinte por \$ 1.000 diarios que no se cumple, al cabo de dos meses estará en la cifra de \$ 60.000. Si el acreedor a la sentencia pide liquidación de la astreinte, el juez estimará los daños y perjuicios correspondientes y los puede fijar, por ejemplo, en treinta mil; esta resolución trae aparejada ejecución. La astreinte se ha convertido así en un valor jurídico: antes era una simple medida precautoria y de prevención. Liquidada la astreinte, la cifra presupuesta la puede reapreciar el juez soberanamente, como acontece en nuestro derecho en materia de daños y perjuicios. Existe en la estimación del monto de la liquidación cierta libertad judicial, como sucede en materia de regulación de honorarios: no hay prefijación arancelaria definitiva dada por la ley, salvo en sus

razgos generales, y por eso puede el juez eximir de la condena en costas. Y en Francia, aun podría fijarse por daños y perjuicios una cantidad mayor que la concretada en la resolución ordenando la *astreinte*. Este asunto se discute, pero la tendencia actual es bien clara.

El perjuicio que se estima debido, corre o se devenga potencialmente mientras permanece inserte el condenado. Sustituye esa coacción pecuniaria, en cierto modo, la voluntad de las partes, las cuales pueden también, al contratar, acordar una suma diaria para el caso de incumplimiento. Sustituye la condena de futuro italiana. Sustituye la inconstitucional medida de nuestro Código de procedimientos que en el juicio de jactancia, interpuesto y corrido el traslado, le intima al jactancioso exprese la verdad o no de lo atribuido, bajo coacción de tenerlo por condenado a perpetuo silencio y a no iniciar la acción que surge de los hechos expuestos. La suerte del jactancioso queda depositada en las propias manos del vanaglorioso: lo discutible, y por eso dijimos que es inconstitucional, es que pueda el Código de procedimientos imponer la pena de la caducidad del derecho de acción, facultad propia del Código civil, como lo tiene dicho en otros casos la propia Corte Suprema de justicia nacional.

Tan es cierto que la *astreinte* es declarativa y preventiva, que se puede dictar contra el Estado y la Administración, pero no cabe en ese supuesto la liquidación que, produciendo la conversión estimativa en condena, es ejecutable: efecto moral y nada más. Es que ella es un medio simbólico para precipitar la ejecución en natura, y no cabe o queda sin efecto si la ejecución se ha vuelto imposible en casos de fuerza mayor (expropiación, robo de la cosa, etc.).

Mas es cosa distinta la *astreinte* penal, que por esencia no es impugnabile, como lo son las multas fiscales. Fréjanville ha dicho, con razón, que todas estas cuestiones, en ciertos casos, son la máscara con que se cubre la condena por daños y perjuicios. Y estas causas escapan aun al examen de la Corte de Casación, por ser materia de hechos, como sucedería entre nosotros.

Es que la *astreinte* no es un enriquecimiento sin causa: es un substitutivo transitorio anterior a la condena por daños y perjuicios, y lo prueba el hecho que puede existir la llamada "*astreinte dommages-intérêts*", la cual, simultáneamente, consagra la conminación y su derivado el daño y perjuicio pagadero por vía de ejecución, que en definitiva es lo que se trata de obtener del litigante renuente. Con la *astreinte dommages-intérêts* se aprecia el perjuicio por adelantado, y ello sucede cuando le es posible al juez estimar preventivamente, con los elementos que están en el expediente, los perjuicios que sufre el acreedor a la sentencia o a la orden. Como la estimación de los daños no es descono-

cida, se la fija en esa cantidad y por adelantado. Algo parecido a lo que sucede en el caso del zarandeado artículo 230 de nuestro Código de procedimientos, hoy sustituido por el artículo 37 de la ley 14.237. Nada nuevo, y debe creernos el lector, hay en esta materia de daños y perjuicios en el orden humano y en las diversas legislaciones: las diferencias dependen de ligeras variantes, pero el pago de sumas de dinero por el equivalente al daño sufrido, existe desde los albores de la humanidad, apenas se vislumbró lo inconveniente de la pena del talión. En Francia se las llama, entonces, *astreintes*, en mal sentido y como tal, en nuestro país, tienen su entrada en el caso de la mal comprendida resolución dada por el camarista Salvat, a lo que nos hemos de referir más abajo. Esa condena, llamada *astreinte*, no es tal, sino daños y perjuicios definitivos, y por eso son firmes y no revocables por imperio del juez que la dictó o del que tuviere que liquidar la *astreinte* en los casos que hemos invocado.

Estas *astreintes* se acuerdan generalmente con la misma sentencia; así como el litigante puede pedir la declaración de su crédito litigioso y la condena en una sentencia única. La idea de la sentencia progresiva está en descalabro en esta época. Y siendo estatuido el daño por un período fijado, se mantiene mientras dure la situación anormal. Pero ello no son *astreintes* propiamente dichas. Y si el juez las determina después, por interpretación de su resolución, es en razón del adagio *ejus est interpretare cujus est condere*. Claro que estas modalidades están dadas en forma explicativa y no pretendemos en esta oportunidad agotar el tema.

Mientras no esté liquidada la *astreinte* propiamente dicha, es una figura netamente distinta del daño y perjuicio. Tiene durante ese lapso un carácter puramente intimatorio, intangible jurídicamente. Convertida en daño y perjuicio, cambia de carácter, y adquiere la decisión liquidatoria el valor de cosa juzgada. Ello requiere la competencia del juez, y por eso puede no serlo el que la dispuso. Es por ello que no cabe ejecución anticipada de la *astreinte* conminatoria, lo que también se discutió en Francia y triunfó su improcedencia en atención a que no cabe embargo mientras no haya crédito líquido.

Nosotros nos hemos visto deslumbrados con la explicación del carácter conminatorio psicológico acordado a la *astreinte* por nuestros autores y especialmente por Colmo, eximio maestro, que con su autoridad descuidó escudriñar la verdad de la institución. Solamente trajo cierta claridad acerca de la *astreinte*, sin levantar roncha, nuestro distinguido colega Carlos Alberto Lazzano, *Las "astreintes" en los desalojos rurales*, La Ley, t. 83, p. 805); mas no profundizó.

Después de nuestra explicación de cómo juegan las *astreintes*

en la legislación y jurisprudencia francesa, nos parece que nadie creerá ahora que las *astreintes* son una multa; son una conminación a la conciencia estimada en dinero, y que por el procedimiento judicial ante el juez competente se convierte en daños y perjuicios, a veces estimados en más, por consecuencia de tasarse la conducta renuente en una apreciación concreta por la justicia y determinada en controversia. Mas nunca se ha pensado en Francia en convertir el monto de la *astreinte* conminatoria en favor del Estado. Esa es una expresión máxima de publicismo, propia para nuestra época, pero jamás se concebiría semejante solución en Francia, patria de la libertad, enemiga del despotismo, y que en una época vivió la dulce vida triunfante en la belleza, la espiritualidad y del respeto del derecho del ciudadano y por ende del litigante. La solución es privatística: la *astreinte*, redimida de su ineficacia y transformada por arte de encantamiento en daños y perjuicios, pasa a poder del único interesado en el éxito de las causas judiciales, es decir, del litigante. Cuando se recurre al poder judicial se procuran soluciones concretas y realidades tangibles. En el tiempo en que se inventaron las *astreintes* los señores litigantes jugaban como el gato con el ratón en las propias narices de los señores jueces. Éstos no se permitían los lujos que les reconoce la idea del publicismo moderno. Cuando se violaba la orden judicial el perjudicado, antes, era el particular; hoy, se dice que lo es el poder judicial. Ergo, antaño la conminación se vestía de oro y caía en el bolsillo del litigante; hogaño se traduce en dinero, mercancía universal, y va a parar a las arcas fiscales... en la Argentina. Ya no se trata de que esté violado y castigado el patrimonio del litigante vencedor ante la renuencia del perdedor, sino que se castiga la soberbia del litigante vencido, por su airosa conducta contra la majestad de la justicia. Triunfa de la naturaleza humana el Estado todopoderoso, y sufre la angustia del engaño el particular. Se enriquece el Estado que vende su poderío ultrajado por unos pesos, mientras se empobrece el litigante que, triunfante, es escarnecido. Estas son las consecuencias de la equivocada interpretación atribuida por los jueces que estudiaron antes este asunto bajo la influencia de ideas desviadas y bajo la férula de las discusiones habidas en Francia. Descartamos ninguna tendencia socializante en nuestra doctrina y magistratura, y lo que expresamos es estimación contemporánea en el orden político, ajeno al sentido técnico que impera entre nosotros.

Hay una pena en la *astreinte* se dice por algunos en Francia, y no se repara que no hay tal. Hay simplemente una medida de amenaza traducida en dinero y que luego sirve de cartabón para la determinación del daño sufrido por el particular, con proceso de conocimiento. Ahí se comprende que la pretendida multa

nada añade a la autoridad y prepotencia gubernamental. La majestad de la misma es tan brillante y majestática que no le faltalecen unos escudos más o menos. Es el particular quien debe ser amparado e indemnizado frente a la imposibilidad del socorro del Estado a esos fines. El día que la demanda se dirija contra el Estado, y que éste responda por la pretensión del litigante, entonces será justo que con estos fondos recolectados entre litigantes dominados por los instintos bárbaros y despectivos contra el respeto que merece el poder judicial ante la impotencia del Estado reductor, se forme un pozo común resarcitorio.

La *astreinte* no es una multa; ella no se puede aplicar sin ley que la determine; y en esto tienen razón los que han dudado de la naturaleza de la *cominación* en Francia. Mas hoy, considerando la esencia de la *astreinte*, ya se sabe que ella no es una pena, sino una medida preventiva simbólica, que puede, como en los cuentos de niños, convertirse en una realidad pecuniaria por su transformación maravillosa en daños y perjuicios. Este es un triunfo de la mentalidad francesa, fina y exquisita en su alcance, y que constituye una formulación imperecedera para la humanidad, que siempre verá gradaciones en la coacción, pasando desde lo más simple a lo más complejo.

VI. — HISTORIA DE LA "ASTREINTE" EN LA REPÚBLICA ARGENTINA.

Doctrinariamente, el estudio más consciente es el de Colmo. Le sustenta en un equívoco y por eso remata en una solución errónea. No se trata de una multa; se trata de una indemnización hacia la cual converge la aplicación de la coacción psicológica. Mas Colmo ya adelanta que la justicia argentina no aceptará ese medio compulsorio. Y está en lo cierto porque su formación jurídica le indica que no hay pena, ni multa, sin ley. Pero por su carácter indemnizatorio al particular, sustenta su procedencia. Mas de ahí, atribuir el destino de la multa al Estado, ello es ilegal, según nuestro entender. Agrega que es una pena, pero que no obstante ello sería una indemnización como sucedáneo. Hemos dicho que no es una pena. Luego los argumentos de Colmo, aclarada la naturaleza de la *astreinte*, adquieren robustez. La teoría de la subrogación triunfa en el caso y por disposición del mismo Código Civil: arts. 505, 629 y 631. Nada dice respecto del artículo 505 que no sea citarlo, y tan lleno de consecuencia. En este artículo justamente está la fuente de la *astreinte* del derecho francés, que a la postre es justamente daños y perjuicios cuando se requiere su liquidación. Si este aspecto hubiera sido apreciado por Colmo, le valdría el honor de haber apuntalado el prestigio futuro de la judicatura nacional. El art.

505 del Código Civil contiene tres posibilidades en orden sucesivo, y son: primero, el acreedor de una obligación puede obtener satisfacción a su crédito empleando los medios legales; segundo, conseguirlo por otro a costa del deudor, y tercero, obtener las indemnizaciones correspondientes.

Luis María Rezzónico se ha ocupado de este asunto (*Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, 8ª ed., p. 154). Su resumen es substancioso, pero también incurre en el mismo error de Colmo y otros autores nacionales en la apreciación de la *astreinte*. Se olvida de su conversión posterior, lo que le da contenido jurídico: antes es una sola expresión, anuncio, clarinada de un perjuicio. La teoría nacional está siempre en la misma línea de conducta equivocada. Es de interés, sin embargo, la exposición de Rezzónico acerca de los casos judiciales habidos en materia de lo que él llama *astreintes*. Así, caso Salvat (J. A., t. 6, p. 314), la cual es, según la teoría francesa, *astreinte domages-intérêts* y no la clásica y genuina *astreinte conminatoria*. Igual es el caso publicado en J. A., 1942-II-46; 46-541. Se refiere Rezzónico a esta solución en virtud del principio del art. 2619. Ya veremos que no es necesario buscar por este lado la justificación de la *astreinte* para aplicarla en nuestro derecho, como lo hemos dicho más arriba, sin perjuicio del recuerdo que deriva de otras normas legales, que enunciaremos. Señala el hecho que estas medidas han sido desechadas por lo general por nuestros tribunales. Siempre juega su travesura el fantasma que ambula y que considera la *astreinte* una multa (y repetimos que no lo es) o una pena, y ella no cabe sin una ley (y sabemos que la *astreinte* no es una pena).

Comenta dicho autor el caso del juez Anzoátegui (J. A., 1952-IV, p. 9), comentado por Julio I. Lezana. Este fallo fue revocado y sostuvo el superior que no caben las *astreintes* en nuestro medio legislativo, ya que para el cumplimiento de las órdenes judiciales hay medios legales que pueden ser compulsivos tratándose de obligaciones de cierta naturaleza, y de mediar resistencia están las normas del Código Penal (art. 239). Agregamos nosotros que en ese caso nuestro dilecto amigo Anzoátegui se equivocó al destinar la *astreinte* impuesta, acordándosele al ministerio nacional. Mas el comentario a ese fallo de nuestro estimado colega Lezana está dentro de las líneas ya señaladas y, por lo tanto, completamente errado. Si la *astreinte* fuera una pena, no cabría en este país; si fuera daños y perjuicios, tampoco cabría sin controversia y prueba; mas en esto no se equivocan los que reproducen estas líneas y comentan estos fallos, pues tal no se concibe, pero tampoco lo conciben los franceses, pues al liquidar la *astreinte* se establece el valor del daño en controversia. Si un cazador usa de un arma de precisión y se equivoca en la

puntería en un décimo de milímetro, a los cien metros dará fuera del blanco. Es lo que sucede en el caso: la *astreinte*, en sí, no es nada, sino un aviso metalizado; su valor está en su liquidación subsiguiente, y entonces es la oportunidad de establecer el daño y perjuicio en libre controversia judicial.

Otro supuesto comentado por Reznónico es el del tribunal de apelaciones de la ciudad de La Plata, del año 1952 (J. A., 1953-II-181), citado por Acedal E. Salas, cuyo fallo es con respecto a una obligación de tracto sucesivo, y donde se sostiene que en tales casos la *astreinte* cabe durante el tiempo en que dure la violación de aquella obligación de tracto sucesivo. Estamos en ese caso, repetimos, frente a la *astreinte domosapex-interestis*, y acerca de la cual nos hemos de referir más abajo con especial atención, por las singularidades de nuestra legislación de fondo y procesal y cuya solución no está contra la ley.

Reznónico también cita el conocido comentario de Carlos Alberto Lascano de *La astreinte en los desalojos rurales* (La Ley, t. 83, p. 805). Este autor dice que es la primera vez que aparece esta figura de la *astreinte* en la legislación nacional. Indudablemente que este trabajo de Lascano, por su contenido y referencia al derecho francés, es completo, pero desgraciadamente el colega no sacó puntada del contenido de la *astreinte* en su verdadera esencia. Incurrió en ciertos deslices, que le desviarón. Mas es el caso que expliquemos cómo nació esta innovación legislativa. Estábamos preocupados por la falta de conducta del Poder Ejecutivo, que no quería prestar auxilio de la fuerza pública contra los arrendatarios exceptuados y condenados a entregar los predios, dispuestos por la autoridad administrativa, en los tiempos del imperio justicialista. La farsa de la intervención administrativa de esos organismos paritarios quedaba de relieve, el propietario burlado y triunfante una maniobra estatal. Conseguir un desalojo importaba pasar por las horcas caudinas vergonzosas del manejo pecuniario. Fue entonces, y ante esta situación, que nos pusimos en comunicación con el procurador del Tesoro, Enrique E. Petracchi, y le propusimos se consagrara en la legislación a dictarse la *astreinte*. Con sorpresa nos enteramos que, llevado el asunto a las esferas superiores, encontró acogida, mas inmediatamente la autoridad nacional dispuso que se incluyera agregando, por indicación de los consejeros procesalistas publicísticos —entre ellos no estaba Petracchi— y se consagró el principio disponiendo que los fondos ingresaran al patrimonio nacional, que así se enriquecía percibiendo la multa, como un sustitutivo al vejamen sufrido por la justicia administrativa y cuyo incumplimiento era causado por el propio beneficiario de la pena: el delincuente, o sea el Estado se beneficiaba así con su conducta antijurídica. Eso o nada, era igual. También fracasó por la incomprensión del go-

bierno revolucionario, lo que también pedimos a Petracchi, al acordar la excepción para el propietario que se comprometiera a plantar árboles, en determinada superficie; así se dispuso, pero se aduñeró su efecto por la incomprensión de las autoridades nacionales, evitando así que ese régimen forestal salvara de muchos millones perdidos para la Nación.

Otro fallo más sobre el particular es el publicado en La Ley del 3 de octubre de 1960, suscripto por la C. Civ., Sala E, en la causa Munario c/Passeron. Esa sentencia es buena, pero adolece del defecto de suponer que la *astreinte* es una pena pecuniaria. En el caso se ha separado la *astreinte* convertida en daños y perjuicios y se mantiene un doble régimen: la misma exclusivamente considerada como pena pecuniaria. Se sigue la teoría de Mazeud. Pero para nosotros no es necesario ir a esta opinión, ya que la *astreinte* se convierte en daños y perjuicios en su tiempo, como lo hemos demostrado, y ello depende, además, de la conducta y retardo del reusente en el cumplimiento de la sentencia u orden, por su obstinada resistencia. Pero este fallo abre un rumbo. Lástima que le desvirtuara en su contenido la Sala E, que emitió el fallo que comentamos.

Nada decimos de la teoría de Salvat en concreto y en el comentario de Enrique V. Galli, a la 6ª edición de su obra sobre obligaciones (ed. Tea, 1952). Es interesante la bibliografía sobre el asunto recogida por Galli. Mas pesa la exposición del mismo defecto de los anteriores expositores y de la jurisprudencia, por entender que la *astreinte* es una pena o una multa.

VII. — ALGO SOBRE LAS LEGISLACIONES DE FONDO Y PROCESAL ACERCA DE LAS "ASTREINTES".

Desde el momento que las *astreintes* son una amenaza preventiva de monto pecuniario con carácter de coacción psicológica, decretada contra el deudor de la sentencia o de una orden, al cual se convierte en daños y perjuicios con el pedido de su liquidación por parte del acreedor a la sentencia u orden judicial, ya tenemos definido el asunto para ver de ensamblarlo en nuestro régimen jurídico.

Puede este daño y perjuicio asentarse por vía incidental y por vía principal, o sea dentro del proceso en el cual se decreta o ante el juez competente. También puede decretarse la *astreinte* por estimación directa del daño y perjuicio o por determinación estimativa, según sea que estén o no acreditados los mismos, siempre que resulte justificado su monto (teoría del art. 220 del Cód. de Pios. y art. 37 de la ley 14.237). O por vía de ejecución de la sentencia como lo establecen los arts. 542 y sig. del Código de Procedimientos. No hay dificultad en ello. Siempre habrá que

distinguir, y según sea el asunto, estaremos frente a lo que los franceses llaman *astreintes* conminatorias y *astreintes* daños y perjuicios. La primera es simplemente de efecto psicológico y la segunda de condena; la primera provisoria, y la segunda definitiva. La primera inejecutable, la segunda ejecutable. Si la sentencia fija la *astreinte* conminatoria, estaría de antemano advirtiendo su estimación ulterior por concepto de daños y perjuicios; si fija el monto del daño, queda el asunto sometido a ejecución, ya que ello importa el apremio; y puede también declararse la estimación y, mediante el juicio estimativo, establecerse su monto y ejecutarlo.

Pero también se puede dar el caso en nuestra legislación de ser de aplicación el art. 505 en el supuesto del inc. 3º. Dependerá de la manera como se solicita en el escrito de demanda la sentencia de condena; a) Condena a daños y perjuicios; y b) Condena a daños y perjuicios hasta el momento que cese la anomalía. En el primer caso cabe que la condena sea concreta y quedaría reservado para un segundo juicio la determinación de los daños y perjuicios ocasionados por el período posterior a la fecha de la sentencia. Contra esta posibilidad juega el principio de la economía en el proceso, y el deseo concretado por la doctrina de no admitir sentencias progresivas o sucesivas. La segunda demanda no sería más que la reproducción de la primera, pero por otro período, posterior a la sentencia. Este no se concibe dentro de la función que por el derecho moderno se acuerda al proceso y a la función judicial. Por el Código Civil los daños y perjuicios se deben por la morosidad causada en el incumplimiento de la obligación (508, 511, 512 y correlativos). Cuando el Código Civil comprendía la teoría y principios de la acción, todo andaba parejo. Mas ahora que se divide la norma material y la instrumental, debemos comprender que será necesario hacer un Código Procesal nuevo reflejando las instituciones del Código Civil o recordarias como de preciosa calidad. La tendencia a la economía de los procesos y de evitar su multiplicación es cosa vieja. Ya que toda sentencia consagra la cosa juzgada, deben los litigantes cañirse a ella porque se sometieron a los jueces públicos. En el Código Civil existe la norma del art. 2619, que acuerda una indemnización "mientras existan esos establecimientos". Y tenemos también el principio del art. 520. ¿Por qué reiterar la actividad judicial si ella puede remediar el litigio?

Refuerza estos conceptos un artículo poco conocido del Código de Procedimientos: el 267. Juega el mismo con el principio llamado de congruencia, materia nueva en este país, y que hemos explicado y desenvuelto en un libro que está en prensa bajo el nombre de *Cuestiones y Ensayos de Derecho Procesal*. Si la justicia es rogada, es decir, que no procede de oficio, sino mediante

la demanda introductiva, ésta es para el juez una condición y un límite a sus facultades decisorias; de donde no puede dar más ni menos de lo requerido. Tratándose de daños y perjuicios, la norma recién mencionada del Código distingue entre el objeto de la demanda y el objeto de la apelación, pero con justicia precisa que no están sometidos a esta limitación los intereses, daños y perjuicios, y cualesquiera otras prestaciones accesorias posteriores a la definitiva de primera instancia. Vale decir, que si la sentencia de primera instancia fija los intereses adeudados, aunque este asunto no sea objeto de los agravios, el Tribunal *ad quem* debe rectificar la liquidación hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia y aun hasta que se abone la suma de dinero o no se cumpla con la sentencia. Subsistiendo el motivo del perjuicio declarado, cabe mantener la condena por los efectos posteriores. Es el caso atribuido a Salvat y que se ha dicho que no es una *astreinte*, pero que lo es según la variedad y ambigua terminología jurisprudencial francesa. Se trata de aplicar al caso el mismo principio de las obligaciones de tracto sucesivo. Más claro aún es el art. 224 de la ley 50, que por su importancia al caso transcribimos: "No podrá fallar la Suprema Corte (léase Cámara de Apelaciones) sobre ningún capítulo que no se hubiese propuesto a la decisión del inferior, salvo: 1º De compensación por causa posterior a la definitiva de primera instancia; 2º De intereses y cualesquiera otras prestaciones accesorias, después de la definitiva; 3º De daños y perjuicios causados desde su pronunciamiento".

La norma recién transcrita encierra el concepto de las *astreintes dommages-intérêts* del derecho francés y se relaciona con el principio general del daño y perjuicio, en un estricto sentido de economía procesal. Una sentencia resuelve con respecto al pasado y al futuro, ya que los juicios sucesivos en el mismo sentido y por igual causa y por los mismos hechos, no admiten distinta solución, salvo circunstancias especiales. Estas normas no son conocidas, ni comentadas en nuestro medio procesal. La primera vez que las leímos, creímos que ella era una anomalía; la segunda vez entendimos que era una consecuencia de la transformación de la demanda, según la teoría y concepción contemporáneas, que rompe la inmutabilidad del proceso; finalmente, correlacionando las normas procesales y vinculadas con el derecho material, calmamos en la cuenta que ello es consecuencia del principio de los daños y perjuicios compensatorios, entendidos al través de un sentido de economía procesal y para evitar un segundo juicio sobre la misma materia y entre las mismas partes. Hay un profundo valor en estas estimaciones procesales. Es natural que exista un primer fallo, con amplio período de conocimiento para establecer los hechos y luego para que el juez subsuma a ellos la norma

legal existente y consagre la cosa juzgada, desapareciendo en esta forma la incertidumbre y ser el fallo orientador de la conducta de las partes en la vida cotidiana. Mas es absurdo disponer que el juez de la causa o ante otro juez se reitere un nuevo juicio entre las mismas partes, con la misma finalidad, y con referencia a una relación civil, cuyo alcance y contenido ya ha sido definido en controversia judicial.

Es lo que sucede, por otra parte, con esta transformación de la demanda, pero sin consentimiento de la contraparte, si el objeto del litigio debe alterarse por desaparición del mismo (reivindicación sustituida por daños y perjuicios al desaparecer el bien) o daños y perjuicios por inexecución de obligaciones personalísimas, o modificación de la Constitución Nacional. Esto es, como enseñamos en el aula, transformación tardía de la petición de la demanda. Si no quiere la parte vencida escriturar, caben dos caminos: pedir se firme la escritura por el juzgado o solicitar daños y perjuicios, los que se adecuarán al valor de la cosa y los daños emergentes por su incumplimiento.

La teoría que contiene el art. 219 del Cód. de Ptos. es interesante y cualquier lector la podrá conocer recurriendo a los autores nacionales, máxime correlacionando esa norma con el art. 220. La autrésente tiene un algo que aclararían esas normas. Algunos autores nacionales hablan de condenaciones accesorias de la sentencia. Mas nosotros no las admitimos, salvo las que indicáremos más abajo. En la teoría europea caben, especialmente las relativas a las multas que se pueden aplicar con la sentencia, por inconducta de las partes, o los apercibimientos, porque ellas tienen carácter de medidas disciplinarias. Mas según la ley procesal italiana (igual sucede en Francia y en la legislación del Vaticano) cabe se declare de oficio la temeridad de los litigantes y aun de sus letrados, en cuyo caso se aprecia la manera como actuaron ellos en el proceso, y la cual, una vez dispuesta, debe solucionarse su fijación en juicio posterior y ante el juez competente. De tal manera se vela por el proceder de las partes, abogados y procuradores, y así se protege eficazmente al saneamiento del proceso al través de su ejercicio y de las tácticas maliciosas durante el litigio. Ahí, en Europa, se atiende el comportamiento de las partes y se respetan los derechos de la justicia, el prestigio de los magistrados, la diplomacia en el trato de la cuestión durante la litis y la razón o no de la resistencia en la controversia. Esa es una condena accesorio, ya que cabe aún no requerida. Y lo es la publicación de la sentencia, que puede ordenar el juzgador, a cargo del vencido. De donde está en las costumbres y hábitos tribunales y legales; hacer respetar aún los fallos y castigar su incumplimiento. En la Argentina estos aspectos están totalmente descuidados y menospreciados. Quizá por ello el paso

por el proceso de los litigantes deja huellas molestas y que fortifica la indiferencia de los Colegios profesionales.

Es que existen condenaciones accesorias de varios caracteres: así la del art. 105 de la L. de M. C. Son imperativas para el juez. Y también deberían serlo por simple función de las facultades o poderes del juez aquellas que desconocen la jurisdicción, y con gravedad, y por el simple hecho de recurrir a ella, no para obtener justicia, sino para que ésta los sirva en sus intenciones generalmente malas, egoístas o antijurídicas.

VIII. — Conclusiones.

Nos parece esclarecida, en consecuencia, con lo expuesto, la materia de la *arbitraje*, la que nada vale, salvo que quede convertida en daños y perjuicios mediante el pedido de su liquidación por el acreedor a la sentencia u orden. Hemos tenido, así, que romper con una larga interpretación sostenida por nuestros autores y la jurisprudencia, y en la cual estuvimos enredados hasta hace más de un año. La casualidad, y en búsqueda de ampliar nuestros conocimientos, fuimos a la fuente consagrada de la institución mencionada. La estamos exponiendo ya con ese alcance en la cátedra. Muchos estudiantes están ya por esta novedad, y no nos cuesta hacerla comprender. No dudamos que en esta oportunidad hemos puesto el dedo en la llaga, libre de tutelas y enseñanzas que se repiten y conservan con cariño porque fueron explicadas por preclaros juristas y por nuestros queridos e inolvidables maestros. Creemos que el mejor homenaje que podemos hacer en su memoria es escudriñar, con lo cual rendimos postrero y generoso apego a lo que fue la inquietud de su vida: aprender y enseñar, y ello al través de una única fuente: la investigación.

Nuestro afán al exponer este tema y comentar el fallo en el caso Aguirre Ugarte es dar confianza a nuestra justicia, tan malhadada en el medio social en que se desenvuelve, y menospreciada por abogados que cultivan el arte del mangoneo frente a sus víctimas, o sea los jueces y la contraparte. Este ofensivo pesatiempo, en medio de la indiferencia ciudadana, la pasiva complicity de las entidades que agrupan los intereses de los profesionales letrados, ha tentado en todos los tiempos a los autores dramáticos, a los publicistas y novelistas, mientras el pueblo no ha conocido nunca mayor distracción que la de ridiculizar a la justicia. No reparan que en ella está la fuente de nuestra seguridad, pues ampara nuestros derechos y garantías. Olvidan que el día que ella caiga bajo el manoseo de los insensatos habremos cerrado un ciclo fecundo y progresista en la asistencia del hombre en este mundo. Nosotros creemos que los jueces tienen todos

los derechos, salvo el de equivocarse. A éstos los hemos combatido con vehemencia. Por eso hemos combatido la idea de que la política penetre en el recinto de los tribunales, pues es ineludible que con ella salga la justicia de los mismos. Mas nunca nos hemos permitido atacar en su raíz la justicia, y ello sucede siempre que se haga contra ella alarde de prepotencia y se complazcan las partes, asistidas por sus letrados, en salpicar su investidura con actitudes torpes y abusadoras por la simple satisfacción de mostrarse corajudos demoleedores de los pilares de la nacionalidad. Siempre la conducta de las partes y de sus representantes y patrocinadores es igual en la vida. Dentro del palacio defendiendo lo indefendible atropellan despiadados pero soflamados el poder de los jueces. Si llegan después a sentarse en el trono de la justicia, se convierten, más que en quisquillosos, en defensores mayésticos de su autoridad, emblema de la paz, justamente castigando lo contrario que antes hicieron. Es a los jueces a quienes corresponde rescatar su autoridad del naufragio colectivo en que estamos metidos, por falta de moralidad ambiente, no en desempeño subalterno, y de minucias, pero sí en el augusto desempeño de su misión, como guardianes de algo que nadie les puede desconocer: su prestigio como jueces públicos. Cuando él no es mantenido por el Congreso, ni por los Colegios profesionales, es su deber inalienable el hacerlo, y así conquistarán el respeto de la sociedad. Que esta monografía sirva de aliento a quienes están encargados de conservar lo que la Constitución nos acuerda, y cuyo contenido no siempre es respetado. Dedicamos con profunda emoción este estudio para que sea pedestal de la Carta Magna y sobre él asentamos simbólicamente la estatua de la justicia, para que ilumine nuestra marcha y nos proteja en los atárgicos momentos que cruzamos. ¡La magistratura debe elevarse contra la dictadura de cualquier clase que sea! ¡La justicia es la depositaria de nuestra esperanza!