

## **La ejecución de obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer en el siglo del vértigo**

### **The Execution of Obligations with Features to do and not to do in the Century of Vertigo**

**Juan Monroy Gálvez**

Universidad de Lima  
juanmg@estudiomonroy.com

“No hay mejor forma de defraudar que satisfacer compensando, pues solo se satisface a medias”.

(Yago, Otelo, el moro de Venecia, W. Shakespeare).

#### **Resumen:**

Describiendo el frenético ritmo de vida que caracteriza a estos primeros años del siglo XXI (el siglo del vértigo), cuyo rasgo primordial es el rechazo de cualquier tipo de sosiego que permita reflexionar acerca del camino por recorrer o, lo que es peor, el recientemente recorrido, el autor aborda el siempre polémico tema de la ejecución de obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer en el Perú. El objetivo, al cual se arriba luego de un agudo análisis de la legislación comparada y de la más autorizada doctrina a nivel mundial, es demostrar que es posible obtener una tutela específica en este tipo de ejecución, más allá de las estrecheces de la dotación normativa con la que contamos.

**Palabras clave:** Tutela Jurisdiccional Efectiva, La tutela de ejecución, Common law, Corte Constitucional, Tutela de condena, Interdicto

**Abstract:**

Describing the frantic lifestyle that characterizes the early years of the XXI century (the century of vertigo), whose main feature is the rejection of any kind of stopping that allows to think about the road ahead, or worse, about the recently gone; the author presents the always controversial topic of the execution of legal obligations to act and not to act in Peru. The purpose, which is achieved after an acute analysis of comparative law and the most qualified doctrine worldwide, is to prove that it is possible to obtain a specific protection on this type of execution, beyond the limitations of our current normativity

**Key words:** Effective Legal Protection, Enforcement of Judgements, Common law, Constitutional Court, Custodial Sentence, Injunction

## **Razones para un repaso**

Si hubiera un rasgo que destacar en el siglo que está empezando es su volatilidad. Si algo importa es lo que ocurra, obtenga y se disfrute hoy. Su marca es lo efímero, ni siquiera hay tiempo para admitir que estamos cancelando el porvenir, tal desgracia ocurre sin que tengamos conciencia de que, inexorablemente, estamos condenando a las generaciones futuras a una existencia miserable. Enloquecidos por el culto al Becerro de oro, comprometemos todo lo que tenemos y, lo que es peor, todo lo que somos para lograr el éxito que, insólitamente, lo hemos reducido a poseer fortuna material ¡hic et nunc!

En este desenfreno, no parece ser significativo que los métodos para lograrlo produzcan y perfeccionen relaciones humanas perversamente desiguales, y tampoco que se incentiven escenarios donde los bienes naturales vengán siendo explotados hasta superarse en muchos casos, irresponsablemente, el límite para su renovación. A comienzo de este siglo, hace poco, había 6,000 lenguas en el mundo, no debe extrañarnos que esta centuria acabe con el uso de solo una, la del Imperio.

Una de las formas que toma el liberalismo como teoría política de gobierno se sustenta en una dimensión exagerada de la libertad concedida al hombre occidental. No es de factura reciente, fue pergeñada a fines de la Baja Edad Media, perfeccionada en la Edad Moderna y asumida como dogma irreductible a fines del lamentable siglo XX. El resultado de su vigencia no es otro que el llamado Estado-gendarme, esto es, el triste destino de una organización política cada vez más limitada en sus funciones, alguna vez esenciales: aquellas destinadas a procurar el bienestar general. La parálisis del Estado llega al extremo de haberse

convertido, con la excepción de uno que otro acto de lealtad y compromiso con la comunidad, en un instrumento de seguridad comprometido con un objetivo principal: que las relaciones entre los individuos e instituciones sociales –presuntamente iguales en medios y oportunidades- produzcan un intercambio de bienes y servicios en paz y armonía. Claro, la misma paz y armonía que puede existir en un grupo formado por unos cuantos lobos y un rebaño de ovejas, para usar la metáfora de Sábato.

Es en este escenario -en el cual nos sometemos a la democracia formal y representativa, aquella sustentada en la utopía que describía Gramsci (como todos somos iguales, todos tenemos la misma oportunidad de elegir y ser elegidos)- donde el Estado se reserva el monopolio de la solución de los conflictos de intereses con relevancia jurídica. Que el ejercicio de esta función, llamada jurisdiccional y realizada por los jueces, se venga cumpliendo mal no es, entonces, ninguna novedad. A pesar de ello, hay algunas peculiaridades que consideramos pertinente destacar.

### **Tutela jurisdiccional y tutela jurisdiccional efectiva**

Durante buena parte del siglo XX, la función jurisdiccional en materia de resolución de conflictos se consideró lograda si concluía con una respuesta abstracta. Esto es, se asumía que la satisfacción a la que se había comprometido el Estado era jurídica, la cual se dispensaba plenamente cuando se expedía una sentencia que, de manera definitiva, resolvía el conflicto o la incertidumbre jurídica. La circunstancia de que esa decisión judicial produjera o no una transformación en la realidad no era, precisamente, una situación que preocupara al procesalista.

Pese a que que algunas Constituciones de mediados del siglo pasado se referían, aunque fuese indirectamente, a contar con una utilidad funcional más significativa de la actividad judicial, tomó mucho tiempo advertir que la satisfacción jurídica así descrita era incompleta.<sup>1</sup> Fue necesario reconocer que siendo el derecho una experiencia social, el ordenamiento jurídico contiene un elenco de derechos que producen situaciones materiales que los jueces tienen el deber de proteger si su titular - por medio de una demanda judicial - les pide su reconocimiento, restitución, reintegración o, eventualmente, resarcimiento.<sup>2</sup>

Para cumplir su cometido, la función jurisdiccional debió convertirse, progresivamente, en un instrumento de tutela que asegure la vigencia plena de los derechos, con precisión, de las situaciones jurídicas emanadas de ellos. Este tránsito de la tutela jurisdiccional clásica a la tutela jurisdiccional efectiva fue intuido, desde los inicios de la gesta científica del proceso, por uno de sus

---

<sup>1</sup> Constitución italiana (1948): “Art. 24. Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos. La defensa constituye un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento. Se garantizan a los desprovistos de recursos económicos, mediante las instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción. La ley determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales”.

<sup>2</sup> Una explicación respecto de la reducción de la función jurisdiccional al solo otorgamiento de una respuesta jurídica y abstracta a los justiciables hasta bien avanzado el siglo XX, puede estar en el prurito de sus forjadores de asegurar el reconocimiento de autonomía a la nascente ciencia del proceso (sus actos aurorales no se encuentran más atrás que fines del siglo XIX). Otra, desde una perspectiva ideológica, es que desde una concepción liberal, la función judicial solo es concebida en un plano puramente formal y conservador, por tanto, no incisivo en la conducta de los justiciables, sobre todo de los que tienen poder económico y/o político.

más preclaros constructores. Giuseppe Chiovenda afirmó, a inicios del siglo pasado, que el proceso debe proporcionar a quien tiene la razón todo aquello y exactamente aquello a lo que tiene derecho.<sup>3</sup> Lamentablemente sus continuadores han tardado demasiado tiempo en intentar convertirla en práctica efectiva.

La transformación consistió en conducir la función jurisdiccional no solo a la resolución de conflictos mediante una sentencia firme, sino en conseguir, con los métodos y medios idóneos, que aquella sentencia produzca una manifestación concreta de sus efectos en la realidad, pero no cualquier manifestación. En efecto, esta evolución de la tutela jurisdiccional a su fase “efectiva” no debe llevar a confusión. Para empezar, no consiste en conseguir *tout court* la materialización de los resultados. Vista así, la tutela jurisdiccional solo sería un instrumento para saciar el apetito rampante de los leones del mercado quienes, por cierto, también controlan la creación del derecho positivo. De hecho, ni siquiera la evolución a la cual aludimos puede concebirse en términos de lograr la mayor celeridad para resolver el conflicto. Si esa fuera la carencia, la satisfacción tendría que buscarse en el arbitraje.

Por un lado, la tutela jurisdiccional efectiva convierte al proceso en un instrumento técnico y ético contundente para conseguir que el derecho violado sea reconocido, restituido o, en último grado, resarcido de la manera más cercanamente identificada con la situación material de ventaja que tenía el titular del derecho

---

<sup>3</sup> “Il processo deve dare per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che’egli ha diritto di conseguire”. En: CHIOVENDA, Giuseppe. “Della’azione nascente dal contratto preliminare”. En: *Rivista de Diritto Commerciale*, 1911, y después. *Saggi di diritto processuale civile*. Roma. 1930. p. 110.

cuando sufrió la afectación. Por otro, la considerable ventaja moral que tiene el proceso sobre cualquier medio alternativo de solución de conflictos, se sustenta en que su eficacia trasciende la satisfacción del caso concreto, en tanto la publicidad de sus decisiones guarda una función paradigmática: afianzar los valores democráticos que sustentan el ordenamiento jurídico de una sociedad.

Sin embargo, es necesario admitir que, actualmente, la tutela jurisdiccional efectiva no es, en muchos aspectos, lo que debería, es decir, continúa siendo una asignatura aplazada en los sistemas jurídicos contemporáneos. Siendo muchas las razones por las que se presenta esta crisis, abandonemos las causas exógenas (la principal es el abandono intencional por parte de los gobiernos de una de sus funciones inherentes y esenciales) a la técnica procesal, para referirnos en este trabajo a una endógena cuya repercusión en la escena contemporánea es de una considerable importancia política y social. Nos referimos a la tutela jurisdiccional de las obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer.

### **El desvarío en la eficacia de las sentencias de condena**

Suele aceptarse que la tutela jurisdiccional se presta a través de la tutela de conocimiento y la tutela ejecutiva, en tanto ambas están dirigidas a producir satisfacción.<sup>4</sup> Y aun cuando suele cuestionarse

---

<sup>4</sup> “La tutela satisfactiva puede ser de dos tipos: tutela de conocimiento y tutela de ejecución. Siguiendo las sabias palabras de Carnelutti, podemos mencionar que en la primera el proceso transita ‘de los hechos al derecho’, es decir, que verificadas las afirmaciones sobre los hechos expuestos por las partes y luego que el juzgador ha interpretado y aplicado las normas pertinentes al caso concreto, se emite la sentencia final (derecho). Por el contrario, en la tutela ejecutiva se sigue un camino

la poca precisión conceptual del criterio utilizado para clasificar las sentencias obtenidas con la tutela de conocimiento, se acepta que por el tipo de efectos que producen las sentencias que se obtienen cuando se ampara el derecho que sustenta la pretensión, la tutela de conocimiento puede clasificarse en meramente declarativa, constitutiva y de condena.<sup>5</sup>

---

inverso, ‘del derecho a los hechos’”. En: MONROY PALACIOS, Juan José. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra. 2004. p. 281.

<sup>5</sup> El cuestionamiento tiene su origen, nos parece, en el hecho de que cuando se describe la tipología, parece querer decirse que los efectos acogidos en la sentencia fueron producidos por la misma sentencia o por el procedimiento, es decir, que su origen es puramente procesal. Otra vez el fantasma de concretar la autonomía –aislar el proceso de la realidad y de las otras disciplinas jurídicas- nos juega un mala pasada. Para empezar, no se desmerece, en modo alguno, la calidad de los estudios procesales cuando se admite su función instrumental respecto de las situaciones materiales tutelables surgidas de los derechos que el ordenamiento reconoce. Si admitimos esta afirmación, nos puede conducir lógicamente a otra: la naturaleza declarativa, constitutiva o condenatoria acogida en una sentencia, es consecuencia de los elementos que configuran el derecho material puesto en discusión y de las relaciones sociales –con efecto jurídico- que ocurren en la vida de ese derecho, cuya verificación es parte del íter procesal.

“No es por el azar que ciertos litigios desemboquen en la sentencia constitutiva y otros no. Como en tantas otras cuestiones, en derecho procesal, también esta se resuelve a la luz de la naturaleza o de las características de la situación jurídico-sustancial que dio lugar al proceso. La tutela jurisdiccional constitutiva, como es natural, presupone requisitos que no se confunden con los demás y conduce a sus propios resultados, distintos de lo que las otras especies de tutela jurisdiccional proporcionan. Se coloca pues, el problema del derecho subjetivo material afirmado en la demanda de sentencia constitutiva” En: DINAMARCO, Cándido Rangel. “Momento de eficácia de sentença constitutiva”. En: *Revista do Processo*. Número 63, 1987, pp. 7-8.

Atendiendo al fundamento de la clasificación, si la primera se sustenta en una crisis de certeza; la segunda en una necesidad de modificación del estado jurídico pre-existente y, la tercera, en una crisis de incumplimiento de una obligación que contiene una prestación de dar, hacer o no hacer.

En términos de eficacia y desde un punto de vista práctico, se admite también, como un valor entendido, que la sentencia meramente declarativa y la constitutiva, producen una satisfacción plena con su sola expedición, en tanto no requieren de una actividad jurisdiccional posterior al momento en que adquieren el estado de firmeza.

Esto significa, *contrario sensu*, que ese no es el caso de la sentencia de condena. La satisfacción va a requerir en principio, esperar una actuación espontánea (voluntaria) del obligado por la sentencia. Solo si esta no ocurriera, se van a desencadenar un conjunto de actos jurisdiccionales impulsados por el victorioso y dirigidos por el juez, a fin de concretar o realizar el mandato contenido en la sentencia firme. Esto se conoce con el nombre de Ejecución Forzada.

Siendo la sentencia condenatoria una manifestación de la tutela de conocimiento, como ya se expresó, la dilación en la obtención de la satisfacción determina que se considere a la tutela condenatoria como inapta para proteger los derechos a su cargo, al punto de concluirse que el resultado jurídico (la obtención de la sentencia) es equivalente a un estado de ausencia de tutela, y no es exagerado. Entonces, el problema a resolver es cómo tutelar la situación jurídica sustancial acogida en la sentencia de condena sin

tener que agotar todo su trámite, única posibilidad que la tutela jurisdiccional sea eficaz.<sup>6</sup>

Para producir este giro que convierta en eficaz la tutela jurisdiccional, ha sido indispensable ampliar el objeto de estudio. Convencer al procesalista que no puede seguir reduciendo su investigación al análisis aislado y exclusivo de sus propias herramientas y, más bien, como primer acto, descubrir e identificar en las peculiaridades de los derechos materiales, los rasgos propios de las situaciones jurídicas de ventaja necesitadas de tutela.

Una vez conocida la estructura particular del derecho afectado, resulta más útil volver a las herramientas procesales y encontrar dentro de ellas la más idónea para conceder al titular de la situación sustancial afectada, aquello que más se acerque a la situación que aquél hubiera disfrutado si la ley no hubiera sido incumplida.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> “[...] el proceso ordinario de conocimiento (eventualmente seguido de ejecución forzada) por su naturaleza no es, en absoluto, idóneo para asegurar por sí solo una tutela jurisdiccional adecuada a todas aquellas situaciones de ventaja; a todos aquellos derechos, los cuales necesitan de una tutela urgente, es decir, de una tutela que prevenga o impida inmediatamente la continuación de la violación y no solo de una tutela represiva o por equivalente”. En: *PROTO PISANI. Andrea*. Appunti sulla giustizia civile. Bari: Cacucci. 1982. pp. 18-19.

<sup>7</sup> Lo descrito nos conduce al concepto de *margen diferencial*, esto es, a la diferencia entre lo que hubiera recibido el titular del derecho si el obligado hubiera cumplido su prestación espontánea y oportunamente, y aquello que recibe como producto de la actuación de la sentencia. Nos parece que esta categoría - margen diferencial - es más idónea para la construcción de un sistema procesal, en tanto su reducción se convierte

Esta evolución en los afanes de la disciplina procesal condujo al concepto de *tutela específica*, en tanto el objetivo a lograr implicó la búsqueda del instrumento de tutela más idóneo para proteger la situación sustancial necesitada de cobertura procesal. En otras palabras, el propósito es conseguir que el resultado obtenido en la sentencia conceda al titular del derecho afectado aquello que en la práctica le corresponde, tornando efectiva la histórica frase de Chiovenda.

Se trata, como resulta evidente, de reconocer la función instrumental del proceso respecto del derecho material (con precisión, de las situaciones necesitadas de tutela, las cuales pueden ser materiales o procesales). Conviene indicar que admitir esta función en modo alguno desmerece o reduce la calidad científica de los estudios procesales. Si las situaciones jurídicas sustanciales y procesales requeridas de tutela pueden ser satisfechas tempestivamente por medio del proceso, la obtención de su fin supremo (la paz social en justicia) estará al alcance del justiciable.

La dramática paradoja de los procesos de condena es que han adquirido en la escena contemporánea una importancia trascendente al mismo tiempo que siguen padeciendo un tratamiento anacrónico respecto de su ejecución. Precisamente esa importancia se asienta en aquellas obligaciones cuyo cumplimiento es más complicado de exigir, me refiero a las prestaciones de hacer y de no hacer no pasibles de cumplimiento por subrogación.

---

en la finalidad técnica a ser alcanzada por el proceso como instrumento social y político al servicio de la paz social en justicia.

A continuación se desarrollan algunos aspectos referidos a la tutela de ejecución dada su íntima relación con la tutela de condena, específicamente en su aspecto más sensible, su actuación.

### **La tutela de ejecución y la tutela de condena**

La primera dificultad teórica se presenta con el hecho de que la tutela de ejecución pretende hacer efectivo el interés jurídicamente protegido del ejecutante, a partir de un derecho que no necesita declaración (ascertamiento) judicial. El proceso de ejecución tiende a la actuación de la voluntad concreta del derecho reconocido, es decir, persigue directamente una resolución satisfactoria. Por esa razón, un proceso de ejecución solo termina normalmente con la satisfacción del ejecutante.<sup>8</sup>

La sentencia de condena, en cambio, es producto de un proceso cognitivo. En efecto, la sentencia de condena firme es naturalmente un título de ejecución, calidad que adquiere importancia cuando, al no ser cumplida espontáneamente, hace surgir la necesidad de conducir procesalmente su ejecución. La tutela de ejecución, por su lado, tiene como rasgo principal la ausencia de discusión cognitiva sobre la pretensión, en tanto el

---

<sup>8</sup> “El destino unilateral diferencia profundamente el proceso de ejecución del de conocimiento (cognitivo), donde todo se predispone al examen y juzgamiento del mérito y todas las actividades convergen a este, el cual, por tanto, podrá ser favorable a cualquiera de las partes. El proceso de conocimiento habrá cumplido su finalidad cuando el mérito haya sido juzgado, sin importar en qué sentido (fundada o infundada la demanda). El de ejecución, solo cuando el acreedor haya sido satisfecho” DINAMARCO, Cándido Rangel. *Execução Civil*. Sao Paulo: Malheiros. 1993. pp. 150.

demandante solicita directamente la actuación de la voluntad concreta del derecho contenido en su título de ejecución. Se trata de una actuación orientada directamente a obtener una resolución satisfactiva. La conexión entre ambas tutelas está dada porque los medios empleados para obtener satisfacción en la tutela de ejecución son los mismos que se emplean para obtener el cumplimiento de la sentencia de condena.

Admitir que la sentencia de condena concede o permite una actuación ejecutiva sin un proceso de ejecución previo, es una quiebra de la clasificación de las sentencias surgidas de la tutela de conocimiento. En tal sentido, la sentencia de condena así actuada es atípica, en tanto la actividad ejecutoria ocurre como secuela del mismo proceso de conocimiento. Las sentencias así actuadas se denominan sentencias de condena con inmediata actuación ejecutiva o sentencias de ejecución *latu sensu*. Esta es precisamente la razón por la cual, lo que le ocurra a la sentencia de condena que así vaya a actuarse, depende de los instrumentos con que cuenta la tutela de ejecución. Veamos algo sobre ello.

La tutela de ejecución está íntimamente ligada al contenido de la relación obligacional, la cual aparece detallada en el documento que posee título de ejecución. Al expedir el mandato de ejecución, el juez ordena que el demandado dé, haga o no haga algo; o soporte la ejecución de lo ordenado si no cumple.

Entonces, con la demanda de ejecución se pretende: a) eliminar los efectos de la infracción a un derecho; o b) impedir que la infracción a un derecho se repita o continúe el perjuicio. La satisfacción de estas pretensiones se obtiene por medio de los *actos ejecutivos*, los cuales son los instrumentos que posibilitan la transformación del mundo físico, teniendo como fundamento el

título que ordena satisfacer al demandante. Nótese que estos actos son pasibles de ser impuestos atendiendo a la *coertio* como atributo natural de la Jurisdicción.

La pretensión descrita en a) -eliminar los efectos de la infracción de un derecho- se obtiene reconstituyendo el derecho lesionado, lo que equivale a devolverle al acreedor lo que le corresponde. Esto se concreta por medio de la entrega de cosa cierta, de cuantía cierta o en actos de hacer o de no hacer.

Para cumplir la pretensión descrita en b) -impedir que la infracción a un derecho se repita o continúe el perjuicio-, se limita la conducta del deudor por medio de un mandato de hacer o de no hacer.

Aquí es pertinente una precisión. La determinación del mandato de dar, hacer o de no hacer está directamente ligada a la situación jurídica necesitada de tutela y, específicamente, a los rasgos intrínsecos de la prestación como tal, esto es, a su contenido material, su género y al tipo de acto ordenado ejecutar.

Cuando las prestaciones son de hacer o de no hacer, un factor relevante es identificar su fungibilidad, esto es, la aptitud para que aquéllas puedan ser reemplazadas. La infungibilidad puede ser jurídica o natural. La primera puede ser superada, pero la segunda sin duda que no. La dificultad de la infungibilidad natural es que carece de un patrón al cual se deben remitir las situaciones jurídicas tutelables, lo que conduce a tener que apreciarlas caso por caso.

Así por ejemplo, no todas las prestaciones de no hacer son infungibles.<sup>9</sup> La obligación de no polucionar un valle (no hacer), puede satisfacerse con la obligación del ejecutado de colocar un filtro en su industria. Si no lo cumpliera, el juez puede clausurar el establecimiento hasta que cumpla. A esto también se puede llegar realizando el acto (colocar el filtro) por tercero pero a cuenta del ejecutado o fijándole una sanción patrimonial progresiva y acumulativa hasta que cumpla (*astreintes*).

Ahora, los *medios ejecutivos* son actos destinados a producir la actuación del derecho. A este efecto se clasifican en *directos* e *indirectos*, atendiendo a aquello que se pretende obtener. Los *directos* son aquellos en los cuales la satisfacción se produce a expensas del deudor, de sus bienes, por acto de tercero o del propio juez pero a cargo del deudor. En cualquiera de los casos de ejecución directa se trata de una subrogación.<sup>10</sup> Suele denominarse *Ejecución Forzada* a este conjunto de actuaciones.

Cuando se deben usar los *indirectos* es porque la dificultad de satisfacer se ha acrecentado a partir de la necesidad insoslayable de actuación personal del ejecutado. Por esta razón, los medios

---

<sup>9</sup> Desde mediados del siglo pasado, Denti advirtió que en caso se violara un mandato prohibitivo, se puede requerir al incumplido para que, sustituyendo la prestación de no hacer, se le obligue a hacer lo necesario para reponer el *status quo ante* (la situación previa a su incumplimiento). DENTI, Vittorio. *L'esecuzione forzata in forma specifica*. Milán: 1953. p. 35.

<sup>10</sup> Genéricamente, se reconocen como medidas subrogatorias: la expropiación, la desposesión y la transformación. Sin embargo, ubicados en el caso concreto, las medidas adquieren especificidad, así, se puede citar a la búsqueda y aprehensión, la remoción de cosas y personas, la construcción o destrucción de la obra, el impedimento de actividad nociva, la requisa policial, entre otras.

ejecutivos no actúan sobre el universo jurídico patrimonial del deudor, sino sobre su voluntad, a fin de exigirle cumpla con la prestación a su cargo.<sup>11</sup> Suelen denominarse *medidas coercitivas* a los medios ejecutivos usados para injerir en la esfera de decisión del ejecutado.

Un dato importante para insertarlo en lo que sigue es que en los casos donde las obligaciones con prestaciones de hacer o de no hacer son infungibles, es imprescindible actuar sobre la voluntad del deudor, por la cual la satisfacción llega por ejecución indirecta, esto es, por las medidas coercitivas.

La sociedad del vértigo - la actual - nos presenta derechos inherentes a la personalidad, a la libertad, a los alimentos y a los salarios -ambos con contenido pero sin función patrimonial-, a la estabilidad laboral, al medio ambiente, al consumidor o al patrimonio histórico, para no extender el detalle de una lista que es generosa en su número e importancia, para la cual la tutela condenatoria en su esquema tradicional (empleo de la Ejecución forzada) es absolutamente inútil.

Como se ha advertido de los ejemplos dispersos del párrafo anterior, la tutela condenatoria se encarga de garantizar la vigencia de los valores en los que se asienta el propio Estado de derecho. Nos referimos tanto a prestaciones ligadas a derechos fundamentales (vida, honra, intimidad) como a derechos de la

---

<sup>11</sup> “Se trata, eso sí, de la llamada ejecución indirecta, caracterizada por actos de presión psicológica sobre el deudor, para persuadirlo del cumplimiento de la obligación”. En: PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “Tutela Jurisdiccional nas obrigações de fazer e não fazer”. En: *Livro de Estudos Jurídicos*. Río de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos. 1995. p. 130.

comunidad (medio ambiente, consumidor), cuya tutela es imprescindible que sea eficaz porque de lo contrario se desemboca en la quiebra del sistema democrático.<sup>12</sup>

Como la tutela condenatoria además de lenta es eminentemente sancionatoria, su ineficacia es grosera respecto de derechos cuya necesidad de tutela es urgente. Por ello resulta indispensable que la situación jurídica tutelable lo sea de manera urgente pero también *específica*. Para cumplir con este último extremo es necesario, en algunos casos, impedir de manera inmediata la continuación de la violación y, en otros, prevenir la ocurrencia del ilícito. En cualquier caso, se trata de obligaciones con prestaciones de hacer o de no hacer cuyos mandatos o prohibiciones judiciales deben ser ejecutadas en términos tales que la actuación o abstención se refleje en la conducta del obligado, tal como corresponde a una satisfacción *in specie* al titular del derecho.

En una época que - con más ligereza que rigor científico - ha sido llamada de constitucionalización de los derechos, se constata que la tutela de los derechos fundamentales y de los llamados “nuevos derechos” (derechos colectivos y difusos), aparecen cada vez nuevas situaciones materiales necesitadas de tutela, las cuales no solo son de condena, sino que, regularmente, son obligaciones que

---

<sup>12</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. “Stato de diritto e crisi dei modelli processuali nei sistema di democrazia socialista”. En: *Rivista di Diritto Processuale*. Padua: Cedam. 1992. p. 254. La tesis del profesor Comoglio consiste en que afirma que resulta inconcebible un Estado de Derecho que carezca de un sistema eficiente de acceso a la justicia, de garantía de la tutela de los derechos del individuo frente al Estado y, finalmente, de un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

no pueden ser cumplidas por otra persona o de otra manera que no sea la descrita en la sentencia que ordena la actuación o abstención.

Si esto se lograra, podría decirse que el proceso ha adquirido una significación social trascendente, precisamente en una zona que se encuentra descuidada. Veamos por qué.

### **Razones de un desencuentro histórico**

Así como el aforismo *Nulla executio sine titulo* (No hay ejecución sin título) fue el óbice que durante mucho tiempo limitó el estudio, difusión y después el reconocimiento y concreción normativa de los sistemas cautelares, *mutatis mutandi*, lo mismo ocurrió, y también por mucho tiempo, con la ejecución de las obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer.

En efecto, el aforismo *Nemo ad factum praecise cogi potest* o *Nem praecise ad factum cogi potest* (La única agresión de que es susceptible el deudor debe revestir naturaleza patrimonial) fue acogido como dogma por el Artículo 1142 del Código Civil francés.<sup>13</sup>

Atendiendo a la considerable influencia que el derecho francés tuvo sobre España y por tanto sobre los países sudamericanos, el par de datos históricos antes descrito, resulta determinante para explicar la situación en la que ahora estamos.<sup>14</sup> El camino fue

---

<sup>13</sup> “Art. 1142. Toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en daños y perjuicios e intereses, en caso de incumplimiento del deudor”.

<sup>14</sup> “Como es conocido, más allá del área de influencia del modelo germánico, un número notable de ordenamientos del *civil law*, de Italia a Bélgica, de España a los países de América Latina, por distintos

arduo y cuesta arriba. Sin embargo, para mediados del siglo pasado quedó más o menos evidenciada la tesis de que ninguna dignidad ni libertad del deudor se afecta si se permite que la actuación incumplida la realice otro. Un primer avance se dio respecto de las obligaciones que contienen prestaciones de contratar y de prestar declaración de voluntad. Así apareció lo que un sector de la doctrina dio en llamar la sentencia sustitutiva.

### **Un breve escarceo por la doctrina y legislación comparadas**

Un dato a no olvidar es que en la sociedad del vértigo cada vez hay nuevos derechos, los cuales, como es obvio, aumentan el listado de las situaciones de ventaja que deben ser tuteladas. Ello complica la función del juez, en tanto, la tutela de ejecución será eficaz solo si previamente se identifican las situaciones sustanciales efectivamente tutelables y, luego, si se eligen los medios ejecutivos idóneos para satisfacerlas.

### **La ejecución en el *Common law***

Aun cuando la distinción formal entre *Common Law* y *Equity* fue abolida en el siglo XIX, todavía se mantiene la diferencia entre situaciones tutelables *at law* o con los *equitable remedies*, es decir, en derecho o por equidad.

---

acontecimientos históricos se han inspirado en el modelo francés, en general y específicamente en lo que respecta a la tutela de los derechos en sede ejecutiva.” En: TARUFFO, Michele. “L’attuazione esecutiva dei diritti: Profili comparatistici.” En: *Processo e Tecniche di attuazione dei diritti*. A cura di Salvatore Mazzamuto. Napoli: Jovene Editore. 1989. p. 97.

Por *at law* se tutelan los derechos con contenido económico (suma de dinero como pretensión originaria o sustitutiva que podría ser el resarcimiento de un daño). Para ello se usa la ejecución forzada, sea con ejecuciones directas por consignación o por expropiación y venta para satisfacer el pago de la deuda. Por *equity*, en cambio, se proveen remedios a situaciones no tutelables *at law*. Es útil para la aparición de nuevos derechos, permitiendo que la jurisdicción se adecúe a las necesidades reales de tutela.

Un instituto destacado surgido de la *equity* es la *injunction*: una orden judicial de hacer (*mandatory*) o de no hacer y cesar un comportamiento lesivo (*prohibitory*), que puede tener naturaleza cautelar o definitiva. Su principal rasgo es que se adapta a cualquier situación necesitada de tutela.<sup>15</sup>

Al actuar sobre el caso concreto, la *injunction* se convierte en una cláusula de cierre de la tutela jurisdiccional. Así, para los ‘nuevos derechos’ (del medio ambiente, de la desegregación racial o la tutela de los consumidores, de los derechos de los pacientes en los hospitales o los reclusos en las cárceles) la *injunction* estructural es plenamente eficaz.

---

<sup>15</sup> Fiss distingue tres tipos diferentes de *injunction*, el preventivo, el regulatorio y el estructural. El primero tiene por finalidad tratar de detener un evento o acto. Los otros dos, en cambio, se caracterizan porque su ejecución consiste en una relación continua entre las partes y el tribunal. FISS, Owen M. *Injunctions*. Nueva York: The Foundation Press Inc. 1972. p.1.

Hacia el final de este trabajo nos referiremos al *injunction* estructural y su relevante importancia para el sistema judicial, para los “nuevos derechos” y para enfrentar nuestros propios problemas de déficit de justicia.

Cuando la ejecución exige una serie de actos complejos, diversos y continuados, las Cortes nombran a personas (*officers of the Court*) que realizan o dirigen los actos (se les llama *receivers* si administran dinero o *masters* cuando cumplen o controlan actividad de otra naturaleza). Un *receiver* puede hacer cesar actividad dañosa o desarrollar actividades para no dañar y aun pagar los daños.

La resolución que contiene la *injunction* describe con precisión el resultado que se quiere conseguir, pero no los medios ejecutivos para conseguirlo, estos son elegidos por el órgano nombrado por la Corte, quien le da cuenta a esta. La *injunction* tiende a imponer la ejecución específica (*specific performance*) de la obligación de hacer o de no hacer, por eso se emplea mucho en relaciones de familia, derechos fundamentales, protección del ambiente o del consumidor.

Un complemento para que se cumpla la *injunction* es el *Contempt of Court*, que es un requerimiento que impone la Corte para asegurar se cumpla su mandato. Así, el juez puede condenar al obligado al pago de una compensación fijada discrecionalmente o su detención hasta que no cumpla con la prestación debida, por no más de dos años. Es considerado normal y hasta indispensable que el *Contempt of Court* esté destinado a provocar el cumplimiento de una obligación contenida en una *injunction*. Inclusive puede tener una función compensatoria, lo que ocurre cuando la Corte decide que la suma pagada por *Contempt* sirva para resarcir el daño por incumplimiento o por retardo.

La Corte ha desarrollado una amplia discrecionalidad en la elección del instrumento ejecutivo idóneo para la actuación del derecho sustancial. Por eso la regla de la *specific performance*

tiende a generalizarse atendiendo a cumplir la orden específica del juez.

Para las obligaciones no dinerarias se han creado nuevas formas de ejecución específica por subrogación del obligado (*masters, receivers*) y el uso del *Contempt of Court* cuando la subrogación no es posible o no es oportuna, a tono con la preocupación actual de los Estados constitucionales.

### **El modelo germánico**

Al igual que el *Common law*, el modelo alemán conecta la situación sustancial necesitada de tutela al medio ejecutivo específico que debe emplearse. Su rasgo distintivo es que tanto las obligaciones como los actos ejecutivos están regulados con precisión para ser usados en cada caso. El objetivo es asegurar la ejecución específica de cada tipo de prestación, reduciendo la discrecionalidad.

Así tenemos que: 1. Las obligaciones de contenido pecuniario se tutelan con actos ejecutivos por transformación; 2. Las obligaciones de consignación o entrega de bien, con formas específicas de aprehensión coactiva del bien; 3. Las obligaciones de hacer fungibles (*vertretbar*), con la ejecución directa por subrogación de un tercero a costo del obligado; 4. Las obligaciones de hacer infungibles (*unvertretbar*), de no hacer o de cesar el acto, con la ejecución indirecta por medio de la imposición de penas pecuniarias (*zwangsgeld*) o del arresto (*zwangshoft*). En general: *Zwangsstrafen*; y 5. Las obligaciones de cumplir declaraciones de voluntad, se actúan por la misma sentencia.

Sin embargo, la enseñanza es que el detalle normativo no asegura la eficacia. Si el demandante pretendiera el resarcimiento del daño, por ejemplo, la ZPO quedaría descartada. Los mayores problemas están en las obligaciones de hacer. Decir que son infungibles aquellas cuya actuación *'depende exclusivamente de la voluntad del obligado'* no parece ser un criterio definitivo. La distinción entre obligaciones fungibles e infungibles es teóricamente sencilla aunque no lo es en la práctica. Por eso la jurisprudencia ha atemperado el rigor de la clasificación.

También se usa la multa (*Geldstrafe*) como elemento compulsorio, como también ocurre con la detención. Hay una diferencia entre la suma pagada por *zwangsstrafe* y la *astreinte* francesa. La primera va al Estado mientras la segunda al acreedor. Esto ocurre también porque la primera solo opera en las obligaciones de hacer infungibles y de no hacer; en cambio la *astreinte* en todas.

Al regularse una rígida tipificación de las obligaciones y de los correspondientes actos ejecutivos, el objetivo del cumplimiento específico se pierde en una aplicación muy limitada y rígida. Lo preciso siempre es poco elástico, reduciéndose así el poder creativo de la Corte. La tutela es 'fuerte' para las hipótesis previstas en la ley, pero no ayuda a las nuevas situaciones o a aquellas que no entran en una u otra clasificación.

### **El modelo francés**

El 1142 del CC francés –el famoso Code– decía que toda obligación de hacer o de no hacer se resolvía en daños y

perjuicios.<sup>16</sup> Sin embargo, a despecho de un artículo que nítidamente excluye la coacción sobre el deudor, la jurisprudencia actualizó la solución al problema, tanto que a la fecha el artículo solo se aplica a las obligaciones *intuitu personae* o de hacer infungibles, y ni siquiera a ellas.

La jurisprudencia creó la *astreinte* a comienzo del siglo XIX y, asimismo, le dio otro contenido al concepto “daños y perjuicios”, imponiéndole al deudor de una obligación de hacer una condena pecuniaria por cada día de atraso. Como es obvio, no lo hizo buscando resarcir al acreedor –como era al comienzo- sino induciendo al deudor a que cumpla con lo que ha devenido en una medida coercitiva dirigida a la voluntad del deudor a fin de que

---

<sup>16</sup> “La mayor parte de las veces es imposible compeler directamente al deudor a que haga lo mismo que ha prometido hacer o se abstenga de aquello que se ha obligado a no hacer: *nemo potest praecise cogi ad factum*. La mala voluntad del deudor podrá poner al acreedor en la imposibilidad de obtener lo que le ha sido prometido; entonces la ley permite reclamar el equivalente en la forma de daños e intereses. Así, si el deudor no fabrica la casa que ha prometido construir, o bien, escribe en un día en el cual ha prometido no escribir, esta circunstancia da lugar a daños e intereses a favor del acreedor.

Los artículos 1143 y 1144 (del Código Napoleónico) no son sino la consecuencia de un mismo principio a saber que el acreedor tiene derecho a la ejecución directa de la obligación todas las veces que sea posible. La acción de la justicia para procurar esta ejecución no debe detenerse sino ante una imposibilidad material, como sucedería, por ejemplo, si se trata de un artista que ha prometido pintar un cuadro y rehusa ejecutarlo: será menester, en semejante caso, que el acreedor se contente con los daños e intereses, pues, ningún poder humano podría obligar al pintor a tomar sus pinceles; y de otro lado, como el talento personal del artista ha sido indudablemente tomado en consideración, la cuestión no podría reducirse a hacer ejecutar la obligación por otra persona”. En: BAUDRY, G. y LACANTINERIE. *Précis de Droit Civil*. Dos volúmenes. p. 605.

cumpla de manera específica. El destinatario de la suma es siempre el acreedor; el monto se fija según criterios establecidos por el juez caso por caso, a fin de que sea eficaz su función compulsoria.

Actualmente la *astreinte* se aplica a cualquier tipo de obligación, convirtiéndose en un instituto que lo usan todos los jueces. Al dejar de ser una medida coercitiva subsidiaria, es útil inclusive para obligaciones de hacer o de no hacer fungibles, pero que pueden ser susceptibles de ejecución específica por obra de tercero o para asegurar la actuación de medidas cautelares. Existe la llamada *astreinte* ‘endoprocesal’ para asegurar la actuación de algunas decisiones instructorias del juez.

### **La herencia francesa**

Como ya se expresó, España y los países de América Latina se inspiraron en el modelo francés en lo referido a la tutela de los derechos en sede ejecutiva. Desgraciadamente solo en el plano normativo y a despecho de antecedentes que, en el caso español, insinuaban una ruta distinta.<sup>17</sup> Con lo cual se privilegió la ejecución por expropiación de las obligaciones de dar suma de dinero (ODSD) pero, ausente el *input* jurisprudencial, no se acogió la *astreinte* como técnica de ejecución directa de las obligaciones de hacer o de no hacer sin opción de subrogación.

Lo dicho, con ligeras variantes, es aplicable a Italia donde están cubiertas las ODSD de consignación y entrega de bien y las de

---

<sup>17</sup> “E si la sentencia fuesse dada contra el demandado en razón de alguna cosa que debiera faser, débelo apremiar que la faga, assi como fué puesto ó lo prometió”, Partida III, título 27, ley 5.a.

hacer subrogables, pero desprotegidas las obligaciones con prestaciones de hacer o de no hacer no subrogables.

Resulta curioso que Francia haya dado el paso sin cambiar su normativa y que ello no trascendió a los países que la tomaron como modelo, tal vez porque es más sencillo copiar un enunciado normativo que una costumbre.

### **El caso nacional**

El Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852 -el primero de nuestra vida republicana si descartamos al Código de Procederes de Santa Cruz que en la práctica no rigió- fiel a los antecedentes (el modelo francés) que hemos descrito, regula la ejecución patrimonial de la obligación de hacer en caso de incumplimiento y aunque admite implícitamente que pueden haber obligaciones de hacer que no pueden valorizarse, opta por no hacer referencia normativa a qué debería ocurrir en tal caso.<sup>18</sup>

El Código Civil del mismo año, mantiene el patrón genérico postulado en el Código francés de 1804 en materia de resarcimiento de daños por incumplimiento.<sup>19</sup> Y, específicamente en materia de obligaciones con prestaciones de hacer o de no

---

<sup>18</sup> Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852: “Art. 1195. Siempre que pueda valorizarse en dinero la obligación de hacer, se apreciará por peritos después de la sentencia, si no se hubiese hecho dentro del término de prueba. Lo mismo se practicará cuando sea imposible la entrega de la cosa que se demanda”.

<sup>19</sup> Código Civil de 1852: “Art. 1265. El que celebra un contrato, no solo está obligado a cumplirlo, sino también a resarcir los daños que resulten directamente de la inexecución o contravención por culpa o dolo de la parte obligada”.

hacer, prevé la subrogación por tercero de la construcción o destrucción incumplida.<sup>20</sup>

El Código de Procedimientos Civiles de 1912 no podía sustraerse a tutelar las situaciones jurídicas surgidas de la normativa del Código Civil de 1852 a pesar de los sesenta años que los distanciaban. Por eso, en la materia que nos interesa, reiteró el procedimiento del Código derogado, esto, es, requerir al obligado, luego proceder a embargar y rematar bienes del deudor para, con lo que se obtenga, cubrir la construcción o destrucción incumplidas. Tal vez la diferencia con lo anteriormente regulado es que se permite al demandante opte entre pedir la construcción o destrucción del acto incumplido o la indemnización por daños y perjuicios.<sup>21</sup>

Sin embargo, para que no haya dudas en torno a los límites respecto de lo que se puede hacer con el demandado, establece un claro enunciado normativo.<sup>22</sup> Esto, finalmente, conduce al

---

<sup>20</sup> Código Civil de 1852: “Art. 1276. Cuando la parte obligada a hacer o no hacer alguna cosa, falta por omisión o contravención, tiene la otra parte el derecho de pedir que se le autorice para que, a costa de la persona obligada, se haga lo convenido, o se destruya lo que se hizo contra el pacto”.

<sup>21</sup> Código de Procedimientos Civiles de 1912: “Art. 735. Aprobada la tasación de los bienes embargados, el demandante optará por la ejecución de lo convenido o destrucción de lo hecho, a costa del ejecutado, o por la indemnización de perjuicios. La petición del demandante se pondrá en noticia del demandado, y transcurridos dos días, resolverá el juez lo conveniente”.

<sup>22</sup> Código de Procedimientos Civiles de 1912: “Art. 736. Solo se puede exigir del demandado la ejecución forzada de la obligación de hacer, cuando para ello no haya de emplearse violencia contra su persona”.

legislador del Código de 1912 a un enunciado normativo que reproduce el artículo 1142 del Código Napoleónico.<sup>23</sup>

Y así llegamos a 1973, año en que entra en vigencia una ley que reforma el trámite del juicio ejecutivo, derogando las previsiones establecidas para él en el Código de 1912. La nueva normativa no modificó sustancialmente nada de lo que preveía sobre la materia el Código que derogó. Su mérito fue incorporar la ejecución por sustitución, esto es, la posibilidad de que el juez -reemplazando al demandado en el incumplimiento de la sentencia firme- formalice un contrato o suscriba un documento en nombre de este.<sup>24</sup>

De allí se llega a 1993, año en el que entra en vigencia el Código Procesal Civil (en adelante CPC). A pesar de tratarse de una reforma integral del proceso civil, en lo que respecta a la materia tratada no representó tampoco ningún cambio sustancial. Eso es exactamente lo que ocurrió con el Decreto Legislativo No. 1069 que, en el año 2008, incorporó el Proceso Único de Ejecución derogando buena parte del CPC sobre la materia, es decir, sobre

---

<sup>23</sup> Código de Procedimientos Civiles de 1912: “Art. 739. Si el hecho del demandado, por ser personalísimo, no puede ser practicado por otro, o es imposible la destrucción de lo que se ha hecho contra el pacto, se resolverá la obligación en el resarcimiento de perjuicios, observándose lo dispuesto en el artículo anterior”.

<sup>24</sup> Decreto Ley No. 20236: “Art. 64. Si la obligación consistiese en formalizar un contrato o suscribir un instrumento, consentida o ejecutoriada la sentencia en caso de que el ejecutado no lo hiciera dentro de un día, el Juez practicará el acto en rebeldía del demandado”;

“Art. 65. El procedimiento establecido en este Capítulo se aplicará también para el otorgamiento de los instrumentos públicos o privados, necesarios para formalizar la constitución y cancelación de hipotecas y prendas con Registro”.

obligaciones con prestaciones de hacer o de no hacer no incorporó ninguna reforma digna de ser comentada.

Lo lamentable de esta experiencia legislativa es que, a diferencia de 1993, para el 2008 los responsables del Decreto Legislativo estaban en aptitud de apreciar lo acogido en la legislación y doctrina comparadas y, sobre todo, en el Código Procesal Constitucional (en adelante CPCons), lo que describiremos a continuación. Lamentablemente desperdiciaron la oportunidad de incorporar para todo el ordenamiento jurídico un sistema atípico de medidas coercitivas.

### **El gran cambio: el Código Procesal Constitucional (CPCons) del 2004**

Para comprender lo que se diga a continuación, téngase en cuenta que el CPCons fue un producto singular desde su origen. Hace un tiempo un grupo de amigos decidieron sustituir su depresión, originada en soportar cotidianamente las arbitrariedades de un gobierno dictatorial y corrupto, y empezaron a reunirse los fines de semana a diseñar un ordenamiento procesal que tutelara la Constitución *in totum*.<sup>25</sup>

Con especialidades distintas pero confluyentes al objetivo pergeñado, perfilamos sin prisa pero con algunas pausas un documento de trabajo. Hasta que un día nos sorprendió la democracia convirtiendo en ley lo que había sido una terapia contra las malas épocas del país y de la Constitución.

---

<sup>25</sup> Samuel Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco Eguiguren Praeli, Domingo García Belaunde, Arsenio Oré Guardia y el articulista.

Para efectos del presente trabajo, hay un artículo trascendente y otros dos que son complementarios al primero. Acometeré su análisis con la puntualidad que la ocasión exige.

## **El artículo 22 del CPCons**

Este es el artículo más importante, lo que puedo haber aportado a él es poco en proporción a quien fue su gestor, Juan José Monroy Palacios. Lo discutimos mucho en casa y después en la Comisión. Su resultado, creo necesario decirlo, nos llena de orgullo, el cual sería mayor si no fuera porque el honorable Congreso cometió la impertinencia –en ejercicio de su potestad claro está- de cercenarlo, sin siquiera saber lo que hacía.

La versión que llegó de la Comisión al Congreso fue acogida en el Proyecto de Ley No. 09371.<sup>26</sup> Como la versión final tiene

---

<sup>26</sup> Proyecto de Ley No. 09371: “Art. 22. Actuación de sentencias. La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad. La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas, disponer la destitución del responsable, o, incluso, su prisión civil efectiva hasta por un plazo de seis meses renovables. Cualquiera de esas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución. El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente. El Juez puede decidir que las multas

cambios, describiremos el Proyecto y a continuación las modificaciones que recibió en la Ley si ese fuera el caso.

- En el Proyecto se afirma que la sentencia se debe actuar “*conforme a sus propios términos por el juez de la demanda*”. Aquí hay dos mandatos de la mayor importancia. El primero es que se acoge literalmente la *tutela específica* y, además, se reitera que el juez de la demanda es el juez de la ejecución. Si bien este segundo extremo puede considerarse una obviedad, como se comentará al final de este trabajo, su incumplimiento es un severo pasivo con el que debe cargar el Tribunal Constitucional, por lo menos respecto a lo hecho en los últimos años. Este párrafo apareció tal cual en la Ley que promulgó el CPCons.

- Cuando en el Proyecto se enumeran las medidas coercitivas se dice: “[...] o, incluso, su prisión civil efectiva hasta por un plazo de seis meses renovables”. Como se ha descrito en este trabajo, en el *Common law*, específicamente en Estados Unidos, la detención por *Contempt of Court* puede durar hasta dos años e, incluso, ni siquiera admite como límite la inmunidad parlamentaria. En un país que ilustró al mundo sobre los alcances e importancia del debido proceso (*due process of law*), nótese como coloca en un

---

acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial. El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular. La prisión civil efectiva cesa inmediatamente después de acatado el mandato. Si dicho acatamiento solo puede realizarse con la presencia del detenido, este debe solicitar su libertad al Juez, fundamentándola en su voluntad de realizar la actividad exigida y especificando y especificando el modo y el tiempo en que cumplirá la misma”.

lugar excepcional el cumplimiento específico de las decisiones judiciales.

Lamentablemente el Congreso nacional no tuvo en cuenta o desconoció esta información. En cualquier caso, afincado en una concepción conservadora e hipergarantista de la libertad –la exageración del ideal liberal que describíamos anteriormente– eliminó la prisión civil de la propuesta. Como es evidente, se trata de una severa afectación a la opción que el juez peruano cuente con una cobertura integral de medidas coercitivas.

- Aun cuando se varió el destinatario de los montos obtenidos –tema que puede ser discutido– se incorporaron también las *astreintes* del modelo francés, estableciéndose aspectos destacados como, por ejemplo, concederle al juez discrecionalidad para establecer el monto, por cierto, atendiendo al *contenido específico del mandato*, a la *magnitud del agravio constitucional* y a la *capacidad económica del requerido*.<sup>27</sup> Esto último con la idea de dejar al juez que establezca cuál es la medida coercitiva idónea en función de los rasgos del caso en concreto.

Asimismo, se establece que el requerimiento debe formar parte de la sentencia, sin perjuicio de que –de oficio o a pedido de parte– aquél pueda ser modificado durante su ejecución.

Como se advierte, el artículo 22 del CPCons es lo más cercano a un sistema atípico de medidas coercitivas, limitado es cierto por la eliminación de la prisión civil propuesta en el Proyecto.

---

<sup>27</sup> En el modelo francés los ingresos van al demandante, en nuestro caso al Poder Judicial.

Inclusive, probablemente con menos claridad de la que se hubiera necesitado, el mismo artículo regula la actuación inmediata de la sentencia impugnada, atendiendo precisamente a la urgencia de satisfacer un derecho constitucional afectado de amenaza o agravio. Posteriormente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se encargó de otorgarle pautas complementarias que consagraron su empleo.

### **Los artículos 59 y 60 del CPCons**

- Con una sumilla similaral del artículo 22, el artículo 59 lo complementa, a efecto de hacer viable y expeditiva la actuación de la sentencia en un proceso constitucional.<sup>28</sup> Así, establece los

---

<sup>28</sup> “Artículo 59. Ejecución de sentencia. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del presente Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado. Si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido, el Juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo contra quien incumplió, cuando corresponden y dentro del mismo plazo. Transcurridos dos días, el Juez ordenará se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda, y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El Juez podrá sancionar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, conforme a lo previsto por el artículo 22 de este Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario. En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho. Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria de carácter normativo que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia. Para efectos de una eventual impugnación, ambas sentencias se examinarán unitariamente. Cuando la

plazos en los que el obligado debe cumplir lo ordenado y establece el trámite a seguir cuando este sea un órgano público, situación muy común en la tutela de los derechos fundamentales. Por otro lado, combina los medios ejecutivos, de tal suerte que puede ordenar al superior del funcionario que incumple, conducir un procedimiento administrativo contra este, sin perjuicio de poder sancionar por desobediencia (*contempt of Court*) a ambos, siguiendo las opciones facultativas que le otorga el artículo 22.

Asimismo precisa el ámbito de competencia temporal del juez ejecutante (el de la demanda) y aún está facultado para precisar los demás efectos del fallo para el caso concreto. Por cierto, también puede expedir sentencia ampliatoria sustituyendo la omisión normativa incurrida por el funcionario obligado.

Si la institución recogida en el artículo 60 tiene antecedentes legislativos o doctrinarios en el derecho comparado, es un aspecto que, podemos afirmar con certeza, el legislador nacional lo ignoró cuando la propuso, cuando la Comisión aprobó la propuesta, cuando se convirtió en ley y ahora.<sup>29</sup> De existir esa institución en

---

sentencia firme contenga una prestación monetaria, el obligado que se encuentre en imposibilidad material de cumplir deberá manifestarlo al Juez quien puede concederle un plazo no mayor a cuatro meses, vencido el cual, serán de aplicación las medidas coercitivas señaladas en el presente artículo”.

<sup>29</sup> Código Procesal Constitucional: “Artículo 60. Procedimiento para represión de actos homogéneos. Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución. Efectuado el reclamo, el Juez resolverá este con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo.

la doctrina o en la legislación, no tendría por qué asombrarnos, las abejas de la imaginación solo requieren de una necesidad social que las motive. En el presente caso, un estado de injusticia post-ejecución fue más que suficiente.

El procesalista –ya se dijo en este trabajo- tiene el imperativo ético de identificar las situaciones jurídicas sustanciales pasibles de tutela, e intentar proveerles de un remedio que las garantice. Esto significa que si la situación tutelable se presentara y su cobertura no existiera, debe asumir el encargo intelectual de imaginar fórmulas procesales que impidan la infamia de que se consolide una injusticia, por ausencia de instrumentos técnicos que la impidan.

Si un proceso concluye y la decisión judicial se actúa, no sería extraño que en los cálculos del infractor pueda serle rentable volver a afectar al victorioso a fin de que otra vez soporte el agravio durante el tiempo que dure el nuevo proceso o, tal vez, especulando con la posibilidad de que aquél ya no tenga medios para volver a defenderse. A grandes rasgos, esta es la *fattispecie* acogida en el artículo 60. Si el juez de ejecución advierte que el agravio actual guarda homogeneidad con el que motivó el proceso concluido con victoria del demandante, le ahorra a este un nuevo proceso y reprime el acto homogéneo.

No es una medida coercitiva sin duda, pero la describimos porque constituye un aporte en la línea de afianzar la tutela jurisdiccional efectiva en el ámbito de la ejecución de las sentencias.

---

La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente”.

## **El Tribunal Constitucional (en adelante TC) y los artículos 22 y 59 del CPCons**

Una primera aproximación a la comprensión de lo que ha ocurrido y viene ocurriendo con el proceso en el TC, es que buena parte de los miembros de este han asumido sin mayor reflexión dos ideas: la primera, que no es absolutamente imprescindible conocer doctrina procesal para ser juez; y la segunda, que tratándose de un saber “adjetivo”, lo que desconozcan sobre él no va a ser relevante para la eficacia de la función. Resulta imposible saber cuál de las dos ideas es más absurda y perniciosa. En todo caso, la Biblia sintetiza el resultado (“Por sus frutos los conoceréis”).

Para no alejarnos demasiado del tema materia de investigación, bastará citar algunas rutas abiertas por el TC en materia procesal que, es de esperar, sean clausuradas muy pronto.

- El TC ha intentado justificar su original idea de que es posible crear figuras procesales sin saber proceso, por medio de la “Autonomía procesal”, la cual no solo no es lo que se dice, sino que ni siquiera es lo que parece. En las disciplinas apuradas por ser reconocidas como científicas –el caso del Derecho–, es indispensable que el plano de la justificación sea razonable. Si se revisa lo que se ha dicho sobre la Autonomía procesal, se advertirá que aquello que en otras latitudes se describía como una advertencia, en sede nacional fue vertido como un dogma, increíble.

- Si se compara la duración promedio del proceso de amparo peruano con la del que fue, en gran medida, su modelo, el argentino, se advertirá que el nuestro dura por lo menos diez veces más. Ese es un estado de la situación que hay que revertir. El TC –

a donde llegan los amparos cuando ya ha transcurrido por lo menos dos años desde su inicio, en promedio- decidió atacar el problema de la duración desde “sus alturas”. Nos explicamos. Un proceso de amparo llega al TC con dos decisiones conformes – autos- en los cuales se declara que la demanda es improcedente, es decir, que carece de uno o más presupuestos para que se pueda expedir un pronunciamiento válido sobre el mérito.

Sin embargo, el TC –cual superhéroe- decide resolver el mérito y funda la demanda, atendiendo a la “urgencia” propia de los procesos constitucionales. Urgencia que, como sabemos, sustenta el trámite sumaráisimo del amparo –no se discute- pero que al llegar al Tribunal luego de dos años o más, convierte su empleo como fundamento de su actuación en una broma macabra. Sobre todo para el demandado que jamás pudo defender el mérito, en tanto este nunca fue materia del proceso, el cual, recordemos, solo tuvo como cuestión los presupuestos de validez del proceso.

Difícil encontrar una forma más brutal de afectar la tutela jurisdiccional de un demandado, es decir, de violar su derecho constitucional a un proceso justo. Acto realizado por el supremo intérprete de la Constitución. Aquí recordamos a Juvenal y sus Sátiras y con él nos preguntamos: *Quis custodiet ipsos custodes?* (¿Quién vigila a los vigilantes?).

Respecto del artículo 22 del CPCons la conducta del TC ha sido por lo menos polar. Por un lado, jamás fue consciente de la extraordinaria oportunidad histórica de procurar convertir el artículo en estudio en un sistema atípico de medidas coercitivas que pudiera ser empleado por todos los jueces del país para la actuación de las sentencias. Tal vez la oportunidad perdida se explique en un hecho sencillo: el TC ha desconocido

palmariamente todos los aportes de la doctrina y legislación comparadas en materia de obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer. Ni siquiera barruntó lo que podría haber encontrado en la literatura procesal si hacia allá hubiera conducido sus pesquisas. Una verdadera lástima.

Por otro, el TC fue absolutamente consciente del protagonismo que implicaba la ejecución de las sentencias. Entonces, sin información pero entusiasmado por acrecentar su “prestigio”, acometió la tarea de sustituir al juez de ejecución (el juez de la demanda) para “asegurar” el cumplimiento de sus decisiones en sus propios términos. Es decir, en lugar de proveerse de información y expedir algunas decisiones paradigmáticas –con formato de precedente- destinadas a investir al juez de ejecución de todos los instrumentos coercitivos regulados e, incluso, proponer algunos no normados cuando la particularidad de la situación jurídica tutelable así lo exigiera, prefirió subirse las mangas y bajar al llano a, literalmente, “ejecutar sus sentencias”.

Como el proceso y sentido común enseñan que las ejecuciones ocurren en el llano y el TC se ubica en la cumbre, la única manera de intervenir en las ejecuciones era conseguir que el expediente retorne. Entonces el TC resolvió el obstáculo inventando –no creando que es un proceso racional- procedimientos e “instituciones”. Así apareció la “apelación por salto”. Si ya es discutible la utilidad de la casación por salto, atendiendo a la exigencia de que tenga un origen convencional, resulta insólito que se haya incorporado como un aporte –suponemos al proceso- una institución tan absurda como puede ser aquella por la que un órgano supremo de control de la constitucionalidad se disponga a

recibir miles de procesos donde se discutirá la peculiaridad de tal o cual ejecución.

Como resulta evidente, mejor hubiera sido investir al juez de ejecución del imperio que le otorga el artículo 22 del CPCons y así las sentencias se ejecutarían en sus propios términos, tal como reza el enunciado citado.

Lo que mal empieza mal acaba. Si el TC hubiera tenido conocimiento, tanto de la doctrina procesal sobre la materia como de las actuaciones de los tribunales y cortes supremas en otros ámbitos, hubiera advertido que hay algunas ocasiones excepcionales, en las cuales, en efecto, los órganos supremos acompañan la ejecución de su decisión. Sin embargo, ello solo ocurre por dos razones: porque el cumplimiento del mandato es de singular trascendencia para la sociedad y, en segundo lugar, porque se trata de una reforma estructural a desarrollarse en un periodo considerable. Siendo interés del órgano supremo que el objetivo se concrete sin distorsiones, mantiene una relación de supervisión y control sobre sus ejecutores por un tiempo considerable.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Fiss considera que el proceso judicial es el instrumento mediante el cual los valores contenidos en la Constitución son provistos de expresión y significado concreto. Distingue dos modelos de proceso. El modelo de resolución de conflictos (RC) parte de la idea de que la sociedad es naturalmente pacífica y que el conflicto es un hecho anormal entre dos individuos que debe ser resuelto para regresar al *statuo quo*. En un mundo de individuos la solución consiste, entonces, en volver a la normalidad. Con el RC se consigue evitar la violencia y postular reglas que minimicen las disputas y maximicen la satisfacción de los fines privados. En este modelo se privatizan los valores y se aísla a los jueces de su función pública (cuando dos vecinos van donde un extraño para

que resuelva su conflicto, no lo ven como parte del Estado). El otro modelo de proceso puede llamarse de reforma estructural (RE). Surge cuando se descubre que la amenaza al objetivo de afianzar los valores contenidos en la Constitución, no la producen los individuos sino el funcionamiento mediocre de las organizaciones estatales, en otras palabras, la burocracia del Estado moderno. Muy prontamente se constata que la respuesta jurisdiccional que se puede dar a uno, dos o diez mil casos concretos no resuelve el problema de la organización deficiente, por lo que la única respuesta trascendente es reestructurarlas. Asimismo, se confirma que los medios y los tipos de ejecución con los que se cuenta (indemnizaciones p.e.) no son suficientes. Aquí es donde aparece el injuncion estructural como un mandato para extenderlo durante todo el tiempo que sea necesario, a fin de producir en la realidad la transformación de la estructura tradicional, arcaica e inconstitucional de una determinada organización a fin de producir su reforma radical. Es una manera de reivindicar la función pública de la impartición de justicia estatal. El proceso con RE en su ejecución surgió en los sesenta del siglo pasado como producto del caso Brown (Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 -Brown I- y 349 U.S. 294 [1955] Brown II). Como es evidente, hubiera sido imposible que la transformación de un sistema de educación dual a un sistema de educación único hubiera podido ocurrir sin modificar las aulas, los baños, los casilleros, los reglamentos, etc. Lo trascendente y significativo es que el cambio se produjo y, en gran medida, el éxito se debió a la importante función que le cupo a la Corte Suprema en prolongar en el tiempo su sentencia y darle legitimidad constitucional a los injunciones estructurales que expedían las cortes locales para concretar la reforma. Para inicio de los setenta, el efecto Brown se trasladó de las escuelas a las estaciones de policía, hospitales psiquiátricos, agrupaciones de vivienda y empleos públicos. Si bien para fines de los setenta el proceso de RE fue atacada en su legitimidad, incluso por un sector de la propia Corte Suprema, es de entender que el ataque se explica más por el sistema político-social que empezó a tener el liderazgo (de gobiernos como el de Reagan o Bush padre no se podía esperar otra cosa). En esta prieta síntesis quisiera dejar sentado una vieja idea: desde el proceso es perfectamente posible producir un cambio radical en la sociedad, solo hay que estar dispuestos a perseverar en el ideal de una comunidad solidaria, igualitaria y libre, luego los instrumentos para lograrlo se pueden afinar. El libro consultado es: *El*

Lo descrito no explica ni justifica lo que ha hecho el TC en sede nacional, aunque demuestra que pudo involucrarse decididamente y convertirse en un eficaz agente de reforma de las estructuras sociales del país, si hubiera conocido sus posibilidades y limitaciones.

## **Conclusiones**

La doctrina y legislación comparadas muestran un tránsito hacia la obtención de una tutela específica en materia de ejecución de obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer.

Se debe contar con una tutela jurisdiccional que provea medios ejecutivos para que todas las situaciones jurídicas sustanciales sean tutelables ante el juez. Un sistema que no enfrente el problema de las limitaciones de la tutela ejecutiva será un sistema carente de tutela jurisdiccional efectiva.

Con la aparición de los ‘nuevos derechos’ resulta intolerable mantener la regla del pago por equivalente, ello sería desconocer la profunda trascendencia social y política ligada a la vigencia real de los derechos individuales y sociales acogidos en la Constitución.

Se debe quebrar la tendencia a establecer paralelismos entre la clasificación de las obligaciones tutelables y los medios ejecutivos, pero, sobre todo, a evitar que la reintegración resulte imposible por falta de medios ejecutivos idóneos. Se trata, en definitiva, de lograr que la tutela ejecutiva asegure la concreta

---

*derecho como razón pública*. FISS, Owen. Madrid: Marcial Pons. 2007. pp. 21-88.

actuación del derecho. La tendencia es a colmar el vacío referido a la tutela ejecutiva de las obligaciones de hacer y de no hacer, y a superar el principio según el cual la ejecución indirecta solo es típica de las obligaciones con prestación infungible.

Elegir el instrumento ejecutivo más adecuado a la necesidad del caso concreto -el principio de adecuación del *Common law*- es determinante para restituir el derecho agredido. Atendiendo, también, a que el objetivo, caso por caso, es reducir el margen diferencial.

Otra alternativa es la generalización de la *astreinte* como en el derecho francés, una vez constatada la funcionalidad positiva de su empleo generalizado, dejando al juez la fijación de su monto, atendiendo, entre otros criterios, a la ‘fuerza de resistencia’ del obligado.

No es una buena técnica someterse a tipologías puntuales como el caso alemán, sobre todo ante la aparición de los ‘nuevos derechos’.

El ordenamiento jurídico peruano carece de una regulación normativa que asegure una tutela efectiva en la materia investigada.

Hay que concretar, hasta donde sea posible, lo que Barbosa llama el principio de “la máxima coincidencia posible” entre el contenido específico del derecho y el resultado de la ejecución. Se trata, entonces, de privilegiar la tutela específica en el objetivo de reducir, como ya se expresó, el margen diferencial.

El artículo 22 del CPCons es un mecanismo excepcional que concentra distintas medidas coercitivas destinadas a lograr la

eficacia de la tutela de ejecución. En tal mérito se puede convertir en un óptimo punto de partida para contar, en su oportunidad, con un sistema atípico de medidas coercitivas que puedan ser aplicadas a todas las sentencias firmes que requieran de ellas, es decir, el propósito es disponerlas para todas las ejecuciones en las que haga falta. Afirmamos que puede servir de base para establecer una regla general en el CPC (por ejemplo en el lugar del artículo 53 de este) que regule adecuadamente la actuación de las decisiones judiciales.

Mientras se vislumbra una reforma en la materia, los jueces de la justicia ordinaria pueden aplicar el artículo 22 a fin de convertir en efectiva la tutela jurisdiccional del caso concreto.

Así como ocurrió a fines del siglo pasado con los “neocons” en materia política y económica, parece estar surgiendo una suerte de absolutismo jurídico que, curiosamente, guarda un nombre parecido. Ahora se habla de Neoconstitucionalismo para referirse a una ideología jurídica de contornos difusos pero que, en apretada síntesis, coloca a la Constitución como primera y última ratio. Habrá oportunidad de referirnos a este holismo constitucional, sin embargo, ahora cuenta para considerarlo como una explicación a lo que viene ocurriendo en el Perú: desde la óptica de TC, es tan importante la Constitución que el proceso no cuenta como saber jurídico y tampoco como experiencia social. Entonces, como solo interesa privilegiar la Constitución, es irrelevante que para lograr ello haya que violar los derechos constitucionales de las personas que, presuntamente, son la razón de ser de un humanismo democrático y constitucional. Es decir, si no fuera absurdo, sería patético.

## BIBLIOGRAFIA

BAUDRY-LACANTINERIE, B.

1902 *Précis de Droit Civil*. Tomo II. París: Librairie de la Société du Recueil Gal. des Lois y des Arrêts.

CHIOVENDA, Giuseppe

1911 “Della’azione nascente dal contratto preliminare”. En: *Rivista de Diritto Commerciale*. pp. 101-119.

1930 *Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Giuffrè.

COMOGLIO, Luigi Paolo

1992 “Stato de diritto e crisi dei modelli processuali nei sistema di democrazia socialista”. En: *Rivista di Diritto Processuale*. Padua: Cedam. pp. 240-283.

DENTI, Vittorio

1953 *L’execuzione forzata in forma specifica*. Milán.

DINAMARCO, Cándido Rangel

1987 “Momento de eficácia de sentença constitutiva”. En: *Revista do Processo*. Sao Paulo, número 63, pp. 7-17.

1993 *Execução Civil*. Sao Paulo: Malheiros.

FISS, Owen

1972 *Injunctions*. Nueva York: The Foundation Press Inc.

2007 *El Derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons. pp. 21-88.

MONROY PALACIOS, Juan José

2004 *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada

1995 “Tutela Jurisdiccional nas obrigações de fazer e não fazer”. En: *Livro de Estudos Jurídicos*. Río de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos. pp. 126-141.

PROTO PISANI. Andrea

1982 *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci.

TARUFFO, Michele

1989 “L’attuazione esecutiva dei diritti: Profili comparatistici”. En: *Processo e Tecniche di attuazione dei diritti*. A cura di Salvatore Mazzamuto. Napoli: Jovene Editore. pp. 63-106.

## **NORMAS CONSULTADAS**

Código Civil de 1852

Código de enjuiciamientos en materia civil de 1852

Código de procedimientos civiles de 1912

Código procesal constitucional del Perú

Constitucion italiana de 1948

Decreto de ley N° 20236

Proyecto de ley N° 09371

[Fecha de recepción: 17 de mayo de 2014]

[Fecha de aceptación: 30 de mayo]