

El Justo Proceso de Ejecución y la Efectividad de la Tutela Judicial

Roberto Omar Berizonce*

Resumen:

A fines del siglo XX el Derecho Procesal Civil se encontraba enfocado en la búsqueda de la efectividad del derecho material por medio de instrumentos procesales, así la ejecución forzada reflejó el camino concreto a la satisfacción efectiva del derecho material amenazado o violado por una conducta ilegítima. De esta manera, ausente el cumplimiento espontáneo del mandato jurisdiccional, cuanto más rápido y más adecuadamente el proceso conduzca a la ejecución coactiva tanto más efectiva y justa será la prestación jurisdiccional.

Sin embargo, la ejecución forzada suscita una serie de problemas que penetran en la organización judicial. Así, debe buscarse un equilibrio razonable de los intereses que se encuentran en juego en una ejecución forzada.

Palabras clave:

Ejecución forzada - Organización judicial -Derecho Procesal Civil - Derecho material - Instrumentos procesales - Mandato jurisdiccional - Conducta ilegítima - Efectividad

Sumario:

1. La efectividad de la tutela judicial en el marco del proceso justo y las vías de ejecución
2. Problemas que suscita el proceso de ejecución
3. La individualización de los bienes del deudor
4. El resguardo de los derechos del ejecutado
5. Los medios de coacción y su extensión
6. La efectividad de los sucesivos actos tendientes a la regularización de los bienes embargados
7. Tendencias actuales en la realización de la ejecución forzada
8. En la búsqueda de un equilibrio razonable de los legítimos intereses en juego

* Profesor Titular de Derecho Procesal II en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Plata, Argentina. Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

1. La efectividad de la tutela judicial en el marco del proceso justo y las vías de ejecución

Puede afirmarse que el Derecho Procesal Civil de finales del siglo XX modificó su enfoque axial de los conceptos y categorías para la funcionalidad del sistema de prestación de la tutela jurisdiccional. Sin desprestigiar los logros ni el rigor de la dogmática, se concentró, finalmente, en la meta de la instrumentalidad y, sobre todo, de la efectividad¹.

En esa búsqueda de la efectividad del derecho material por medio de los instrumentos procesales, uno de los momentos culminantes se denota, sin duda, en la ejecución forzada, desde que en la mayoría de los procesos constituye el camino concreto que conduce a la satisfacción efectiva del derecho material amenazado o violado por una conducta ilegítima. Ausente el cumplimiento espontáneo del mandato jurisdiccional, cuanto más rápido y más adecuadamente el proceso conduzca a la ejecución coactiva tanto más efectiva y justa será la prestación jurisdiccional².

Los tribunales supranacionales han subrayado la exigencia de celeridad en la decisión de las causas y, con ello, de la eficacia de los pronunciamientos jurisdiccionales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Immobiliare Saffi v. Italia* de 1999, entendió que el derecho a un Tribunal podría ser ilusorio si los sistemas legales domésticos permitieran que una decisión final y obligatoria resultara carente de operatividad. Sería inconcebible que el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos describa en detalle las garantías procesales conferidas a los litigantes sin proteger la implementación de las decisiones judiciales. La ejecución de las decisiones dadas por cualquier Tribunal debe ser vista como parte integrante del proceso de acuerdo con los propósitos del art. 6. A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos

en el caso *Furlan*, de agosto de 2012, condenó a Argentina por no respetar la duración razonable del proceso. En el párrafo 219 expresamente entendió que la ejecución de la sentencia que otorgó la indemnización a Sebastián Furlan no fue efectiva y generó en la desprotección judicial del mismo, por cuanto no cumplió la finalidad de proteger y resarcir los derechos que habían sido vulnerados y que fueron reconocidos mediante la sentencia judicial. De modo que cabe afirmar que la ejecución es una parte relevante de la garantía del debido proceso consagrada en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

De ahí la generalizada preocupación relevante en todos los sistemas jurídicos por transformar las vías de ejecución tradicionales y adecuarlas a las exigencias del pronto y efectivo acceso a la tutela jurisdiccional en concreto³. Claro que en el marco más amplio de la evolución de la concepción también renovadora de la función jurisdiccional, en el cual adquieren creciente significación el rol del juez y las modalidades del desenvolvimiento de sus funciones; y, principalmente, el nuevo plano de los valores fundamentales que se resumen en el ideario ético jurídico del proceso justo (“giusto processo” en la doctrina italiana, derecho a la tutela efectiva en la doctrina española, etc.) En esta línea de pensamiento, se ha sostenido⁴ con acierto que el imperativo del proceso justo presupone en relación a las vías de ejecución, la necesidad que el proceso sea adecuado a los fines a los que está destinado, y no produzca por tanto efectos insuficientes ni exorbitantes respecto a ello.

2. Problemas que suscita el proceso de ejecución

Los actuales y recurrentes problemas que se plantean en torno a la efectividad de la ejecución forzosa son numerosos y complejos, desde que no se limitan a los modelos procesales sino que penetran también en la organización judicial. De todos modos un intento de identificar al menos los

1 MORELLO A. M., *El proceso justo*, LEP, La Plata, 2a. ed., 2005, pp. 75 y ss., 187., 335 y ss.; *id.*, *Liquidaciones judiciales*, LEP, La Plata, 2000, pp.5-11. El imperativo de asegurar “la eficaz prestación de los servicios de justicia” trepó a la Constitución Nacional argentina a partir de su explícita inclusión en el art. 114, párrafo tercero apartado 6 del texto de 1994. Se deriva, por lo demás, de las garantías judiciales del art. 8, apart. 1 del Pacto de San José de Costa Rica, integrando el debido proceso que incluye el derecho a la ejecución de los pronunciamientos jurisdiccionales.

2 La Corte Europea de Derechos Humanos, afirmó en numerosos pronunciamientos la aplicabilidad del art. 6 de la Convención europea (similar al art. 8 del Pacto americano) a los procesos de ejecución forzada de las sentencias civiles, sobre la base de la consideración que el derecho de acceso a los tribunales “sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de un Estado conyacente permitiese que una decisión judicial definitiva y vinculante se tornase inoperante en daño de una parte... (de modo que) la ejecución de una sentencia, de cualquier jurisdicción, debe por consiguiente ser considerada como parte integrante del “proceso” en los términos del art. 6 (“Hornsby c. Grecia”, 13-3-97). Igualmente, se viola aquella preceptiva por la duración irrazonable de un proceso de ejecución inmobiliario tramitado durante trece años (“Estima J. c. Portugal”). TARZIA G., *Il giusto processo di esecuzione*, Riv. Dir. Proc., 2002, n° 2, pp. 329 – 330.

3 Las complejas cuestiones que plantea la ejecución forzada singular siempre ha ocupado un lugar preferente en la agenda de los procesalistas despertando preocupaciones que se tornaron más vivaces en el último cuarto de siglo: DE MIGUEL C., *Últimas evoluciones en materia de ejecución forzosa singular*, relación general VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Würzburg, 1983, en *Effektiver Rechtsschutz...*, ed. W. I. Habscheid, Gieseking – Verlag – Bielefeld, 1983, pp. 511 y ss..

4 TARZIA G., *ob. cit.*, pp. 339 – 340.

5 C. DE MIGUEL, en el aludido informe de 1983, señalaba como principales problemas: el reajuste de la deuda; la coacción en la ejecución; el descubrimiento del patrimonio del deudor; y la efectividad de las subastas (*ob. cit.*, p. 566).

principales, podría reducir los tópicos principales a los siguientes⁵: 1. El reforzamiento de los derechos del ejecutante en punto a la individualización de los bienes a embargar y a la ampliación de su nómina; 2. El resguardo de los derechos del ejecutado en la extensión de los bienes comprendidos o excluidos en el embargo y realización forzosa. 3. Los medios de coacción y su extensión; 4. La efectividad de los sucesivos actos tendientes a la realización de los bienes embargados.

Comenzaremos por exponer sucintamente las cuestiones que se plantean alrededor de cada una de tales cuestiones, para seguir después con un vuelo rasante sobre las legislaciones más novedosas y, finalmente, intentar una síntesis crítica desde nuestra perspectiva.

3. La individualización de los bienes del deudor

Una laguna corriente en las legislaciones está constituida por la inexistencia o inoperancia de los mecanismos de individualización de los bienes del deudor sujetos a embargo y realización⁶. Habitualmente se confrontan dos sistemas diversos para la individualización de los bienes del deudor: el sistema alemán de la declaración jurada (§§ 899-914) con sanciones penales y registro de deudores (§915) y el francés (y español anterior a la LEC N° 1/2000), del requerimiento de informaciones a terceros calificados que tienen la obligación de proveer⁷. Parece indudable que la tutela efectiva del acreedor requiere, sin duda, de medidas operativas que combinen uno y otro sistema, como se recoge en la actual LEC española.

En la misma línea, se proclama⁸ la ampliación del conjunto de bienes pignoraables, incluyendo el embargo y administración consecuente de la empresa en marcha y, en general, las previsiones legales para alcanzar e indisponer nuevos bienes típicos de las operatorias financieras (como los swaps y los futuros) del mercado monetario (títulos “desmaterializados” de la deuda pública o privada), las garantías fiduciarias y otros similares. Y, en correlato, el abandono del orden tradicional para el embargo de bienes, para establecer que los créditos y, en general, los derechos y las acciones ya no sean las últimas en esa prioridad.

4. El resguardo de los derechos del ejecutado

En contrapartida ganan terreno bajo el influjo de una creciente saludable “humanización” de los procedimientos de ejecución, sea la extensión del resguardo e indemnidad de ciertos bienes primarios esenciales de la persona del deudor que quedan a la vera de la agresión del acreedor. Del carácter social de los fines del proceso civil se derivan límites infranqueables que acotan la ejecución forzosa.

Se trata del empeño por profundizar la búsqueda de criterios equilibradores para la protección de la parte más débil en la ejecución, el deudor, incluyendo –como lo hizo el CPCN de 1967– los criterios generales del favor debitoris, mínimo sacrificio de los derechos del ejecutado, conservación de los bienes y proporcionalidad y aún economicidad de la ejecución y, en paralelo, la proscripción de actividades abusivas o innecesariamente vejatorias de parte del acreedor⁹. En tales principios encuentran sustento, entre otras, las reglas de exclusión de determinados bienes liberados de la agresión del acreedor (arts. 219, 220, 535, 206, 208 y conc. CPCN), la subasta progresiva, el sobreseimiento del juicio por el ejecutado aún con posterioridad a la subasta y otros aldeaños (arts. 574, 575, 535, CPCN).

El prevalente interés social colectivo comprometido en los resultados de la jurisdicción sustenta los tan significativos poderes asignados al juez, no solo en la dirección formal del proceso de ejecución sino, también, para intervenir de modo activo y oficioso en la custodia de sus límites y modalidades (art. 511 CPCN) y aún establece y arbitrar, con la participación de las partes, la forma más rápida y eficaz de satisfacer el crédito, procurando evitar perjuicios innecesarios (art. 536, ahora en el texto del art. 558 bis, CPCN).

5. Los medios de coacción y su extensión

a. En la clásica distinción chiovendiana entre “medios de subrogación” que se concretan en la ejecución forzosa y “medios de coacción”, aquellos con los cuales los órganos jurisdiccionales tienden

6 PEYRANO J. W., *Medidas urgentes y medios para asegurar la efectividad de la sentencia en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, U.N.L.P., La Plata, 1994, pp. 267 y ss. Asimismo: LOUGE EMILIOZZI E., *La colaboración del deudor en el proceso*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2007, pp. 143 y ss., donde se analiza exhaustivamente el deber de información patrimonial en el proceso.

7 COMOGLIO L.P., *L'individuazione dei beni da pignorare*, Riv. Dir. Proc., 1992, pp. 83 y ss. MORELLO A. M., *Liquidaciones judiciales*, ob. cit., pp. 35-46.

8 TARZIA G., *Problemi attuali dell'esecuzione forzata* en II Congreso Brasileño de Derecho Procesal, Brasilia, 1997, separata.

9 BERIZONCE R. O., *Solidarismo y humanización del proceso en Problemática actual del Derecho Procesal. Libro homenaje a A. Mercader*, coord. A. M. Morello, Platense, La Plata, 1971, pp. 234 y ss.. Como destaca TARZIA, son acciones que traducen una violación de la regla de la “adecuación a los fines” del proceso de ejecución (*Il giusto processo di esecuzione*, ob. cit., p. 344).

a influir sobre la voluntad del obligado para que se determine a efectivizar la prestación de lo debido, se sostenía que mientras los primeros suponen la ejecución judicial directa que constituía la regla, en cambio estos últimos eran tan solo alternativos o integrativos de aquellos “subrogatorios”. El pensamiento tradicional en el que el cauce natural es la realización de la tutela ejecutiva en la forma de la ejecución directa, ha sido últimamente replanteado para dar paso a un revival de las medidas coercitivas o de ejecución indirecta, a tono con la creciente tendencia a asegurar la efectividad de los medios de tutela jurisdiccional, y en particular de la sentencia¹⁰. Bien que el espacio reservado a las medidas de coacción no puede ser sino residual y que cuanto más se amplifique el ámbito de la ejecución en forma específica, tanto menos se deba recurrir a la ejecución judicial indirecta¹¹.

En última instancia debe atenderse “a los juicios de valor ínsitos en el rumbo legislativo que anima la historia de las medidas coercitivas, resumida en la contraposición entre autoridad y libertad, por manera que si se admite pacíficamente el recurso a las medidas patrimoniales no puede dejarse de mirar con recelo la aplicación de las medidas de coerción en los supuestos que resulta viable la ejecución directa específica”¹². De ahí que aquellas, por principio, deberían reservarse para ser aplicadas exclusivamente en relación a obligaciones de hacer o de no hacer en las cuales la prestación sea infungible, sin que pueda admitirse coerción o presión directa o indirecta alguna sobre derechos de la personalidad y otros semejantes que hacen a la libertad individual.

b. Son medios típicos de coacción regulados en distintos ordenamientos las astreintes y el contempt of Court.

En nuestro derecho el art. 37 CPCN establece la potestad judicial para imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes o los terceros cumplan los mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Se gradúan en proporción al caudal económico de quien

deba satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o ser objeto de reajuste, si aquel desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder. Suponen la insuficiencia o inoperancia de los medios normales de ejecución, en el caso concreto; y se aplican aún de oficio sea que el mandato incumplido –incluyendo medidas preliminares, cautelares o anticipatorias– imponga la satisfacción de prestaciones de dar, hacer o no hacer, en cuanto dependan de la voluntad del obligado.

Bien que ley procesal, la jurisprudencia y la doctrina señalan el carácter excepcional con que debe acogerse la admisibilidad de las astreintes¹³, constituyen un medio de coacción psicológica apto para alentar el cumplimiento de los mandatos judiciales recogidos en las mayorías de los ordenamientos contemporáneos¹⁴.

c. El derecho anglosajón ha consagrado la institución del contempt of Court¹⁵, cuyo principal elemento constitutivo es el menosprecio a la autoridad del tribunal.

El contempt puede ser criminal o civil¹⁶. El criminal está destinado a la punición de la conducta atentoria, a través de un proceso sumario autónomo instaurado de oficio o a petición de parte interesada. El contempt civil, en cambio, tiene por objeto el cumplimiento de la decisión judicial por aplicación de medios coercitivos, se promueve por instancia del interesado, garantizándose la amplia defensa, y admite la transacción. Las sanciones aplicables –sea en el criminal o en el civil– son la prisión, la multa que puede o no ser compensatoria, el secuestro y la pérdida de derechos procesales. La prisión, aplicada con prudencia, es considerada medida de gran utilidad.

El contempt civil puede ser directo, que autoriza al juez a prender inmediatamente al contumaz, concediéndole un plazo para justificar su conducta. En cambio, el indirecto exige un procedimiento incidental contradictorio previo a la aplicación de la sanción, por lo que se reconoce que es el más apropiado¹⁷.

10 Así en Italia, como lo destaca TARZIA (*Presente e futuro delle misure coercitive civile, en Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, Cedam, Padova, 1994), pp. 113 y ss.

11 Ob. cit., pp. 116-117.

12 Ob. cit., p. 123.

13 MORELLO A. M., SOSA G. L. y BERIZONCE R. O., *Códigos Procesales... Abeledo-Perrot/ LEP*, Bs. As., 2a. ed., 1984, v. II-A, pp. 707 y ss.. ARAZI R. y ROJAS J. A., *Códigos Procesal...*, Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2007, 2ª. Ed., v. I, pp. 154 y ss.

14 DE MIGUEL C., *Últimas evoluciones...*, ob. cit., p. 562.

15 MOLINA PASQUEL R., *Contempt of Court. Correcciones disciplinarias y medios de apremio*, FCE, México, 1945.

16 BARBOSA MOREIRA J. C., *O processo civil brasileiro entre dois mundos en Temas de Direito Processual*, Oitava Série, Saraiva, São Paulo, 2004, pp. 50-51.

17 PELLEGRINI GRINOVER A., *Ética, abuso del proceso y resistencia a las órdenes judiciales: el “contempt of Court”*, en XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Martín de los Andes, 1999, en Zeus del 29-3-00 y también en *A marcha do processo*, Forense Univ., R. de Janeiro, 2000, pp. 62 y ss.

6. La efectividad de los sucesivos actos tendientes a la realización de los bienes embargados

Cuestión recurrente, por último es la insatisfacción por las siempre crecientes dificultades procedimentales que, jalonan el camino hacia la efectiva realización de los bienes embargados y la satisfacción de la acreencia del ejecutante¹⁸. A menudo, un estrecho desfiladero en el que predominan largamente verdaderos y propios actos de administración más que de jurisdicción, lo que ha terminado por centrar el eje del debate en un novedoso tópico: la desjudicialización del trámite del apremio, incluyendo la subasta de los bienes del deudor.

En el fondo de lo que se trata es del tan arduo problema, presente en todas las legislaciones, de la simplificación del proceso de ejecución¹⁹, que presupone la transformación de las funciones del juez para que su intervención se limite al contralor de la gestión, propiamente de ejecución, que se confía a un funcionario delegado. Por otro lado, las vicisitudes de la subasta judicial y su transparencia alientan la búsqueda de formalidades más simplificadoras y aún la sustitución por otros mecanismos más fructíferos²⁰.

7. Tendencias actuales en la realización de la ejecución forzada

Echemos ahora una rápida mirada a la ejecución forzada en el derecho comparado.

En general, puede afirmarse que el eje de los debates en la doctrina procesal europea pasa contemporáneamente por la cuestión de la desjudicialización, total o parcial, de la ejecución forzada. En el análisis comparativo, existen algunos sistemas jurídicos en que el tribunal sólo tiene que intervenir en caso de litigio, ejerciendo entonces una función de tutela. El ejemplo extremo está dado por Suecia, país en que se encomienda la ejecución al denominado servicio público de cobranza forzada, que constituye un organismo administrativo y no judicial.

En otros países de la Unión Europea, hay un agente de ejecución (ujier en Francia, en Bélgica, en Luxemburgo, en Holanda y en Grecia; sheriff officer en Escocia) que, aunque se trata de un funcionario público de nominación oficial y, como tal, tiene

el deber de ejercer el cargo toda vez que medie requerimiento, es contratado por el ejecutante y, en ciertos casos (embargo de bienes muebles o de créditos), actúa extrajudicialmente, pudiendo incluso disponer la subasta pública cuando el ejecutado no procede a realizar, dentro de un plazo fijado, los muebles embargados.

Alemania²¹ y Austria también adoptan la figura del agente de ejecución; pero éste es un funcionario judicial pago por el erario público. Cuando lo que se ejecuta es la sentencia, el juez sólo interviene en caso de litigio; en cambio, si la ejecución se basa en otro título el juez ejerce también una función de control previo, emitiendo el pronunciamiento ejecutivo, que desencadena el proceso de apremio propiamente dicho.

La LEC española N° 1/2000, introdujo significativas novedades²². Entre ellas, reguló en detalle la manifestación de bienes por el ejecutado, apercibiéndole con incurrir en desobediencia tanto de no atender el requerimiento, como de incluir bienes que no correspondan, determinando que la no contestación del requerimiento implicará la imposición de multas coercitivas periódicas (art. 589); la investigación judicial de bienes del ejecutado, que permite al tribunal, a instancia del ejecutante, dirigirse a entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas, para que faciliten la relación de las que tengan constancia, deber de colaboración que se garantiza con la imposición de multas coercitivas periódicas (art. 590, 591). En el procedimiento de apremio se introducen dos formas novedosas de realización de los bienes: el convenio de realización que celebran las partes con anuencia de los acreedores y terceros poseedores y aprobación judicial (art. 640) y la encomienda del acto a persona o entidad especializada (art. 641) –sin llegar a constituirse en un propio agente de ejecución–, con lo que la subasta preceptiva queda relegada a una modalidad subsidiaria. Asimismo, se prevé con todo detalle la ejecución específica de condena de dar cosas determinadas, hacer y no hacer (art. 699 a 720). Por último, adquieren particular significación las reformas a la ejecución provisional, que posibilita la rápida satisfacción del derecho reconocido en sentencia de condena que no se encuentra firme (arts. 524 – 531). En el balance crítico de las nuevas disciplinas se ha sostenido²³ que la LEC alterna importantes aciertos con claros errores sistemáticos y aun de

18 DE MIGUEL C., *Últimas evoluciones...*, ob. cit., pp. 563-566. MORELLO A. M., *Liquidaciones judiciales*, ob. cit., p. 12.

19 TARZIA G., *Problemi attuali...*, ob. cit.

20 Algunas como la venta voluntaria por el deudor requiere de ciertas salvaguardas y no está exenta de riesgos para el acreedor (TARZIA G., ob. cit.).

21 LEIBLE S., *Proceso civil alemán*, K. Adenauer Stiftung, Medellín 1999, p. 79. PEREZ RAGONE A. y ORTIZ PRADILLO J. C., *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*, K. Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, p. 138.

22 SERRA DOMÍNGUEZ M., *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, J. M. Bosch ed., Barcelona, 2000, pp. 79 y ss... ORTELLS RAMOS M., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, 3a. ed., pp. 713 y ss. LOUGE EMILIOZZI E., ob. cit., pp. 164-166.

23 SERRA DOMÍNGUEZ M., ob. cit., p. 79.

fondo, encontrándose su principal defecto en su carácter excesivamente dogmático, sin tener en cuenta la problemática real de la ejecución.

En Italia las recientes reformas al CPC de 2005-2006 introducen significativas modificaciones al libro III²⁴, entre las que se destacan la desregulación del proceso ejecutivo. Aunque no se ha llegado al punto de instituir una específica authority, sin embargo se ha ampliado la posibilidad de confiar deberes ejecutivos a sujetos privados externos a la maquinaria judicial. Así, el art. 591 bis admite la delegación de las operaciones de ventas inmobiliarias a notarios, abogados y asesores fiscales. Sin perjuicio de otras modificaciones tendientes a la aceleración y mayor eficacia de los procedimientos en fase de ejecución y expropiación forzada de los bienes. Sin olvidar como necesario contrapeso, la tutela del ejecutado al que se confieren nuevas facultades tendientes a prevenir o limitar los siempre posibles abusos en la ejecución forzada²⁵.

En conclusión, el derecho europeo moderno si bien no elimina la judicialidad del cumplimiento de la sentencia, al menos reduce notablemente la intervención judicial en la fase de realización administrativa de la prestación a que el deudor fue condenado. Tal intervención, casi siempre, se da en las hipótesis de litigios incidentales surgidos en el curso del procedimiento ejecutivo.

Aunque en las legislaciones europeas no hay uniformidad en la elección de los medios de simplificar y agilizar el procedimiento de cumplimiento forzado de las sentencias, existe, eso sí, la preocupación común de reducir, cuanto sea posible, su judicialización, dentro de un esquema típicamente administrativo.

Dentro de esa tendencia resulta paradigmática la experiencia lusitana. En Portugal²⁶, el decreto ley 38, de 2003, implantó por reforma reciente del Código de Proceso Civil, una nueva sistemática para la ejecución forzada. Incluso manteniendo la dualidad de acciones de condena y de ejecución, se procuró dar a los actos ejecutivos una celeridad mayor, colocándolos fuera de la esfera judicial común en que el desenvolvimiento del proceso depende fundamentalmente de los actos del juez. Se le reservó a éste una tarea tutelar desempeñada

a distancia. Su intervención no es sistemática y permanente, sino tan sólo eventual. En el ejercicio de esa función de tutela y de control, el juez interfiere en el procedimiento tan sólo “en caso de litigio surgido en la pendencia de la ejecución”, o cuando deba pronunciar en algunos casos despacho liminar sobre actos ejecutivos, resolver dudas interpretativas y, en general, para garantizar la protección de derechos fundamentales o de materia cautelar, o asegurar la realización de los fines de la ejecución.

Una suerte de “juez de garantías” al que no le corresponde, por regla, “ordenar el embargo, la venta o el pago, o extinguir la instancia ejecutiva”. Tales actos, eminentemente ejecutivos, pasaron al ámbito del agente de ejecución, que es un profesional liberal (solicitador de ejecución) o a un funcionario judicial (oficial de justicia), a quienes la ley atribuye el desempeño de un conjunto de tareas, ejercidas en nombre del tribunal. Tal como el ujier francés, el solicitador de ejecución en Portugal –como dice LEBRE DE FREITAS²⁷– “es una mezcla de profesional liberal y funcionario público, cuyo estatuto de auxiliar de la Justicia implica la detentación de poderes de autoridad en el proceso ejecutivo”.

Así, la presencia del agente de ejecución, aunque no excluye la naturaleza jurisdiccional del proceso ejecutivo, “implica su amplia desjudicialización (entendida ésta como menor intervención del juez en los actos procesales) y también la disminución de los actos de citación y notificación practicados por la secretaría”. Se genera de ese modo, como sostienen los autores que seguimos, una suerte de ejecución administrativa controlada.

A su turno, en los países del área iberoamericana el Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica de 1988 contiene significativas innovaciones en la materia que, como es sabido, fueron recogidas poco menos que ad pedem litae en el CGP uruguayo de 1989 (arts. 371 a 401). Se destacan, entre otros, los preceptos que regulan las conminaciones económicas y personales incluyendo el arresto para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se ejecutan (art. 374), la ejecución provisoria y la definitiva (art. 375); la procedencia de las astreintes en las obligaciones de hacer (art. 398); el cumplimiento de las sentencias contra el Estado (art. 400).

24 Sobre las recientes reformas al CPC italiano de 2005-2006 introducidas al tercer libro del proceso ejecutivo: CARPI F., *Alcune osservazioni sulla riforma dell' esecuzione per espropriazione forzata*, en Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ., 2006, pp. 215 y ss. SALETTI A., *Le (ultime?) novita in tema de esecuzione forzata*, en Riv. Dir. Proc., 2006, p. 193 y ss. BIAVATI P., *Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano*, en Rev. Der. Proc., Rubinzal-Culzoni ed., 2007-1, pp. 536 y ss..

25 BIAVATI P., ob. cit., pp. 536-539.

26 FERREIRA DA SILVA C. M. *Un novo operador judiciario: o solicitador de execução em Estudos em homenagem à Prof. Ada Pellegrini Grinover*, DPJ ed., São Paulo, 2005, pp. 513 y ss. LEBRE DE FREITAS J., *Ação executiva depois da reforma*, 4a. ed., Coimbra, 2004, pp. 27 y ss., cit. por TEODORO JUNIOR H., *As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado* en la obra colectiva *Aspectos polémicos da nova execução*, T. Arruda Alvim Wambier coord., ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo 2006, pp. 284 y ss..

27 Obra cit..

En la región resaltan las recientes y profundas reformas en el Código de Proceso Civil brasileño, operadas paulatinamente hasta el presente en cuatro etapas, al cabo de más de una década²⁸.

a. En una primera instancia, la Ley 8.952, de 1994, modificó el texto del art. 273 del CPC, agregándole varios párrafos (que a su vez vinieron a sufrir adiciones de la Ley 10.444, de 2002), con lo que se implantó la anticipación de tutela. Con ello se fracturó en profundidad el sistema dualístico que, hasta entonces, separaba por sólida barrera el proceso de conocimiento y el proceso de ejecución, y confinaba a cada uno de ellos en compartimentos estancos²⁹. En los términos del art. 273, se torna posible para evitar el peligro de daño irreparable y cohibir la defensa temeraria, la obtención inmediata de medidas ejecutivas (satisfactivas del derecho material del actor) dentro del proceso de cognición y antes de ser pronunciada la sentencia definitiva de mérito. Es cierto que esa anticipación es provisoria, no procede en todo y cualquier proceso, y puede ser revocada, pero cuando es conferida en relación a la totalidad de la pretensión inicial, una vez obtenida la condenación del demandado en la sentencia final, no quedará nada que ejecutar por medio de *actio iudicati*. La sentencia definitiva tan sólo confirmará la situación ya configurada ejecutivamente por la decisión incidental.

Como se ha señalado³⁰, la innovación del art. 273 a un mismo tiempo quebró la pureza y la autonomía procedimental del proceso de conocimiento y del proceso de ejecución, instituyendo un procedimiento híbrido, que en una sola relación procesal desemboca en dos actividades jurisdiccionales. En lugar de una acción puramente declaratoria (como era, en verdad, la vieja acción condenatoria), se pasó a contar potencialmente con una suerte de acción interdictal, en los moldes de aquel instrumento de que el pretor romano echaba mano, en los casos graves y urgentes,

para decretar, de inmediato, una composición provisoria de la situación litigiosa, sin aguardar el pronunciamiento del iudex.

b. Un segundo momento de modernización del procedimiento de ejecución de sentencia en el proceso civil brasileño ocurrió con la reforma del art. 461 del CPC³¹. Por la redacción que le confirió la Ley 8.952, de 1994 (complementada por la Ley 10.444, de 2002), la sentencia en torno del cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer debe conceder a la parte la “tutela específica”, de modo que siendo procedente el pedido, el juez “determinará providencias (liminares o sentencias) que aseguren el resultado práctico –in natura– equivalente al de implementación”. Para alcanzar ese objetivo se deberá, conforme al caso, adoptar resolución de anticipación de tutela y se podrá disponer –aún de oficio– medidas de coerción y apoyo, como multas diarias (astreintes), búsqueda y aprehensión, remoción de personas y cosas, demolición de obras e impedimento de actividad nociva. Se reconoce al acreedor el acceso a los actos de satisfacción de su derecho, sin depender del procedimiento de ejecución de sentencia. En otras palabras, las sentencias relativas a obligación de hacer o no hacer ya no se cumplen según las pautas de la *actio iudicati* autónoma, sino de acuerdo con las aludidas reglas del art. 461.

c. En una tercera e importante etapa de la secuencia de innovaciones, se introdujo en el CPC el art. 461-A, por virtud de la aludida Ley 10.444, de 2002, que extendió el criterio antes referido al ámbito de las acciones de conocimiento cuyo objeto fuere la entrega de cosa. También en relación a las obligaciones de dar o restituir, la tutela jurisdiccional deberá ser específica, de modo que el no cumplimiento voluntario de la condena acarreará, en las propias actuaciones en que se pronunció la sentencia, la pronta expedición de mandato de búsqueda y aprehensión o de inhibición en la posesión (art. 461-A, §2º)³².

28 Entre la muy nutrida doctrina brasileña destacamos: TEODORO JUNIOR H., *Aa vias de execução...* ob. cit., pp. 284 y ss.. DINAMARCO C. R., *Fundamentos de Processo Civil moderno*, Malheiros, São Paulo, 3a. ed., 2000, pp. 1159-1170. ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 11a. ed., 2007, v.2, pp. 587 y ss. id., *Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18 do Código de Processo Civil em Estudos em homenagem á Prof. Ada Pellegrini Grinover*, ob. cit., pp. 639 y ss.. MARINONI L. G., *La ruptura del principio de tipicidad en los medios ejecutivos en el derecho brasileiro en Libro homenaje a J. G. Sarmiento Núñez*, C. J. Sarmiento Sosa comp., Legis, Caracas, 2005, p. 361 y ss. id., *As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação do tutela jurisdiccional efetiva*, en *Genesis Rev. Dir. Proc. Civil*, Curitiba, 2003, pp. 548-564; id., *Do processo civil clássico á noção de a tutela adequada a direito material e á realidade social*, en la misma revista, 2003, pp. 763 y ss.; id., *Teoria geral do processo*. Ed. Rev dos Tribunais, São Paulo, 2006, pp. 227 y ss. CORREA DE VASCONCELOS R. de C., *Breves apontamentos sobre a ley 11.232...* en *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Prof. J. C. Barbosa Moreira*, ed. Rev dos Tribunais, São Paulo, 2006, pp. 401 y ss.. RODRÍGUEZ WAMBIER L., *L'effettività del processo contro la cultura della dissobbedienza...* en *Riv. Dir. Proc. (Italiana)*, 2005, pp. 89 y ss.; id., *O contempt of Court na recente experiência brasileira* en *Rev. de Processo*, 2005, pp. 35 y ss. MOUTA ARAUJO J. H., *O cumprimento da sentença e a 3a. etapa da reforma processual* en *Genesis*, rev. cit., 2005, pp. 499 y ss.. Asimismo, los numerosos trabajos recogidos en la obra colectiva *Aspectos polémicos da nova execução-3*, T. Arruda Alvim Wambier coord., ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 2006, *passim*.

29 MARINONI L. G., *La ruptura del principio de tipicidad...* cit., pp. 361 y ss.. TEODORO JUNIOR H., ob. cit., pp. 295-296.

30 THEODORO JUNIOR H., ob. cit., pp. 295-297.

31 ARRUDA ALVIM, *Manual...*, ob. cit., p. 604 y ss. DINAMARCO C. R., ob. cit., pp. 460 – 462. MOUTA ARAUJO J. H., ob. cit., pp. 499 y ss.

32 MARINONI L. G., *As novas sentenças...* ob. cit., pp. 550 y ss.. CORREA DE VASCONCELOS R. de C., ob. cit., pp. 401.

d. Toda esa evolución remata con las reformas de la ejecución por cuantía cierta, traída por la Ley 11.232, de 2005. También la condena a pago de cantidades ciertas se simplifica notablemente, pues en el propio pronunciamiento de condena el juez asignará el plazo en que el deudor habrá de realizar la prestación debida. Transcurrido dicho término sin el pago voluntario opera, en la misma relación procesal en que la sentencia fue pronunciada, la expedición del mandato de embargo y valuación para preparar la expropiación de los bienes necesarios para la satisfacción del derecho del acreedor (nuevo art. 475-J).

Como consecuencia de tales transformaciones, el Código de Proceso Civil brasileño prevé ahora dos vías de ejecución forzada singular: a) el cumplimiento forzado de las sentencias condenatorias, y otras a que la ley atribuye igual fuerza (arts. 475-I y 475-N); y b) el proceso de ejecución de los títulos extrajudiciales enumerados en el art. 585, que se sujeta a los diversos procedimientos del Libro II del Código³³. e. Por último, resulta no menos fundamental la ley 10.358, de 2001, que introdujo profundas modificaciones en las normas que regulan los deberes de las partes y sus procuradores, con el explícito objetivo de asegurar la efectividad de las decisiones judiciales, incorporando –aunque con ciertas particularidades– el denominado contempt of court, medida de coacción originario de los sistemas del common law³⁴.

De acuerdo al párrafo único del art.14 del CPC, todo aquel que de algún modo actúe en el proceso podrá ser declarado responsable por la frustración integral o parcial del resultado de la prestación jurisdiccional, vale decir, por el desacato a la decisión judicial (o, si preferimos, por el contempt of court)³⁵.

El texto legal no se refiere exclusivamente al comportamiento de las propias partes, de sus abogados, de los auxiliares del juicio, etc., sino que comprende genéricamente a todos aquellos que de alguna forma participen en el proceso. En cuanto a la conducta que se sanciona, son todos los actos u omisiones, culposos o no, que obstaculicen o creen dificultades de cualquier especie al logro del resultado práctico a que está destinado el proveimiento jurisdiccional (sea que

se trate de sentencias, resoluciones anticipatorias o cautelares). Se genera –de ese modo– una responsabilidad objetiva, desde que prescinde, para su declaración, de la presencia de culpa³⁶.

La principal de entre las diversas consecuencias de la regla del art. 14 es, sin duda, la posibilidad de imposición de multa al responsable por el incumplimiento o por la obstrucción al cumplimiento de los proveimientos jurisdiccionales. Verificada la situación perniciosa, podrá el juez mediante resolución irrecurrible aplicar multa de hasta el veinte por ciento del valor de la causa, porcentual variable dependiendo de la gravedad de la conducta imputada. Con la particularidad que la multa no beneficia a la propia parte, a diferencia de lo que ocurre con la multa aplicable en la hipótesis de litigancia de mala fe, sino que revierte a favor de la Hacienda Pública de la Unión, del Estado o del Distrito Federal. La propia ley prevé expresamente que si la multa no fuera pagada por el responsable en el plazo fijado por el juez, podrá ser inscrita en deuda activa; como asimismo, que en caso de incumplimiento de la decisión judicial debida a conducta de funcionarios públicos, el propio agente –incluyendo Gobernador de Estado, Prefectos municipales, etc.– será personalmente responsabilizado con su patrimonio personal por la vía de ejecución fiscal.

f. En definitiva –como destacara BARBOSA MOREIRA³⁷–, las sucesivas reformas han incrementado considerablemente los poderes de coerción –aquellos que son inherentes a la condición de órgano público de que el juez está investido–, cuyo ejercicio tiende a obtener compulsivamente el cumplimiento de sus mandatos, a través de medidas coercitivas personales o patrimoniales.

De esa manera –sostiene la doctrina en general³⁸–, el derecho procesal se ha adecuando al derecho material, proporcionándole instrumentos de tutela diversificados y compatibles con las características de los derechos sustanciales en crisis y amoldados flexiblemente, con practicidad, a la situación en que deberán ser tutelados y efectivizados.

Bien que no dejen de oírse voces críticas que no solo ponen en cuestión la operatividad efectiva

33 ARRUDA ALVIM, *Manual...*, ob. cit., pp. 588-589.

34 MOLINA PASQUEL R., *Contempt of Court...* ob. cit., pp. 24 y ss.. BAPTISTA DA SILVA O. A., *Processo e ideologia. O paradigma racionalista*, Forense, R. de Janeiro 2004, pp. 219 y ss. BARBOSA MOREIRA J. C., *O processo civil brasileiro...* ob. cit., pp. 50-51. PELLEGRINI GRINOVER A., *Ética, abuso del proceso y resistencia ...* ob. cit..

35 ARRUDA ALVIM, *Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18...*, ob. cit., pp. 639 y ss. RODRÍGUEZ WAMBIER L., *L'effettività del processo...*, ob. cit., pp. 89 y ss.; id. *O contempt of Court...*, ob. cit., pp. 35 y ss..

36 ARRUDA ALVIM, *Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18...* ob. cit., pp. 658-659; id. *Manual...*, cit., pp. 604-607. RODRÍGUEZ WAMBIER L., *O contempt of Court...* ob. cit., pp. 45 y ss..

37 BARBOSA MOREIRA J. C., *Reformas processuais e poderes do juiz*, en *Temas de Direito Processual*, Oitava Série, ob. cit., pp. 62-63.

38 ARRUDA ALVIM, *Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18*, ob. cit., pp. 639-640. MARINONI L. G., *As novas sentencias...*, ob. cit., pp. 548 y ss. id. *Do processo civil clássico...*, ob. cit., pp. 778 y ss. RODRÍGUEZ WAMBIER L., *L'effettività del processo...*, ob. cit., pp. 89 y ss..

de semejante arsenal normativo, sino también reclaman por lo que consideran su insuficiencia para el logro del objetivo de la más eficaz y rápida concreción de los derechos, llegándose a propiciar –como lo hace Ada PELLEGRINI GRINOVER³⁹– la adopción del contempt of court civil indirecto, que posibilite –además de la multa compensatoria destinada al erario– la prisión a ser aplicada por el juez a la parte contumaz hasta el cumplimiento de la decisión judicial.


8. En la búsqueda de un equilibrio razonable de los legítimos intereses en juego.

En el coto de la ejecución directa específica prevalece la pauta del exacto e íntegro cumplimiento de la condena, lo que habilita la operatividad de puntuales medidas que con sustento en el principio general de la buena fe y lealtad procesal tienden al “descubrimiento” de los bienes del deudor –espontáneo o provocado por el juez– y, también, a presionarlo aún con sanciones pecuniarias progresivas en función del tiempo de la renuencia pero que no impliquen en sí mismas la penalización de la conducta⁴⁰.

Sin embargo, semejante acentuación en la disciplina de la ejecución directa patrimonial guiada por el objetivo de plena e irrestricta satisfacción de las obligaciones derivadas de la sentencia condenatoria y en consonancia con la búsqueda de la efectividad de la tutela jurisdiccional, reconoce ciertos límites y

condicionamientos infranqueables. Son los derivados del principio general de razonabilidad o proporcionalidad⁴¹ que domina todo el proceso y aún el derecho en general⁴² y, desde una perspectiva más específica, de la idea ética del proceso justo y la denominada humanización del proceso⁴³. El proceso de ejecución y sobremanera el diseño legal del apremio que conduce a la realización forzada de los bienes del deudor, ha de estructurarse antes que con miras exclusivas a la posición dominante del acreedor ejecutante, en un plano de equilibrio moderador.

La protección es debida a ambas partes: frente al derecho a la satisfacción plena de uno se alza una prerrogativa no menos atendible que conduce al imperativo de no dañar innecesariamente al deudor. Un juicio de ponderación⁴⁴ o proporcionalidad⁴⁵, que balancee adecuadamente los intereses de ambas partes, cotejando las ventajas que se derivarían para el acreedor con los sacrificios impuestos al deudor, evitando de esa manera todo desequilibrio o desadecuación en relación a las finalidades de la satisfacción ejecutiva del crédito.

Es responsabilidad compartida de legisladores, jueces y abogados propender al equilibrio dinámico en el diseño y operatividad del proceso de ejecución para que pueda finalmente alcanzar las finalidades que le son propias. Arduo empeño el del perfeccionamiento de sus reglas desde que requiere la búsqueda del equilibrio, tan esquivo, entre eficiencia y justicia. 

39 *Ética, abuso del proceso y resistencia...*, ob. cit.

40 No puede dejar de compartirse las reservas que al respecto plantea TARZIA, para quien el reverdecimiento de medidas coercitivas personales no justifica, empero, la recurrencia a sanciones penales so pretexto de la mejor realización del principio del exacto cumplimiento, ni una “criminalización subrepticia” del ilícito civil mediante la creación de un sistema represivo mixto (*Presente e futuro delle misure coercitive civile*, ob. cit., p. 118). Asimismo DE MIGUEL C., *Últimas evoluciones...*, ob. cit., p. 562.

41 Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho de ejecución forzada y su recepción por la Corte Europea de los derechos del hombre: TARZIA G., *Il giusto processo di esecuzione*, ob. cit., p. 340.

42 Entre nosotros, a partir de la clásica obra de J. F. LINARES, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Astrea, Bs. As., 1970, 2a. ed. act., *passim*.

43 BERIZONCE R. O., *Solidarismo y humanización del proceso*, ob. cit., pp. 105 y ss., id. *Humanización del proceso y la justicia (la efectividad de los derechos sociales)*, *passim*, en *El proceso civil en transformación*, LEP, La Plata, 2008, pp. 23 y ss..

44 En el balance de principios o valores contrapuestos –expresa ALEX Y– debe atenderse a criterios de adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y proporcionalidad en sentido estricto (ALEX Y R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro Est. Pol. y Const., Madrid, 2002, 3a reimpresión, trad. E. Garzón Valdés, pp. 160-161 y ss.).

45 TARZIA G., *Il giusto processo di esecuzione*, ob. cit., pp. 343-344.