

LA RUPTURA DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD DE LOS MEDIOS EJECUTIVOS EN EL DERECHO BRASILEÑO

Luiz Guilherme Marinoni

Profesor Titular de Derecho Procesal Civil de la Universidad Federal de Paraná

SUMARIO: 1. El principio de tipicidad de los medios ejecutivos como garantía de libertad - 2. El agotamiento del concepto de sentencia condenatoria: 2.1 Comprensión y función de las clasificaciones; 2.2 El surgimiento de la sentencia “mandamental” en el derecho brasileño; 2.3 La eliminación de la necesidad de instaurar el proceso de ejecución para la realización forzosa del derecho; 2.4 Delimitación apurada de las sentencias “mandamental” y ejecutiva ante la sentencia condenatoria; 2.5 Sentencias y medios ejecutivos en los arts. 461 y 461-A del CPC y 84 del CDC brasileños; 2.6 La resistencia para admitir la conexión de la multa con la sentencia “mandamental”; 2.7 Medidas de coerción indirecta, de coerción directa y de subrogación - **3. El rompimiento de la regla de congruencia entre el pedido y la sentencia en el derecho brasileño - 4. La fase ejecutiva: la posibilidad del juez modificar el valor o la periodicidad de la multa, así como determinar modalidades ejecutivas no previstas por la sentencia.**

1. El principio de tipicidad de los medios ejecutivos como garantía de libertad

La sentencia declaratoria y la sentencia constitutiva siempre fueron consideradas como sentencias que tienen capacidad de bastarse a sí mismas. El mero pronunciamiento de esas sentencias es suficiente para que la prestación jurisdiccional sea integral. De esta manera, consideradas las sentencias de la clasificación trinaría apenas la condenatoria exige medios de ejecución para que la tutela del derecho pueda prestarse. Es sabido que la doctrina italiana, al considerar el concepto de condenación, arrojó las ideas de que la tutela del derecho de crédito es prestada a través de la ejecución y que la sentencia condenatoria constituye apenas una fase de la tutela jurisdiccional.

Sin embargo, si la sentencia condenatoria se moldeó durante la época del liberalismo clásico, al lado de ella se hallan los valores de libertad y de certeza jurídica. Como la sentencia condenatoria constituye apenas una porción de la prestación jurisdiccional, no bastaría, evidentemente, observar la condenación sin preguntarse acerca de los medios de ejecución. Incluso porque, cualquier sentencia que tenga el deber de repercutir sobre la realidad para la prestación de la tutela jurisdiccional, debe estar adherida a los medios de ejecución que efectivamente proporcionen el resultado de la cosa a que ella aspira. Una sentencia que tenga que interferir sobre la realidad, pero que se la destituya de los medios de ejecución, no sirve para la prestación de la tutela del derecho, y por lo tanto constituye “un nada”, al menos en cuanto referida a la tutela prometida por el derecho material.

Examinando la sentencia condenatoria, es evidente que el derecho liberal limitó los poderes del judiciary. Primero definió los medios de ejecución que podrían estar vinculados a ella y, después dejó evidente que ningún otro medio ejecutivo podría utilizarse cuando se practicase la ejecución de la condenación.

La doctrina que definió el concepto de sentencia condenatoria, fiel a su raíz liberal, estableció una correlación entre ella y los medios de ejecución tipificados en la ley. Micheli, por ejemplo, observó que la condenación, como forma de remedio jurisdiccional, adquiriría eficacia no específicamente en la declaración en sí, sino en la relación eventual entre la sentencia y la posibilidad de que el vencedor obtuviera, si fuese el caso, la “ejecución forzosa”.¹ La tutela integral del derecho solamente se obtendría por medio de la sentencia condenatoria en el caso de

¹ Gian Antonio Micheli, *Corso di diritto processuale civile*. Milano : Giuffrè, 1959, v. 1, p. 48.

cumplimiento espontáneo. Salvo dicha excepción, la tutela del derecho dependería de la proposición de la acción de ejecución, concedida al vencedor por la sentencia.

Si la sentencia condenatoria está vinculada a los medios ejecutivos tipificados por la ley, se elimina la posibilidad del juez de trabajar con cualquier otro medio de ejecución, controlándose de esa forma, la posibilidad de arbitrio. En este sentido, dejando claro que la esfera jurídica del reo, en el caso de condenación, no puede ser invadida por un medio ejecutivo no previsto en la ley, se garantiza la libertad o la seguridad psicológica del ciudadano. Esa seguridad se derivaría de la certeza del derecho, o de la garantía de que solamente se podrán utilizar los medios ejecutivos tipificados en la ley.

Esa necesidad de seguridad o de garantía de libertad indujo a la doctrina que instituyó la clasificación trinaría a establecer la llamada correlación necesaria entre la condenación y la ejecución y a implantar el principio de tipicidad de los medios de ejecución.

Haciendo referencia expresa a ese principio, señaló Mandrioli que “la precisa referencia a las formas previstas en el Código de Proceso Civil implica la legitimación *de la regla fundamental de la intangibilidad de la esfera de autonomía del deudor, que solamente se podrá invadir en los modos y a través de las formas previstas por la ley procesal*”.²

Las formas del proceso siempre se percibieron como “*garantía de las libertades*”. Tal relación fue puesta a la luz del día por Vittorio Denti al advertir que la antigua concepción burocrática de la función jurisdiccional, caracterizada por la excesiva racionalización del ejercicio de los poderes del juez, fue la responsable de que se creara la idea de un modelo único de procedimiento.³ En dicha ocasión, Denti señaló que Chiovenda en una de sus más famosas conferencias⁴, no sólo subrayó la necesidad de las formas como garantía contra la posibilidad del arbitrio del juez, sino que además dejó claro “*el estrecho vínculo entre la libertad individual y el rigor de las formas procesales*”.⁵

Por lo tanto, lo que debe quedar registrado es que el concepto de condenación, establecido a partir de la correlación con los medios de ejecución tipificados en la ley, se origina en la necesidad de garantía de la libertad del ciudadano.

2. El agotamiento del concepto de sentencia condenatoria

2.1 Comprensión y función de las clasificaciones

Como la discusión en torno a la sentencia condenatoria, en presencia de las nuevas sentencias de tutela de los derechos insertas en el CPC, es cada vez más improductiva e incluso infructuosa ya que la doctrina *en vez de reflexionar sobre conceptos y clasificaciones, se ha volcado en las terminologías*, es importante dejar claro, ante todo, *los significados de concepto y “nomen iuris” y la verdadera función de las clasificaciones*.

Aunque se pueda hacer una distinción entre concepto y definición, considerándose a la primera como una realidad jurídica y a la segunda como su descripción, la verdad es que esa

² Crisanto Mandrioli, L'escecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro, *Rivista di Diritto Processuale*, 1975, p. 23.

³ Vittorio Denti, Il processo di cognizione nella storia delle riforme, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, p. 808.

⁴ Giuseppe Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, 1901.

⁵ Vittorio Denti, Il processo di cognizione nella storia delle riforme, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, p. 808.

diferenciación no es usual, y aquí no tiene mayor importancia. El problema reside en confundir concepto (o definición) con “nomen iuris”.

El concepto se puede definir a través de la ley, de la doctrina o incluso de la jurisprudencia. En la sentencia condenatoria, *el concepto es eminentemente doctrinario*⁶, puesto que nunca hubo ningún esfuerzo legal o jurisprudencial para conceptuarla.⁷

Cuando se procura saber el significado de un concepto doctrinario es necesario investigar, evidentemente, la doctrina que lo fundó. Tratándose del concepto de sentencia condenatoria, la doctrina italiana. No hay nada de extraño considerar la doctrina italiana para precisar el concepto de condenación. Es que los conceptos doctrinarios pueden tener validez universal. La verdad es que el concepto de condenación, si hubiese tomado en cuenta la ley italiana, no tendría mucha utilidad en nuestro caso. Lo que ocurre es que el concepto de condenación no se formó a partir de la ley, sino bajo la influencia de los valores de la sociedad y del Estado de la época en que fue moldeado.

Si un concepto doctrinal no puede descartar la doctrina y los valores del momento en que fue delineado, es evidente que la modificación de la sociedad y del Estado implica el surgimiento de otro concepto. Si embargo, los conceptos, cuando son distintos, *deben adquirir también nombres diferentes*. Si eso no ocurre, la discusión *piensa que se trata todavía del mismo concepto, cuando en realidad se trata apenas del mismo nombre*. Para que el entendimiento entre los intérpretes sea posible, no se le puede dar el mismo nombre a dos realidades.⁸

Si embargo, es exactamente eso lo que viene ocurriendo en lo relacionado con la sentencia condenatoria. *Aunque hayan surgido sentencias – a partir de las necesidades sociales y del propio CPC – completamente distintas a la condenatoria, una parte de la doctrina todavía las llama de condenatorias, como si el nombre tuviese más importancia que los conceptos o las realidades*.

Las clasificaciones no pueden concebirse *como verdaderas o falsas*, como algunos suponen.⁹ Es que las clasificaciones no están destinadas a conceptuar o describir realidades, sino

⁶ Como declara Monteleone, se trata de “concetto di elaborazione esclusivamente scientifico-dottrinale” (Girolamo Monteleone, Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo escutivo, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, Jovene, 1989, p. 166).

⁷ Es inoportuna, aquí, la conocida distinción entre definición nominal y definición real, incluso porque ya ha sido superada la idea basaba en la posibilidad de extraerse la naturaleza esencial de los objetos (Ver Norberto Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, p. 355 e ss; Giovanni Tarello, *Discorso assertivo e discorso precettivo nel linguaggio dei giuristi*, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967, p. 430).

⁸ Como ya hace mucho tiempo dijo Bobbio (Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950).

⁹ Como advierte Genaro Carrió, “las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son *serviciales o inútiles*; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables. Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos; el criterio para decidirse por una de ellas no está dado sino por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica. Decidirse por una clasificación no es como preferir un mapa fiel a uno que no lo es. Porque la fidelidad o infidelidad del mapa tiene como *test* una cierta realidad geográfica, que sirve de tribunal inapelable, con sus ríos, cabos y cordilleras reales, que el buen mapa recoge y el mal

solamente a agruparlas. El valor de la clasificación depende de su utilidad al agrupar los fenómenos que tienen determinadas particularidades. Ella será mejor cuanto mayor sea su capacidad de tornar los fenómenos comprensibles, sin perder ninguno de ellos su identidad y su propia consecuencia práctica.

Cuando se piensa en clasificación se debe tomar en consideración los conceptos clasificados. Sin embargo, los conceptos que pueden explicar una clasificación *son aquellos que originaron su formación, y no otros*. Por lo tanto, *del mismo modo que la sociedad y el Estado se modifican, y eso implica el surgimiento de nuevos conceptos, las clasificaciones también deben mudarse*.

Cuando parte de la doctrina propone *otro concepto* para la sentencia condenatoria, preservando *solamente el nombre* condenación, pasa a existir un nuevo concepto. Pero, cuando se modifica uno de los conceptos de la clasificación, esa clasificación también varía. La mudanza del concepto de condenación, de esta manera, implica la alteración de la clasificación de las sentencias.

Obvio, lo que vale en una clasificación es su contenido, y no el nombre de los conceptos agrupados. A partir del momento en que se altera el contenido de uno de los objetos, se modifica, por lo tanto, la clasificación, *aceptándose que la clasificación modificada ya no sirve más para explicar los fenómenos*.

Si todo eso es comprensible, debemos hacernos la pregunta acerca del motivo para la insistencia de la pseudomanutención del concepto de condenación y de la clasificación trinaría de las sentencias, elaborados a partir del impacto de otros valores. Eso solamente tiene explicación a partir de *una comprensión totalmente equivocada con respecto a la función de las clasificaciones*.

Los doctrinadores del derecho – y no apenas los procesalistas – imaginan que la clasificación elaborada por una doctrina de reputación *es verdadera*¹⁰. En realidad, como ya había dicho anteriormente, *no existe clasificación verdadera o falsa, sino la clasificación capaz de agrupar varios fenómenos con particularidades comunes, de manera que ninguno pierda su identidad y significado*.

No es porque una clasificación, desde hace varias décadas, constituía una forma *adecuada* para explicar las varias sentencias que, hoy, delante de las nuevas realidades, ella podrá explicar las nuevas sentencias y los valores impregnados en ella. *Eso no significa cualquier contestación a la antigua clasificación de las sentencias, incluso porque ella era perfecta cuando se formuló – y apenas en esa perspectiva debe ser analizada –, pero solamente la constatación de que el surgimiento de nuevas realidades genera, naturalmente, otros conceptos, y éstos, por consecuencia absolutamente lógica, deben dar origen a una nueva clasificación*.

Al menos que se piense que los nuevos fenómenos tienen que adaptarse a las clasificaciones, *como si éstas hubiesen sido dotadas de fuerza perenne*. Pues bien, *aceptar que una clasificación es eterna es lo mismo que imaginar que la realidad es inmutable*. Por tanto, *no son las nuevas realidades que tienen que acomodarse a las viejas clasificaciones; al contrario, las nuevas*

mapa olvida” (Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973, pp. 72-73).

¹⁰ “Otras veces las discrepancias entre los juristas presuponen una creencia errónea sobre el papel o función que desempeñan las clasificaciones. Este es un vicio que no es privativo de los juristas, pero que asume entre ellos rasgos particularmente nocivos. *Tal vez ello se deba a que la teoría jurídica se maneja, en casi todos sus sectores, con clasificaciones heredadas, muchas de las cuales traen el aval de un enorme prestigio y de una tradición milenaria*” (Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, cit., p. 72).

realidades para poderlas explicar adecuadamente, deben originar nuevos conceptos y clasificaciones.¹¹

2.2 El surgimiento de la sentencia “mandamental” en el derecho brasileño

La sentencia en la que el juez, teniendo como objetivo la realización del derecho, actúa sobre la voluntad del demandado, surgió en el derecho brasileño desde hace ya bastante tiempo, en virtud de las particularidades de determinados procedimientos especiales como el interdicto prohibitivo.

Sin embargo, fueron las nuevas necesidades de la tutela jurisdiccional, especialmente las caracterizadas por su contenido no-patrimonial, que empezaron a exigir la obligación de conductas de no-hacer y, por consiguiente, la sentencia “mandamental”. Pues bien, no sirve de nada imponer un no-hacer ante su naturaleza claramente no-patrimonial, sin que a la providencia del juez se le agregue una medida de coerción indirecta, como la multa.

De manera que la necesidad de imposición de conductas de no-hacer, indudablemente de naturaleza infungible pasaron a exigir la superación de la idea de incoercibilidad de las obligaciones – como hemos visto peculiar al derecho liberal clásico. En realidad, cualquier obligación infungible, incluso la de hacer, no puede dispensar la multa.

Hasta determinado momento, por lo tanto, se pensaba que la multa tendría que incidir apenas sobre las obligaciones infungibles – porque solamente en ese caso sería indispensable. Sin embargo, no se necesitó de mucho tiempo para que se llegase a la conclusión de que también las obligaciones fungibles – refiriéndonos a aquellas que pueden cumplirse por medio de la ejecución forzosa – podrían beneficiarse del uso de la multa.

Se destruyó, de esa manera el mito de que la multa solamente precisaría actuar en los casos en que las medidas de ejecución directa no resultasen efectivas¹². Percíbese que la nueva redacción

¹¹ Como escribe Carrió, “los juristas creen que esas clasificaciones constituyen la verdadera forma de agrupar las reglas y los fenómenos, en lugar de ver en ellas simples instrumentos para una mejor comprensión de éstos. *Los fenómenos – se cree – deben acomodarse a las clasificaciones, y no a la inversa*” (Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, cit., p. 72).

¹² “No existe fundamento lógico para afirmarse que la previsión de medios típicos de ejecución por subrogación implica la exclusión de la ejecución indirecta. Como indica Chiarloni, existiría, como máximo, un fundamento histórico, que podría extraerse del hecho de que algunas medidas ejecutivas indirectas, en determinados ordenamientos -, como el alemán -, se admiten sólo cuando la ejecución por subrogación no es apropiada; no obstante, ese argumento cae por tierra cuando se observa que desde hace mucho tiempo, en el ordenamiento francés, que sirve de modelo inclusive en términos históricos, para las investigaciones teóricas preocupadas con la incidencia de la multa o de las *astreintes*, dichas formas de ejecución pueden acumularse o coexistir pacíficamente. Hay que destacar, además que no es verdad que la jurisprudencia francesa haya caminado en el sentido de excluir el uso de las *astreintes* en las hipótesis contempladas en la ejecución por subrogación. Como señala Chiarloni, la práctica jurisprudencial de las *astreintes* se consolidó también con respecto a las obligaciones en las que la ejecución por subrogación está prevista, por eso, revelándose erróneo si entendido en sentido absoluto y no como una simple representación de una línea de tendencia, la afirmación de que las *astreintes* son utilizadas cuando es imposible obtener el resultado de la obligación mediante la

del art. 287 le confirió especial atención a la multa y a su uso con relación a las obligaciones de hacer fungibles, y que el art. 461-A, siguiendo la misma dirección del art. 461¹³ – que desde 1994 admite la imposición de la multa, en el propio proceso de conocimiento, con relación a las

ejecución forzosa” (Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, 3ª. ed., cit., p. 142. Ver Sergio Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano Giuffrè, 1980, pp. 15-15).

¹³ **Arts. 461 y 461-A del CPC brasileño:**

“**Art. 461.** Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

“**Art 461-A.** Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461”.

obligaciones de hacer y de no-hacer de cualquier tipo de naturaleza -, instituyó la posibilidad de usar la multa para obligar al reo a la entrega de cosa¹⁴.

La posibilidad del juez de imponer la multa al proferir la sentencia significó el rompimiento de la regla de que el Judiciario no podría ejercer poder de *imperium*. Más aún: si no fuese la multa, todos los derechos que dependen de la imposición de un no-hacer o de un hacer infungible, o incluso los que mejor se adaptan a ella, aunque puedan tutelarse a través de la ejecución directa, dependerían de relaciones de fuerza. La sentencia vinculada a la multa, por lo tanto, tiene un significado completamente diverso al atribuido a la sentencia condenatoria por el derecho liberal clásico.

2.3 La eliminación de la necesidad de instaurar el proceso de ejecución para la realización forzosa del derecho

Algunas sentencias, relacionadas con los derechos reales o dirigidas para la recuperación de la cosa – como las de poner en posesión, reivindicatoria, de reincorporación de propiedad y de desahucio -, ya habían sido clasificadas, mucho antes a la inserción del art. 461 en el CPC brasileño, como ejecutivas *lato sensu*.

Tales sentencias se clasificaban así porque, al declarar la ilegitimidad de propiedad del demandado, alteraban la línea discriminatoria de las esferas jurídicas, dejando claro que, para la realización del derecho, sería apenas necesario transferirle al actor algo que estaba ilegítimamente en el patrimonio del reo. Como la recuperación de la cosa, o la de poner en posesión, exigían apenas esa transferencia, no dependiendo de ningún acto del reo, se entendía que sólo bastaba para la realización de la tutela, apenas la práctica de los actos ejecutivos que dependían de la expedición de mandatos, que ya estarían autorizados en la sentencia.

Lo que interesante, ante esta absoluta novedad – comprensible en vista de que estos tipos de tutela se mostraron necesarios recientemente-, son las sentencias relacionadas a la práctica de actos contrarios al derecho que no hayan producido daños. Como el acto contrario al derecho siempre ha estado vinculado al daño – incluso éste fue visto como algo necesario para el surgimiento del ilícito civil -, se consideró que la sentencia posterior al ilícito sería siempre una sentencia destinada al resarcimiento del daño y, por lo tanto, una sentencia condenatoria.

Lo que ocurre es que las nuevas funciones asumidas por el Estado, como especialmente el deber de protección, le obligaron a la edición de reglas legales de prohibición de conductas, como, por ejemplo la prohibición de colocar a la venta un producto con determinado contenido. La mera exposición a la venta, aunque constituya acto prohibido por la ley, no constituye ilícito apenas al producir daño, puesto que en realidad el daño es la consecuencia meramente eventual del acto contrario al derecho.

Exactamente aquí, en este punto es donde reside la distinción entre la sentencia que, al declarar el ilícito, autoriza la expedición del mandato de ejecución, y, la sentencia que, al declarar el ilícito, depende, para la realización del derecho, de la práctica del acto por el reo o de la retirada de algo que está legítimamente en su patrimonio.

Para la realización de la tutela resarcitoria la sentencia depende de la *declaración del daño* (ilícito dañoso) y *de la práctica del acto por el reo* (resarcimiento en la forma específica) *o de la retirada de algo que está legítimamente en su patrimonio* (resarcimiento por el equivalente monetario), al paso que, para la aplicación de la tutela de remoción del ilícito (por ej., la relativa a la colocación a la venta de productos nocivos), es suficiente *declarar que el reo cometió acto contrario al derecho* (ilícito no-dañoso), ya que eso *autoriza* la expedición del mandato ejecutivo, exactamente porque *la ejecución no depende* de algo que precisa realizar el reo. En otras palabras:

¹⁴ En el mismo sentido, además, en el que se venía admitiendo por los Juizados Especiais Cíveis Estaduais (Ley n. 9.099/95, art. 52, IV).

si la sentencia declaró que un producto no puede venderse, *no existe razón para condenar al reo a retirarlo del mercado*. Basta la expedición de un mandato de busca y aprehensión, una vez que no hay motivo para esperar algún acto del reo.

La sentencia dirigida a posibilitar la exclusión del ilícito no puede compararse a la condenatoria por el simple hecho que se destina a suministrar forma de tutela que, para hacerla efectiva, *depende apenas de la declaración del acto contrario al derecho, suficiente para autorizar la expedición del mandato ejecutivo*. Tal sentencia, que ni tan siquiera se podría admitir en la época en que la condenación fue concebida, tiene relación con los nuevos derechos y, por ello, se recubre de fuerza ejecutiva para asistirlos satisfactoriamente, inversamente a la condenatoria, que apenas daba oportunidad para que el vencedor requiriera, en el caso de incumplimiento el uso de la fuerza del Estado.

Además, a decir verdad el CPC brasileño, en sus arts. 461 y 461-A, *generalizó la dispensa de la acción de ejecución de las sentencias referentes a no-hacer, hacer y entrega de cosa*. En virtud de esas disposiciones, dichas sentencias, cuando *dependen de la práctica de acto por el reo* (que, en principio, podrían ser condenatorias), aunque no autoricen, desde aquel momento, la expedición del mandato de ejecución, eliminan *la necesidad de la proposición de acción de ejecución*.

Bien es verdad que las nuevas sentencias – resultantes de las nuevas disposiciones de los arts. 461 y 461-A del CPC brasileño, como las que condenan a obligaciones de hacer o de entregar cosa – no autorizan la ejecución, pues exigen el cumplimiento del reo. De cualquier forma, dichas sentencias se diferencian nítidamente de aquella que apenas abre camino para la ejecución forzosa (la condenatoria). En lo relacionado a estas últimas, aunque la diferencia con relación a la condenación sea más tenue y pueda percibirse como relacionada con la forma procesal de ejecución – que ahora no es necesario hacerla por separado y en otro proceso, instaurado por medio de acción – no es posible ignorar *que existe un propósito (y por eso un valor) muy fuerte en la concentración de la ejecución en el proceso de conocimiento*.

Se trata de la superación del principio de tipicidad de las formas ejecutivas, en otros tiempos visto como garantía de libertad de los ciudadanos contra la posibilidad del arbitrio¹⁵, y ahora ideado como imprescindible para la efectiva tutela de las nuevas situaciones del derecho sustancial.

Hay que recordar que, en la concepción del derecho liberal clásico, no sería correcto darle el poder de ejecutar al juzgador, puesto que ahí “el juez sería más de lo que un juez”, pudiendo constituirse en un “opresor” y, así, colocar en peligro las libertades. Darle al juez, que apenas debería proclamar las palabras de la ley, el poder de ejecución, sería tanto como o más grave de lo que conferirle poder para crear la ley¹⁶. Se llegó a sustentar, incluso, que la ejecución consistiría en una función menos noble de lo que es la de “decir el derecho”.

Sin embargo, cuando se comprendió que la ejecución debería entregarse a la jurisdicción, se estableció, para garantizar la libertad y evitar el arbitrio del judicial, el principio de que el juez,

¹⁵ Asociando el principio de tipicidad a la defensa de la libertad, ver Vittorio Denti, *Il processo di cognizione nella storia delle riforme*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, p. 808. También a Michele Tarruffo, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976, p. 801 e ss.

¹⁶ [Todo se resumía al deseo de ver el judicial como un “poder nulo” \(Véase, para profundizar más sobre el tema, Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna – assolutismo e codificazione del diritto*, cit. P. 287 y ss\).](#)

además de depender de la iniciativa de la parte, solamente podría admitir los medios ejecutivos expresamente tipificados en la ley¹⁷.

No cabe duda de que la separación entre proceso de conocimiento y proceso de ejecución derivó de una exigencia práctica, como resultado de la tesis de que la acción condenatoria “muere por consumación”¹⁸. Ante esa idea, y sustentándose la eventualidad de la ejecución, se afirmó que ésa, cuando se hiciera necesaria, debería dar origen a un nuevo y separado proceso.

Resulta que la suposición de que la acción condenatoria es suficiente por sí misma es desmentida al comprenderse que la condenación es *apenas una fase* para la integral prestación de la tutela jurisdiccional y, especialmente, por la nueva fisonomía que el Estado asumió en la sociedad contemporánea.

Si el Estado posee deber de protección y, por eso, deber de prestar la tutela jurisdiccional efectiva, *él no puede tratar a la ejecución como algo que no le incumbe, dejándola a libre disposición de aquel que obtuvo la sentencia*. Pues bien, ante las nuevas funciones del Estado, no se puede pensar que su tarea jurisdiccional termina, cuando el derecho depende de actuación dentro de la realidad, en el momento en que la sentencia es proferida.

No fue por otra razón que los arts. 461 y 461-A del CPC y el art. 84 del CDC le dieron al juez el poder de actuar de oficio, incluso después de la sentencia adquirir fuerza de cosa juzgada, para establecer la multa, alterar su valor, o aun modificar la medida ejecutiva ya instituida, libertando al juez de las amarras del legislador, pero no dejándolo, como es obvio, sin cualquier control, ya que ése pasó a hacerse por la regla de la proporcionalidad.

La necesidad del juez vincularse a la ejecución, permitiendo que actuase de oficio para conceder la medida ejecutiva que le pareciera adecuada al caso concreto, es lo que ocasionó la concentración de la ejecución con el conocimiento, dándole al juez el poder de ejercer la actividad ejecutiva *aunque sin la proposición de acción de ejecución*. O mejor: la exención de la acción de ejecución tiene la nítida intención de conferirle al juez que ha proferido la sentencia la posibilidad de determinar la medida ejecutiva *adecuada al caso concreto, aunque no expresamente tipificada en la ley*.

2.4 Delimitación apurada de las sentencias “mandamental” y ejecutiva ante la sentencia condenatoria.

Como ha quedado demostrado, no se puede pensar un concepto o una clasificación sin tener en cuenta la época de su concepción. *Intentar discutir sobre un concepto o una clasificación delante de las alteraciones desencadenadas por la historia, es simplemente tomar en consideración otro concepto u otra clasificación. O mejor, considerar que la clasificación pasada, aunque haya servido para su finalidad en determinado instante, ya no sirve más para explicar otros conceptos que se agregan, con el pasar del tiempo, a los pretéritos*.

Surgiendo nuevas realidades y, como mera consecuencia, la necesidad de una nueva clasificación, no es coherente intentar embutirlas en los arcaicos estantes de la antigua clasificación, como si – y retornando a mencionar la doctrina de Carrió¹⁹ - *las realidades tuviesen que acomodarse a las clasificaciones, y no al contrario*.

¹⁷ [Esa es la razón por la cual la doctrina, durante tanto tiempo, hizo alusión al principio de la tipicidad de las formas ejecutivas y no admitió la concentración de los poderes de ejecución en las manos del juez del proceso de conocimiento.](#)

¹⁸ [Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, São Paulo, Saraiva, 1968, p. 39.](#)

¹⁹ Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, cit., p. 72.

Pero todavía: la *intención* de mantener una clasificación – *además de fundada en un desvío sobre la verdadera función de las clasificaciones* -, es científicamente pernicioso, puesto que acaba apagando las distinciones entre lo antiguo y lo nuevo, especialmente de los valores ahí embutidos, pudiendo ser considerada como una artimaña conservadora.

Si la sentencia condenatoria, por una serie de motivaciones históricas y culturales de la época en que el concepto se engendró, está en correlación con la ejecución directa (forzosa), no se puede encuadrar a la sentencia que se vincula a la multa dentro de la arcaica clasificación trinaría. Proto Pisani, además intentó saber – aunque para la consecución de su objetivo *fuese mejor* la conclusión de que la sentencia vinculada a la multa *es condenatoria*, ya que el *CPC italiano* no prevé la multa como lo hace el *CPC brasileño* en los arts. 461 y 461-A – si la sentencia que ordena mediante coerción indirecta se debe clasificar como condenatoria o, al contrario, *constituye una cuarta especie de sentencia que debe colocarse al lado de las tres sentencias tradicionales*.²⁰

En realidad, incluso desde una perspectiva meramente técnica, no hay razón para reunir bajo el rótulo de “condenación” sentencias que tienen estructuras distintas. Como observó Mandrioli, el precio que deberíamos pagar para incluir a las sentencias susceptibles de ejecución indirecta en la categoría de condenación es más elevado que el beneficio que podríamos obtener. *Mientras que el beneficio estaría ubicado en el plano de la terminología*, en contrapartida la inclusión de la sentencia vinculada a la coerción indirecta en la categoría de la condenación provocaría *una inevitable fisura entre el concepto de condenación y la noción de ejecución forzosa*. Tal fisura – según Mandrioli – dejaría un espacio vacío entre la declaración y la condenación-título-ejecutivo, lo que tornaría inevitable la configuración de un *tertium genus*, que sería la condenación-no-título-ejecutivo²¹. Es decir, existirían ahí dos especies de condenación. Una vinculada a la ejecución directa y la otra vinculada a la multa.

Con relación a la sentencia no vinculada a la multa, pero que dispensa la acción de ejecución, *permitiendo que la ejecución directa se concentre sobre el propio proceso de conocimiento*, sería posible pensar en condenación que exige la acción de ejecución y condenación que permite que la ejecución se mezcle con el conocimiento. De la misma forma, no hay cómo negar que, ahí, la condenación posee funciones distintas, incluso bajo una perspectiva meramente técnica e indiferente a los valores que inspiraron la concentración de la ejecución con el conocimiento.

Lo que verdaderamente importa es que, al admitirse una forma de sentencia ligada a la multa y otra que hace viable la concentración de la ejecución en el proceso de conocimiento, se toman en consideración – eso es absolutamente evidente – nuevas realidades y nuevos valores. *Reunir bajo el rótulo de condenación a las sentencias “mandamental” y ejecutiva significa dar a las nuevas realidades un nombre que servía – y sirve – para identificar otra. O peor todavía: es eliminar los valores y las repercusiones de las nuevas realidades, exprimiéndolas para que quepan en la antigua clasificación, como si las clasificaciones fuesen perennes*.²²

Sería absurdo decir que la clasificación trinaría es falsa – ya que, como ya ha sido

²⁰ “Le sentenze contenenti ordini inibitori (o relativi a *facere infungibili*) di cui si è detto, sono da qualificare come una specie di sentenze di condanna, o sono invece una quarta specie di sentenze che si aggiunge alla tradizionale tripartizione delle sentenze (di mero accertamento, costitutive e di condanna)?” (Andrea Proto Pisani, L’attuazione dei provvedimenti di condanna, *Foro italiano*, 1988, p. 180).

²¹ Crisanto Mandrioli, Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976, p. 1.352.

²² En este sentido, es equivocado el razonamiento de Marcelo Guerra (*Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit.) al unificar las nuevas sentencias bajo el rótulo de condenación.

demostrado, las categorías de verdad y de falsedad no deben relacionarse a las clasificaciones. Pero es innegable que esa clasificación *no tiene la capacidad de explicar* los valores, las diferencias y las implicaciones de los conceptos de sentencia condenatoria, sentencia “mandamental” y sentencia ejecutiva, o, en otras palabras, *la riqueza de distinción entre esas diversas formas para la prestación de la tutela jurisdiccional*.

2.5 Sentencias y medios ejecutivos en los arts. 461 y 461-A del CPC y 84 del CDC brasileños

En primer lugar, hay que subrayar que la sentencia – por constituir una técnica procesal dirigida para hacer efectivos los derechos – solamente puede definir su naturaleza por la manera en que interfiere – lógicamente sólo cuando interfiere – sobre la realidad fáctica. Si no fuese así, todas las sentencias deberían conceptuarse como declaratorias.

Considerando los arts. 461 y 461-A del CPC y 84 del CDC, cabe considerar a la multa y a las medidas ejecutivas que, sin la acción de ejecución, *pueden hacer viable la realización del derecho independientemente de la voluntad del demandado – y por eso de presión – (coerción indirecta) sobre su voluntad*.

La multa se limita a *forzar* al reo a cumplir, pero no garantiza la realización del derecho *independientemente de su voluntad*. La sanción, propia de las sentencias condenatoria y ejecutiva, hace viable la realización del derecho *independientemente de la voluntad* del reo y por *la fuerza de la propia ejecución*, mientras que la multa se limita a actuar sobre la voluntad del demandado para convencerlo a cumplir²³.

Como la multa carece de potencialidad para conducir, por sí sola, a la realización del derecho, se habla de ejecución *indirecta*. Por otro lado como la sanción aplicada por las sentencias condenatoria y ejecutiva permite la realización del derecho de forma *forzosa* – y por eso *sin importarle la voluntad del reo* -, se prefiere usar la expresión ejecución *directa*.

La diversidad en términos de efectividad, así como de repercusión e impacto sobre la esfera jurídica del reo, entre los medios de ejecución directa y de ejecución indirecta, previstos en los arts. 461 y 461-A del CPC y 84 del CDC, *inevitablemente acarrea dos maneras distintas de prestar la tutela de los derechos y, por ello, a dos sentencias diferentes, la ejecutiva y la “mandamental”*.

2.6 La resistencia para admitir la conexión de la multa con la sentencia “mandamental”

José Miguel Garcia Medina, en un libro publicado hace poco tiempo, le dedicó un capítulo (titulado “*A questão da ordem sob pena de multa. Nova concepção de tutela mandamental*”) para abordar nuestra propuesta sobre la configuración de la sentencia “mandamental”.

Su discordancia con relación a nuestra propuesta se asienta en dos puntos. Para él: “el primer motivo de nuestra discordancia está en que, en el derecho brasileño, el desacato a la orden ya posee una consecuencia particular prevista por la ley, en virtud de que tal conducta se considera un ilícito penal (Código Penal, art. 30). De esta manera, cuando el juez ordena, la medida coercitiva está *in re ipsa*, por aquella previsión del Código Penal, *resultando innecesaria la imposición de multa para que se esté delante de una decisión mandamental*”.²⁴ Afirma que “si el juez pronuncia una orden judicial, esta orden ya viene acompañada de la posibilidad de arresto como resultado del incumplimiento, razón por la cual la *“coerción indirecta estaría siempre conectada a la orden,*

²³ Ver Luigi Montesano, Condanna, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 7, p. 2; Luigi Montesano, *Le tutele giurisdizionale dei diritti*, Bari, Cacucci, 1981, p. 111.

²⁴ José Miguel Garcia Medina, *Execução civil*, São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 351.

independientemente de la designación de multa". Por eso, a su parecer, la decisión que ordena bajo pena de multa es " 'mandamental' en cuanto a la orden y condenatoria en cuanto a la multa"²⁵.

Como segundo motivo de discrepancia, afirma dicho autor que "si el incumplimiento de la obligación acarrea la imposición de la multa", sería "más adecuado considerar que estamos delante de una *condenación para el futuro*, incluso porque *la ejecución de la multa será otra ejecución*, semejante a la ejecución por la cantidad cierta"²⁶.

Resulta evidente, García Medina supone que el Código Penal no sólo puede, sino que es suficiente para hacerse efectiva la sentencia civil, negándose a admitir que el art. 461, §5º, del CPC, sea la fuente para la imposición de encarcelamiento en el derecho procesal civil brasileño²⁷. Percíbese que el arresto en el Código Penal no tiene *por objetivo darle efectividad* a las decisiones del juez civil o incluso *presionar* al reo para que las cumpla, sino *punir* al desobediente. No es de admirar, por eso, la completa falta de efectividad con relación a las decisiones del juez civil, que se puede constatar fácilmente del hecho de que la detención penal, aunque prevista por el Código Penal desde hace mucho tiempo, nunca se haya utilizado en el proceso civil como medio de hacer efectivas las decisiones del juez.

Además, como la detención penal no era capaz de darle efectividad a las decisiones del juez, se le confirió al juez el poder de ordenar bajo pena de multa (arts. 461 y 461-A del CPC y 84 del CDC). El objetivo de dicha multa, como resulta casi evidente, *es el de presionar al cumplimiento, y no el de punir al reo*.

De tal modo que la afirmación de que la mandamentalidad de la orden emana del Código Penal, "independientemente de la designación de multa", *radica en una comprensión errónea de los fines de las nuevas modalidades procesales civiles y del Código Penal*. Recordemos que de la misma forma como la detención, la multa también puede ser intimidativa o punitiva. La multa y la detención solamente le dan contenido a una sentencia "mandamental" cuando son capaces de compeler al demandado. En caso contrario, pierden su carácter de medidas de coerción civil y asumen la naturaleza de sanciones punitivas.

Si lo que importa para la definición de mandamentalidad, *es la coerción, y esa brota de la naturaleza de la multa procesal civil, que se instituyó por culpa de la ineficacia de la detención penal, es erróneo admitir coerción civil en la detención y condenación en la multa civil*.

Se trata de un vicio que radica en una visión patrimonialista del sistema procesal civil o que imagina que el objetivo de la multa coercitiva es el de darle dinero a la parte. Como la finalidad de la multa coercitiva no es esa, sino la de dar efectividad a la tutela de los derechos – especialmente a los no-patrimoniales-, no hay motivo para pensar que el juez, al imponer la multa, *condena* al demandado.

El hecho de que el valor de la multa se pueda cobrar no tiene nada que ver con la multa que configura coerción indirecta. La dificultad, radica en que la multa, en ese caso, posee *doble aspecto*. Uno coercitivo y otro punitivo. El objetivo de toda multa coercitiva es el de presionar el cumplimiento; mientras que, en el caso de incumplimiento, se convierte automáticamente en sanción punitiva pecuniaria.

Por lo tanto, admitir la detención penal como indicio de mandamentalidad, y la multa como condenación, es lo mismo que *negar la propia naturaleza* de la multa coercitiva civil. En la sentencia "mandamental" el juez *usa la fuerza* del Estado para estimular al vencido a cumplir, al paso que en la condenatoria *se da apenas la constitución de una situación jurídica que puede abrir la oportunidad de su uso*. No se puede pensar que en la sentencia "mandamental" haya apenas la

²⁵ José Miguel García Medina, *Execução civil*, cit., p. 352, nota n. 164.

²⁶ José Miguel García Medina, *Execução civil*, cit., p. 352-354.

²⁷ Como correctamente propone, por ejemplo, Marcelo Guerra, *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 134 y ss.

creación de los presupuestos para el uso de la fuerza estatal, suponiéndose, equivocadamente, que esa fuerza, ante la orden bajo pena de multa, *solamente entre en actividad en el cobro de la multa*. Eso sería negarle la característica de la propia orden bajo pena de multa. Obviamente, el juez, cuando ordena bajo pena de multa, *no determina el cumplimiento bajo pena del pago del valor equivalente al de la prestación incumplida (ni debería), sino impone necesariamente la multa en valor suficiente para compeler al reo a cumplirla*. Si la imposición de la multa *sirve para forzar el cumplimiento*, es evidente que ella *significa el uso de la fuerza del Estado*. Lo que menos importa, en este momento, es el cobro del valor de la multa. Muy diferente a lo que ocurre, como es obvio, cuando la condenación no se cumple y el vencedor pasa a recorrer el camino de la ejecución forzosa.²⁸

Sin embargo, todavía nos queda la alegación de que la orden bajo pena de multa *constituiría condenación para el futuro*. Por este motivo, ante todo se hace necesario verificar lo que significa condenación para el futuro. La condenación para el futuro constituye condenación *anterior a la violación del derecho*. En el momento en que se pide la condenación para el futuro todavía no se ha producido la violación, motivo por el cual esa especie de condenación representa *una excepción a la regla de que la condenación está condicionada a una violación actual del derecho*.²⁹

El interés de actuar, relativo a la condenación para el futuro, no está relacionado con la afirmación de violación de un derecho, sino que brota de la necesidad de crearse, desde un primer momento, los presupuestos de la ejecución, para que, cuando el derecho haya sido violado, sea posible inmediatamente usarla, eliminándose el retraso del proceso. Cuando se piensa en condenación para el futuro, se afirma que es preciso evitar la multiplicación de acciones para cobrar lo que se debe periódicamente (por ej.: art. 290 del CPC, obligación que consiste en plazos periódicos) y, aún, que la constitución anticipada del título ejecutivo sirve para evitar que la propia efectividad de la tutela jurisdiccional sea frustrada como consecuencia del extenso espacio de tiempo que, en gran parte de los casos, está presente entre el momento de la lesión y el de la real y concreta satisfacción del derecho³⁰.

Resumiendo: la condenación para el futuro, aunque prestada antes de la violación del derecho, se concede en la hipótesis de violarse el derecho. O sea, quien pide condenación para el futuro acepta la posibilidad de tener el derecho violado, ya que su interés reside apenas en formar anticipadamente el título ejecutivo, lo que le permitirá que, inmediatamente después a la violación, sea instaurada la ejecución, abreviándose el tiempo para la satisfacción del derecho lesionado.³¹

Por lo tanto, no hay cómo admitir que la sentencia que ordena bajo pena de multa se aproxime a la condenación para el futuro. La negación, aquí, se abre en dos argumentos: la multa, en el caso en que el ilícito todavía no haya sido practicado, obviamente se destina a inhibirlo. *Sería absurdo imaginarse que la multa coercitiva acepta la posibilidad de violación, deseando apenas*

²⁸ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, 3ª. ed., cit., p. 390-391.

²⁹ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 1965, v. 1, p. 191.

³⁰ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 185.

³¹ Como advierte Proto Pisani, “ el problema de la admisibilidad de la condenación para el futuro es un problema diferente del de la admisibilidad, o no, de la tutela inhibitoria general: al contrario de la inhibitoria, la condenación para el futuro posee una función que se la puede clasificar como preventiva solamente si a este término se le da un significado más amplio; *lo que de hecho la condenación para el futuro objetiva es prevenir no la violación en sí sino la diferencia temporal entre el momento de la violación y la posibilidad de instaurarse la ejecución forzosa*. (Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 184).

acelerar la actividad de reparación del daño. Parece ser que, García Medina supuso que la imposición de la multa pudiese representar condenación para el futuro como consecuencia de haber razonado en el sentido de que la imposición de la multa configuraría una *condenación que apenas podría cobrarse en el futuro*. Con el debido respeto, se trata de una concepción que nada tiene que ver con la función de la multa o de la condenación para el futuro.

No se puede reducir la multa a una mera sanción punitiva pecuniaria que no puede cobrarse inmediatamente. La multa coercitiva, como anteriormente ya se ha dicho, no tiene función punitiva, al paso que la condenación para el futuro tiene por objetivo acelerar la actividad ejecutiva para dar cuenta de la probable violación, y no con la imposibilidad del cobro inmediato de la multa que fue impuesta para evitarse la violación. Al menos que se imagine que esa multa tendría una función resarcitoria lo que resultaría en la más completa negación de su finalidad, llevando consigo la retomada de la terrible confusión entre la multa y la indemnización.

La distinción entre la orden bajo pena de multa y la condenación para el futuro reside, básicamente, en la pregunta acerca de la razón para su imposición. ¿Cuál es la razón de la orden bajo pena de multa y cuál es la razón de la condenación para el futuro? Pues bien, la orden bajo pena de multa objetiva forzar al demandado a cumplir, al paso que la condenación para el futuro nada tiene que ver con esa finalidad, ya que no actúa sobre la voluntad del reo, se limita a crear los presupuestos para que, ocurrida la violación, inmediatamente se haga posible la ejecución.

Por eso, ver en la orden bajo pena de multa una especie de condenación para el futuro, significa entenderla como resarcimiento en dinero que solamente se puede cobrar más tarde, y no como técnica de coerción indirecta, fundamental para la efectividad de la tutela de los derechos.

2.7 Medidas de coerción indirecta, de coerción directa y de subrogación

La coerción indirecta puede ser personal (detención civil) o patrimonial (multa). Se la denomina indirecta porque no conduce directamente a la tutela del derecho, limitándose a incidir sobre la voluntad del reo para que la tutela del derecho se realice.

La coerción indirecta es fundamental en relación con las obligaciones infungibles, ya que, con relación a ellas, la ejecución directa carece de efectividad. Eso no impide, sin embargo, como ya ha sido ampliamente demostrado, que pueda utilizarse la multa ante las obligaciones fungibles.

Al lado de la ejecución indirecta o de la coerción indirecta se encuentra la ejecución directa, que es aquella que permite que el derecho sea realizado independientemente de la voluntad del demandado. Sin embargo, en relación con la *ejecución directa*, es preciso que se distinga entre medios ejecutivos que sustituyen una prestación de la parte y los medios ejecutivos que actúan cuando esa prestación no existe. En el primer caso, en que la ejecución sustituye a la prestación de la parte, hay *subrogación*, mientras que, en el segundo, cuando la actividad ejecutiva no sustituye a la prestación debida (pues ésta no existe), hay *coerción directa*.

La coerción directa constituye modalidad de ejecución que posee un estrecho contacto con las formas de ejecución que asisten a los derechos reales y a las acciones en que la recuperación de la cosa depende de la desconstitución del contrato. En esas acciones, declarada la ilegitimidad de la posesión del reo en la sentencia, *no se puede pensar en actividad ejecutiva de subrogación, puesto que no se necesita hacer nada por el vencido para que se produzca la realización del derecho, bastando la expedición de mandato ejecutivo.*

Es una situación absolutamente similar a la de aquellos casos en que fue practicado un ilícito de eficacia continuada. Si la sentencia declara la práctica del acto contrario al derecho, tampoco se necesita hacer nada por el demandado para que el derecho sea tutelado. Basta la remoción del acto ilícito. Por ejemplo: en el caso en que la sentencia declara que fue colocado a venta un producto que infringe las normas de protección al consumidor, *no hay cómo admitir que el*

medio de ejecución sustituirá una actividad que debería haber sido prestada por el demandado, ya que éste no tenía lo que suministrar, al haber actuado en disconformidad con la ley.

Si la sentencia declara que la cosa está indebidamente en posesión del reo, o que éste mismo practicó acto contrario al derecho, se necesita sólo que un auxiliar de justicia le retire la cosa al reo y se la pase al actor o que remueva el acto contrario al derecho.

De manera que el caso de la subrogación es aquel en que se espera una prestación del demandado. La sustitución en ese sentido, está relacionada con la prestación debida. Cuando no hay prestación, como en las hipótesis de derechos reales, de recuperación de cosa y de acto contrario al derecho que debe ser removido, basta la coerción directa, en ese caso no pudiendo pensarse en subrogación.

O sea, cuando se dice que, para la tutela del derecho, no se le necesita exigir nada al reo, lo que se desea evidenciar es que la actividad ejecutiva no sustituirá al demandado, ya que eso solamente acontece en los casos en que, en el plano del derecho material, la satisfacción del derecho del actor depende de una prestación suya.

Hay que apreciar que, en los casos en que la tutela del derecho no depende de acto a ser practicado por el reo, como ocurre cuando apenas se pretende remover el ilícito a través de medio de coerción directa (como la busca y aprehensión de cosa mueble), evidentemente que no se puede pensar en *condenación*, justamente porque no hay necesidad de exigírsele cualquier prestación al reo para la tutela del derecho. Además, cuando para que se produzca la realización del derecho basta que se retire algo que está ilegítimamente en el patrimonio del demandado, o incluso viabilizar el acceso del actor a la cosa que, gracias a la sentencia, legítimamente le pertenece, no es necesario tampoco exigirle nada al reo, y, por eso, no es admisible que se piense en *condenación a la entrega de cosa*.

Frente a eso, la importancia de la distinción entre coerción directa y subrogación está en la necesidad de insertarse en el sistema de los arts. 461 y 461-A del CPC y 84 del CDC la diferencia entre sentencias que son ejecutivas en virtud de lo que existe en el plano del derecho material y sentencias que eximen la acción de ejecución por una cuestión de política procesal, relacionada apenas con la necesidad de darle mayor poder de ejecución al juez.

3. El rompimiento de la regla de congruencia entre el pedido y la sentencia en el derecho brasileño

La necesidad de darle al juez mayor poder para la efectiva tutela de los derechos, reflejada, en primer lugar, en el rompimiento del principio de tipicidad de las formas ejecutivas y en la concentración de la ejecución en el proceso de conocimiento, aportó, además, la superación de la idea de absoluta congruencia entre el pedido y la sentencia.

Nótese que la superación de esa idea es la consecuencia lógica del rompimiento del principio de tipicidad de los medios ejecutivos y de la concentración de la ejecución en el proceso de conocimiento, ya que todas se destinan a darle mayor movilidad al juez – y con eso mayor poder de ejecución. La conexión entre todo eso, además, deriva del hecho de que la regla de congruencia, así como, el principio de tipicidad y la separación entre conocimiento y ejecución, se estableció a partir de la premisa de que era preciso contener el poder del juez para no correr el riesgo de la violación de la libertad del litigante. Verdad es que, cuando se piensa en congruencia, se afirma que

su finalidad es la de evitar que la jurisdicción actúe de oficio³², lo que podría comprometer su imparcialidad.

El CPC, en dos artículos, hace alusión a la idea del juez atenerse a lo alegado por el actor. El art. 128 declara que “el juez decidirá la disputa en los límites en que fue propuesta, siéndole prohibido tomar conocimiento de cuestiones no suscitadas, a cuyo respecto la ley exige la iniciativa de la parte” Y el art. 460 declara que “está prohibido al juez proferir sentencia, a favor del actor, de naturaleza diversa a la pedida, así como condenar al reo en cantidad superior o en objeto diverso del que le fue demandado”.

El art. 460, al traducir la idea de seguridad jurídica, afirma que la sentencia se debe limitar al pedido en los sentidos inmediato y mediato. Al hablar de prohibición de sentencia de “*naturaleza diversa* de la pedida” se refiere al *pedido inmediato*, y al apuntar para la prohibición de condenación en “cantidad *superior* o en *objeto diverso*”, se trata del *pedido mediato*. Tal distinción es fácil de aprehenderse, pues el pedido mediato refleja el “*bien de la vida*” – *la cantidad, el objeto* – que se procura obtener al abrigo del pedido inmediato, es decir, *con la especie de sentencia solicitada (condenatoria, etc)*

Esa prohibición tenía que minimizarse para que el juez pudiese corresponder a la función de darle efectiva tutela a los derechos. Quiere decir que esa regla no podría prevalecer más, de modo absoluto, ante las nuevas situaciones de derecho sustancial y por la constatación de que al juez no se le puede ver más como a un “enemigo”, sino como representante de un Estado que tiene conciencia que la efectiva protección de los derechos es fundamental para la justa organización social.

Pues bien: los arts. 461 del CPC y 84 del CDC – relativos a las “obligaciones de hacer y de no hacer – le dan al juez la posibilidad de imponer la multa o cualquier otra medida ejecutiva necesaria, aunque no hayan sido pedidas. El art. 461 del CPC, por ejemplo afirma expresamente, en el §4º, que el juez podrá imponer multa diaria al reo, “*independiente del pedido del actor*, si es suficiente o compatible con la obligación”, y en el §5º que “podrá el juez, *de oficio o a requerimiento*, determinar las *medidas necesarias, tales como ...*”.

³² Véase la lección de Chiovenda, presente en el ensayo “Identificazione delle azioni. Sulla regola ‘ne iudex ultra petita partium’”, publicado por el año de 1903, y después inserido en sus Saggi “Se consideriamo la relazione, in cui la sentenza sta con la lite che definisce, ci incontriamo in un principio ovvio in sè e facile a formulare. I nostri antichi dicevano: ‘Sententia debet esse conformis libello’ (Baldo, in L. 1 Cod. si plures, 7,55 ecc.): e quantunque i testi romani addotti a giustificazione di questo principio (partic. L.18 Dig communi dividundo 10, 3) non avessero troppo che fare colla nostra questione, non per questo il principio era mem vero. Come ho osservato altrove (L’azione nel sistema dei diritti, in questi ‘Saggi’ sopra p. 5) quando l’applicazione della legge ha per condizione la domanda dell’interessato, essa non può aver luogo se non nei limiti in cui se è verificata questa condizione, cioè nei limiti della domanda. Onde il principio ‘sententia debet esse conformis libello’ non è che la conseguenza logica del principio più generale ‘ne procedet iudex ex officio’. Il rapporto che lega sentenza e domanda può essere più o meno mediato; ma, scriveva benissimo il Chauveau (su Carrè, Q. 1746, 1ª), quali che siano le varie sue modalità, bisogna sempre che in fondo suscita questo rapporto, perchè esso è la salvaguardia essenziale dell’interesse dei collitiganti contro le facili usurpazioni dell’arbitrio. Conseguentemente la citazione scritta, o formale, deve contenere tutte le indicazioni atte a identificare ciò che sarà oggetto della lite introdotta e della sentenza” (Giuseppe Chiovenda, Identificazione delle azioni. Sulla regola ‘ne iudex ultra petita partium’, Saggi di Diritto Processuale Civile, Roma, Società Editrice Foro Italiano, 1931, p. 224).

En el mismo sentido, el nuevo art. 461-A – que entró en vigor en agosto de 2002 –, cuando afirma, en el §3º, que son aplicables a él las reglas contenidas en los párrafos del art. 461. De ese modo, en caso de que se haya solicitado la busca y aprehensión se podrá imponer la multa o viceversa.

En esa línea, es importante percibir que se puede solicitar la sentencia *ejecutiva*, o sea, aquella que es capaz de conducir a la tutela del derecho mediante *la coerción directa o subrogación*, y el juez conceder la sentencia “*mandamental*” (o coerción *indirecta*). O a la inversa, puesto que puede concederse la sentencia *ejecutiva* en lugar de la sentencia “*mandamental*”.

Además, está expresa, en los arts. 461 del CPC y 84 del CDC, la posibilidad del juez darle contenido diverso al hacer o al no hacer pedido, o mejor, *imponer otro* a hacer o no hacer, desde que sea capaz de conferirle un resultado práctico equivalente al que se obtendría en caso de cumplimiento de la “*obligación originaria*”. Así, por ejemplo, si se requiere el cese de la contaminación, y el juez verifica que es suficiente que se instale cierta tecnología para que sea estancada (un filtro, por ejemplo), *otro hacer* debe ser impuesto.

Percíbese que la posibilidad de imposición de hacer diverso del pedido no se confunde con la posibilidad de imposición de lo solicitado a través de la utilización de un medio ejecutivo diferente al postulado. Cuando se piensa en medio ejecutivo distinto, se imagina, por ejemplo, la contraposición entre una medida de coerción directa y la multa, mientras que, en el otro caso, *se altera el propio hacer pedido.*

La distinción entre la determinación de *algo diverso* a lo solicitado y la imposición de *medio ejecutivo diverso* para la concesión de lo que fue requerido, se destina a evidenciar que el juez en virtud de los arts. 461 del CPC y 84 del CDC, puede dejar de lado, *además del medio ejecutivo solicitado, el propio pedido mediato.*

Claro está que ese amplio poder de ejecución, que se le confiere al juez, tiene como objetivo darle *mayor flexibilidad* para la concesión de la providencia y del medio ejecutivo que sea, al mismo tiempo, realmente capaz de darle tutela al derecho e implique la menor restricción posible a la esfera jurídica del reo.

No es porque la aplicación de la regla de congruencia puede impedir la efectividad de la tutela del derecho, que al juez no se le pueda ver más como “enemigo”, que el poder de ejecución que le fue deferido puede quedarse sin control. La diferencia reside en la forma de control. Si antiguamente se hacía a través de la ley – *por consiguiente se piensa en el principio de tipicidad de los medios ejecutivos, en la separación entre conocimiento y ejecución y en la congruencia entre el pedido y la sentencia-*, actualmente ese control se debe realizar a través de la *regla de proporcionalidad*. O sea, el aumento del poder del juez, relacionado con la transformación del Estado, implicó en la eliminación de la sumisión del *judiciario al legislativo* o de la idea de que *la ley sería como una vela que ilumina todas las situaciones del derecho sustancial*, y en la necesidad de un *real involucramiento del juez con el caso concreto*. Claro, la proporcionalidad es la regla hermenéutica adecuada para controlar el poder del juez ante el caso concreto, puesto que la ley, como es obvio, no es – ni puede ser – específica.

4. La fase ejecutiva: la posibilidad del juez modificar el valor o la periodicidad de la multa, así como determinar modalidades ejecutivas no previstas por la sentencia

También como consecuencia de los motivos que condujeron al rompimiento del principio de tipicidad de las formas ejecutivas, de la separación entre proceso de conocimiento y proceso de ejecución y de la regla de congruencia, se le confirió al juez el poder de, en la fase de ejecución, de oficio o a requerimiento, modificar el valor o la periodicidad de la multa y alterar la propia modalidad ejecutiva determinada por la sentencia.

El nuevo §6° del art. 461 del CPC brasileño es expreso en el sentido de que el juez puede modificar el valor o la periodicidad de la multa, al verificar que se tornó insuficiente o excesiva. Esa modificación debe asociarse a la necesidad de darle efectividad a *la tutela, que evidentemente depende de la fase ejecutiva*. Por ello, no existe motivo alguno para parecernos extraño la posibilidad de alteración de la multa en la fase ejecutiva, esto es, después de la sentencia adquirir fuerza de cosa juzgada.

Mayor dificultad entraña la posibilidad del juez determinar modalidad ejecutiva diversa de la prevista en la sentencia. Eso por el motivo de que la comprensión de esa cuestión exige, como premisa, *la debida elucidación de la diferencia entre la alteración de la modalidad ejecutiva y la modificación del propio hacer (o no hacer) expreso en la sentencia*.

Como ya hemos visto en el ítem antecedente, el juez puede rehuir del pedido no sólo para alterar la modalidad ejecutiva, sino también para modificar el propio hacer (o no hacer) solicitado. La pregunta que se formula ahora, es si esas alteraciones pueden *ocurrir también en la fase ejecutiva*.

Hay que dejar claro, por tanto, que la preferencia por cierto medio ejecutivo o modalidad de hacer no constituye mera opción, sino que es el resultado de la aplicación de las sub-reglas de la proporcionalidad, que pueden ser: i) adecuación, ii) necesidad y iii) proporcionalidad en sentido estricto. *Adecuación* es, en términos reducidos, la *legitimidad* del medio pensado para alcanzar la tutela. *La necesidad* se desdobra en las ideas *de medio idóneo y de la menor restricción posible*. El medio idóneo se imagina en términos de *eficacia*, pues es aquel que posee la capacidad de proporcionar *concretamente* la tutela. Sin embargo, ese medio idóneo debe ser aquel que cause la *menor restricción posible* a la esfera jurídica del reo. En ese caso, o sea, cuando el medio es *idóneo* al pretendido por el actor y, al mismo tiempo, configura la *menor restricción posible*, constituirá el medio *más idóneo*, personificando la idea de *medio más suave*, que es justamente aquel que debe ser usado para darle tutela al derecho del actor. Finalmente, la sentencia no puede, para darle tutela al derecho, engendrar un gravamen *disconforme* al demandado.

Considerando el hacer (o el no hacer) impuesto por la sentencia, el juez no puede, en la fase de ejecución, considerarlo: i) no adecuado a la tutela del derecho, ii) que no representa el medio *más idóneo*, o iii) que constituye algo desproporcionado. Todo eso fue susceptible de discusión en la fase de conocimiento, quedando encubierto por la cosa juzgada material.

Al juez se le debe permitir innovar, durante la fase ejecutiva, *solamente cuando el reo no atiende a la sentencia, y por eso el hacer no se configura como medio más idóneo para su propia culpa*. Así, por ejemplo, si el reo no instala el equipamiento para evitar la contaminación impuesto en la sentencia, el juez no tiene obligación de determinar que ese equipamiento sea instalado por tercero – alterando apenas el medio ejecutivo – pero le queda la posibilidad de determinar la interdicción de la fábrica.

Se puede apuntar, para que quede más claro, que si la sentencia determina la interdicción, el ejecutado no puede pretender, en la fase ejecutiva, su alteración, para que sólo en ese momento él instale un equipamiento que evite la contaminación. Es que la interdicción, establecida en la sentencia, se debe comprender como resultado del contradictorio entre las partes. Por eso que el hacer apenas puede ser alterado cuando el reo niega el resultado de la discusión de la cual participó.

Con respecto al medio ejecutivo – multa, prisión, coerción directa y subrogación –, importan apenas las reglas de la adecuación y de la necesidad. En relación con el valor de la multa, se admite que ése sea aumentado o disminuido (medio idóneo y medio que configura la menor restricción posible). Además, nada puede impedir, en tesis, la sustitución de la multa por la ejecución directa o viceversa. En cuanto a la prisión, ésa solamente se puede admitir para darle efectividad a un no hacer o a un hacer fungible que no exija poner a disposición el patrimonio, obviamente cuando configura el medio *más idóneo*.

Aunque la discusión sobre el medio ejecutivo pueda realizarse durante la fase de conocimiento, *ella obviamente extrapola para la fase de ejecución, cuando en la realidad, será ensayada su efectividad*. Eso no quiere decir, como es evidente, que ese poder ejecutivo no pueda

controlarse. En primer lugar, la alteración de la modalidad ejecutiva depende de *la justificativa del juez*, su ausencia implica *presunción de arbitrariedad*. Además, y como es obvio también, toda y cualquier decisión del juez que modifique la modalidad ejecutiva puede ser *objeto de recurso*.

En realidad, la aplicación de la proporcionalidad, durante la fase ejecutiva, frente a las necesidades de alteración del medio ejecutivo o del propio hacer (en ese último caso en virtud de la inobservancia de la sentencia por parte del reo), siempre depende de *la justificativa del raciocinio del juez*.

Retornando a la cuestión de la alteración del medio ejecutivo, si es verdad que el juez puede, por ejemplo, dejar de lado a la multa cuando prefiere la coerción directa o viceversa, algunos podrían decir que en ese caso lo que ocurriría sería la transformación de la sentencia mandamental en sentencia ejecutiva. Sin embargo, no se trata de eso. No se produce en ese caso alteración o transformación de la sentencia, incluso porque una sentencia no se puede transformar. Inexiste nueva sentencia en el lugar de la antigua, sino apenas la constatación de que la sentencia mandamental no se mostró efectiva.

Si la dispensa de la multa y la opción por la coerción directa pudiese implicar en la transformación de la sentencia mandamental en sentencia ejecutiva, habría, ante todo, una transformación de la multa en coerción directa o, quizás mejor, *la alteración de la naturaleza de los medios ejecutivos*. En ese caso, no obstante, no se puede pensar en *alteración de la naturaleza* de la modalidad ejecutiva, mas apenas en el uso de *otro* medio ejecutivo ante la *constatación de la ineficacia del antiguo*. Explicándolo mejor: la necesidad de nuevo medio ejecutivo, diverso del que ya se había determinado, *no altera la naturaleza de la sentencia*.

Cuando se constata, como ya se ha dicho en líneas anteriores, que la naturaleza de las nuevas sentencias *no puede prescindir del medio ejecutivo*, queda fácil entender que el *calificativo* que se le agrega a la sentencia posee vinculación con la modalidad ejecutiva.

No hay cómo alterar la naturaleza de la sentencia. La sentencia, como es lógico, tiene su *naturaleza* definida *en el momento en que es proferida*. Es cierto que un nuevo medio ejecutivo puede ser impuesto ante la ineficacia del antiguo, eso no significa, es evidente, que tuvieron ese último o la sentencia sus naturalezas modificadas.

Por otro lado – y eso es lo que realmente importa –, si la sentencia ligada a la coerción indirecta, por ejemplo, no recibiese determinado calificativo (mandamentalidad) que la diferenciase de la que se liga a la coerción directa (todavía por ejemplo), se estaría aceptando que las dos tienen la misma naturaleza, ya que solamente es posible *darle un mismo nombre a dos objetos que no se deben diferenciar* (eso es básico en lógica). Sin embargo, como se ha demostrado de manera amplia y exhaustiva, no hay cómo pensar que la sentencia que actúa mediante ejecución indirecta no se deba diferenciar de la que se realiza a través de la ejecución directa, o incluso de la condenatoria.