



UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DE CONDENAS
NO DINERARIAS DE HACER O NO HACER Y
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Trabajo Especial de Grado, para optar al
Grado de Especialista en Derecho Procesal

Autora: Adriana Maestracci Sisco

Caracas, mayo de 2008



UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DE CONDENAS
NO DINERARIAS DE HACER O NO HACER Y
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Autora: Adriana Maestracci Sisco
Asesor: Dr. Israel Argüello Urdaneta

Caracas, mayo de 2008



UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

ACEPTACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana **ADRIANA MAESTRACCI SISCO**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es “**EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DE CONDENAS NO DINERARIAS DE HACER O NO HACER Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**”; considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los treinta (30) días del mes de mayo de 2008.

Dr. Israel Argüello Urdaneta
C.I.: V-1.666.726

ÍNDICE GENERAL

		pp.
	ACEPTACIÓN DEL ASESOR.....	iii
	RESUMEN.....	vi
	CAPÍTULO	
I	EL PROBLEMA	
	Planteamiento del Problema.....	1
	Objetivos de la Investigación.....	8
	General	
	Específicos	
	Justificación e Importancia.....	9
II	NATURALEZA JURÍDICA DE LA EJECUCION DE SENTENCIAS NO DINERARIAS.....	14
	Hacer no personalísimo o fungible.....	25
	Emisión de una declaración de voluntad y el hacer personalísimo.....	28
III	LA EJECUCION DE SENTENCIA NO DINERARIA COMO FASE DEL PROCESO JUDICIAL.....	34
IV	CONCEPCIONES DOCTRINARIAS EN MATERIA DE EJECUCION DE SENTENCIA.....	40
	El principio nemo ad factum praecise cogi potest (nadie puede ser obligado a hacer algo contra su voluntad).....	42
V	LA EJECUCION IN NATURA DE LA SENTENCIA.....	52
	Necesidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos.....	62

Agotamiento de los medios idóneos y necesarios para lograr la ejecución en sus propios términos.....	67
Tutela judicial efectiva en fase de ejecución.....	70
Prohibición de indefensión.....	77
Exigibilidad de la actividad ejecutiva.....	78
Alcance objetivo y contenido de la ejecución.....	82
VI CONCLUSIONES.....	87
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	97



UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

**EL CONVENIMIENTO COMO FORMA DE
AUTOCOMPOSICIÓN PROCESAL**

Autor: Adriana Maestracci Sisco

Fecha: Mayo, 2008

RESUMEN

El objetivo planteado en la investigación consiste en un análisis de los mecanismos para obtener la efectividad de la tutela judicial que deben otorgar las sentencias definitivamente firmes de condena de hacer o no hacer. Para el logro del objetivo general se precisó la inexistencia de obstáculo importante alguno para lograr la ejecución en sus propios términos de estas condenas, advirtiéndose sobre la necesidad de tal cumplimiento por el condenado para otorgar una verdadera tutela judicial al ejecutante, para luego formular la adecuación de la ejecución de las condenas de hacer y no hacer al marco y exigencias de la actual realidad jurídica mediante el establecimiento de diversos medios posibles para obtener la efectividad del fallo en distintas legislaciones, indicando la viabilidad jurídica de adoptar medidas coercitivas y clasificando soluciones que maten la ineficacia que afecta a las condenas de hacer o no hacer. El desarrollo de la investigación, arrojó como conclusiones, que no obstante la ausencia de previsión legislativa que expresamente faculte al juez para la adopción de medidas tendentes a lograr la ejecución in natura de sus decisiones, previa la aplicación de la solución legal, consistente en la indemnización o cumplimiento por equivalente; es posible que el juzgado las acuerde y las practique, con fundamento en los artículos 26, 253 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 12, 527 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; a fin de materializar la garantía última de la tutela judicial efectiva, mediante la precisa y exacta ejecución del fallo proferido.

Descriptor: Ejecución de sentencia de condena no dineraria,
Tutela judicial efectiva.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

El Problema

La sociedad moderna revela cada vez más la necesidad de una tutela eficaz por parte del Estado mediante el Derecho y de allí que atendiendo a tal demanda, los juristas se apresten a la búsqueda de soluciones que efectivamente la otorguen.

El objeto de la presente investigación está centrado en la efectividad de las sentencias, pues luego de efectuarse la faceta declarativa de los juicios, con el pronunciamiento jurisdiccional sobre el mérito o fondo de la causa, parece haber concluido lo principal, más los procesos no terminan dictada la sentencia definitiva. La sentencia firme muchas veces no otorga por sí misma la tutela judicial a la que se hace acreedora la parte gananciosa del juicio.

La ejecución de las sentencias definitivamente firmes - particularmente las que ordenan un hacer o no hacer- encuentra cantidad de tropiezos que impiden considerarla efectiva, por lo

que se hace menester que culminada la fase declarativa, se realicen actuaciones orientadas a dotar de efectividad el pronunciamiento judicial, lo cual es mucho más necesario cuando la parte judicialmente condenada no cumple el fallo espontáneamente.

Los diversos sistemas jurídicos contemplan instrumentos y mecanismos dirigidos a lograr la efectividad de las sentencias, actuaciones tendientes a convertir el contenido del fallo en concreta realidad, las cuales en su conjunto reciben genérica y tradicionalmente el nombre de ejecución.

La ejecución de las sentencias es una fase procesal más, pues se da dentro del mismo proceso judicial en el que se pronuncia la sentencia que se ejecuta y así, es el último escaño del camino hacia la satisfacción del interés del litigante.

De los diversos contenidos que puede poseer una resolución judicial definitivamente firme, tienen particular interés los que para ser efectivos necesitan una conducta de la parte condenada adecuada a la orden judicial: los que obligan al litigante perdedor a la realización de una acción u omisión concretas.

Para ordenar su estudio, los tratadistas y las legislaciones clásicamente han dividido las sentencias en función de la actividad que debe realizar el sujeto judicialmente condenado, en sentencias dinerarias: que condenan el pago de sumas de dinero y no dinerarias, grupo en el que tienen cabida todas las demás: las que condenan a la entrega de cualquier bien –no dinero- y las que condenan bien a desarrollar o bien abstenerse de desplegar determinada conducta.

Las sentencias de condenas pecuniarias logran en la fase ejecutiva del juicio satisfacer el interés del litigante generalmente mediante la conversión de las medidas cautelares decretadas en medidas ejecutivas y de los bienes del ejecutado, ya jurídicamente desposeídos, en dinero, mediante la venta en remate o subasta pública de los mismos.

Indica la práctica forense que cuando el litigante ganancioso no puede satisfacer su crédito dinerario en el patrimonio del condenado durante la fase ejecutiva del juicio, sin embargo obtiene el título ejecutivo (mandamiento de ejecución) que le permitiría lograrlo dentro del lapso de prescripción que estatuya la ley; tendría expectativa de hacer realmente efectiva la

sentencia.

No ocurre así cuando la sentencia contiene condena de hacer o no hacer y el sujeto condenado desacata la orden judicial en ella contenida. La ley prescribe -en la mayoría de los ordenamientos jurídicos- que el Juez autorice al acreedor para hacer ejecutar él mismo la sentencia o el condenado pague una suma de dinero equivalente a la actividad condenada, para el caso de las condenas de hacer y que se destruya lo hecho en contravención de la condena de no hacer, a costa del deudor, tratándose esas condenas.

La ley venezolana, al igual que la de la mayoría de los países, establece que en caso que el acreedor no solicite tal autorización o que la naturaleza de la obligación no permita la ejecución en especie o la haga demasiado onerosa, se determine el crédito en una cantidad de dinero, procediéndose luego como en la ejecución de condenas dinerarias.

En la mayoría de los casos de condenas judiciales a hacer o no hacer, la específica y exacta realización de esa condena constituye la única posibilidad efectiva para hacer actuar el Derecho y otorgarle efectiva tutela al ejecutante, más no es

precisamente lo habitual. Ante el incumplimiento de la condena por parte del ejecutado, se recurre a la fórmula legal de conversión en equivalente. Ello revela la convicción existente acerca de la imposibilidad de coaccionar al condenado a hacer o no hacer, a cumplir el mandato judicial.

Dentro del marco del estudio de las sentencias civiles con condena de hacer o no hacer destaca la jurisdiccionalidad de su ejecución derivada de la obligación judicial de decidir y ejecutar lo decidido y que la ejecución -como antes indiqué- es una fase más del proceso. Es insoslayable la existencia de un obstáculo histórico que se ha estado oponiendo a la esencia verdadera de éstas condenas y a su eventual cumplimiento forzoso: la máxima *nemo ad factum praecise cogi potest* (nadie puede ser obligado a hacer algo preciso), que impedía la coerción sobre la voluntad del condenado, que se vinculaba a la salvaguarda de la libertad y dignidad personales del deudor.

En la fase de ejecución de sentencias no caben los reparos emanados de ese principio y de la libertad individual pues la resolución judicial ya se ha producido y el orden público exige su ejecución tal como fue dictada. Tal posibilidad ha sido negada

por históricas y erróneas interpretaciones.

Los principios constitucionales de hoy exigen la tutela judicial efectiva, el respeto a las resoluciones judiciales y las reales posibilidades jurídicas de obtener la ejecución, hacen que el mencionado aforismo deba ser superado y siga impidiendo la ejecución forzosa de la ejecución de condenas de hacer y no hacer.

Sin embargo, dista mucho de ser satisfactoria la respuesta de la ley a estas hipótesis, pues la normativa procesal que en el área civil se encarga de regularlas es sumamente exigua y lo que es más importante, de la letra de las normas se observa su inadecuación a la actualidad social.

Además que la ley no considera todos los supuestos posibles, la solución que aporta en abstracto no configura una forma efectiva de tutela.

Ciertamente, se incurre en la ligereza de aplicar acríticamente la fórmula legislativa y transformar la condena de hacer en una condena dineraria por el equivalente de la actividad condenada a hacer, que se quedará sin hacer.

La tutela “otorgada” de esa forma no solo es diferente de la reclamada, sino que adicionalmente en muchos casos tal conversión monetaria no es viable o resulta inadecuada y en consecuencia, insatisfactoria.

Los justiciables que demandan en sede judicial un hacer o no hacer por parte de otra persona, obteniendo sentencia favorable, definitivamente firme ésta, sólo hallarán cabal satisfacción a su solicitud de tutela mediante la realización de lo condenado hacer o no hacer, no a través de un equivalente monetario: Ello es así debido al legítimo origen del derecho a ejecutar el mandato judicial y a la necesidad que existe en el especializado mundo actual, de realización de conductas de hacer o no hacer por parte de otros.

Estadísticamente, mientras mayores sean las hipótesis, mayor el riesgo de que no se resuelvan a satisfacción los casos considerados. Al multiplicarse la cantidad de ocasiones en las que se espera un hacer o un no hacer, correlativamente aumenta el número de veces en que ese comportamiento no se obtiene.

Así, el número de sujetos que acudirán a los tribunales en busca de tutela se elevará y correlativamente aumentará

asimismo el número de ellos que no materializará en su esfera jurídica individual el contenido de la decisión judicial favorable.

Esto no propicia la paz social que es fin último del proceso, por lo que es necesario determinar ¿cómo lograr la eficacia en la ejecución de sentencias de condenas de hacer o no hacer para otorgar una tutela judicial efectiva?

Objetivos de la Investigación

General

Analizar mecanismos de eficacia de las sentencias definitivamente firmes de condena de hacer o no hacer para otorgar tutela judicial efectiva.

Específicos

a. Establecer las características de la ejecución de sentencias no dinerarias, para la determinación de sus efectos.

b. Analizar el proceso de la ejecución de sentencia no dineraria, a través del estudio de su efectividad como parte del derecho de la tutela judicial.

c. Determinar la relación entre la tutela judicial efectiva y la

ejecutoriedad de las sentencias de hacer y no hacer, para el establecimiento de mecanismos que permitan el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos.

Justificación e Importancia

El escaso tratamiento que han dado tanto los autores especializados como la legislación al tema que se estudia marca la oportunidad de este estudio.

La cotidianidad exhibe una realidad sociológica en la que aumentan las relaciones cuyos sujetos intervinientes se obligan a realizar ciertas actividades que trascienden el simple cambio de cosas mediante el pago de un precio.

Los negocios cada vez más comprenden la realización de una o más actividades a cargo de los contratantes para alcanzar su fin, siendo ejemplos de ello los contratos de exclusividad y los contratos de obra; de donde deriva la importancia que determinadas conductas adquieren en el campo económico-social y consecuencial e inexorablemente en el plano jurídico.

Son numerosísimas actualmente las situaciones que para

ser satisfactorias requieren la práctica de actitudes de respeto y colaboración, como permitir al cónyuge separado visitar a sus hijos o no competir deslealmente. Ello incrementa la frecuencia y número de supuestos en que es necesario que los sujetos realicen un determinado hacer o no hacer.

Tal circunstancia muestra la relevancia cuantitativa y consecuente repercusión en el bienestar social que representaría que la condena judicial que obtengan los justiciables se concrete en su esfera jurídica individual, mediante la realización por el condenado de la conducta ordenada.

Frente a sociedades que demandan tutela judicial en orden a obtener conductas de hacer o no hacer por los sujetos a ello condenados, el ordenamiento jurídico procesal no ofrece medios eficaces para lograr su finalidad. Para paliar esta deficiencia se hace necesario un estudio; no es posible dirimir convenientemente las controversias actuales con anticuados procedimientos. La importancia del tema se encuentra en una relación inversamente proporcional a la atención que le ha dispensado la mayoría de autores.

Los estudiosos del Derecho han dado siempre

preponderancia al estudio de la etapa declarativa del juicio, dejando en un segundo plano a la ejecución, lo cual se justificaba porque habría de construirse todo el proceso judicial. No obstante, superado ello enormemente, ha ido advirtiendo la necesidad de estudio de la ejecución.

Ha sido de mayor atractivo para la mayoría de los autores el estudio de la ejecución de condenas dinerarias. Son supuestos de hecho muy frecuentes, no solo como condenas originales o principales, sino que también cuando se verifican como sustitutivos ante la ineficacia de las modalidades de ejecución de hacer o no hacer.

Es muestra de la preocupación de los juristas por lograr el resultado concreto del juicio, el avance de los estudios sobre la efectividad de las condenas dinerarias.

Respecto a la ejecución de condenas de hacer y no hacer, en cambio, las fuentes venezolanas son escasas, pues la obras generales le dedican poco espacio y son escasas y superficiales las específicas, quizá por considerarse que este campo estaba agotado. Es decir, existe el convencimiento que, ante la negativa de un condenado a actuar, no se puede ejercer coacción sobre

su voluntad y, por tanto, solo es posible transformar la condena en un equivalente dinerario, basado esto en una incorrecta interpretación del vocablo latino *nemo ad factum praecise cogi potest* (nadie puede ser obligado a hacer algo contra su voluntad), pero los esfuerzos sin duda se dirijan a aspectos con mayores posibilidades.

De allí que realizar un estudio en Venezuela relativo a las sentencias que condenen a un hacer o a un no hacer será novedoso y llenará una laguna.

Las circunstancias descritas presentan una exigencia social y jurídica de tutela frente a condenados por sentencia a hacer o no hacer y una insuficiente regulación legislativa adecuada, sin mayores reflexiones de la doctrina legal y científica. La necesidad de estudiar esta modalidad de ejecución queda así doblemente de manifiesto.

Afrontar su análisis profundo es necesario y además oportuno, ya que no se ha hecho, a pesar de ofrecernos la promulgación de la Constitución de 1999 expresamente un instrumento idóneo para acabar definitivamente el antiguo error interpretativo e impulsar la búsqueda de soluciones al problema

de la falta eficacia de las ejecuciones de condena de hacer o no hacer: el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Ajustar la institución de la ejecución de sentencias de condena de hacer o no hacer a la realidad jurídica y buscar soluciones que atenúen su ineficacia, son aportes de esta investigación que podrían contribuir a apreciar mejor su función y servir de reflexión para futuras reformas legislativas que claramente establezcan una forma realmente eficaz de cumplimiento de los fallos o resoluciones judiciales en estos supuestos; sin perjuicio de las soluciones que por vía jurisprudencial apliquen los tribunales, en tanto de produzcan dichas reformas.

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS NO DINERARIAS

La ejecución de sanciones específicas o ejecución en forma específica es aquella en que el órgano jurisdiccional sustituye plenamente la voluntad del ejecutado y opera sobre los mismos elementos que este habría de utilizar si quisiese evitar la ejecución forzosa.

Tapia, (citado por De la Oliva, 2002) ha dicho: "...lo más exacto que se puede decir sobre la ejecución específica es negativo: ejecución específica es la no genérica"; esto es, la actividad jurisdiccional ejecutiva que no persigue la extracción directa o indirecta de dinero o géneros del patrimonio del ejecutado para su transferencia al patrimonio del ejecutante.

El Código de Procedimiento Civil venezolano no acoge la distinción doctrinal a que se acaba de hacer referencia, sino la menos discutible y más clara de ejecución dineraria y ejecución no dineraria. Esta última es la ejecución que precede cuando la

sanción y la correlativa satisfacción del ejecutante, que es subsanación y reparación de la lesión injusta, no consiste en entregar dinero. Puede, sin embargo, consistir en entregar cosas genéricas o indeterminadas y por tanto, hay casos de ejecución no dineraria en que se actúa y se aplica una sanción genérica, no específica.

En cuanto a la ejecución forzosa civil examinada, se le atribuye el termino de "ejecución por obligaciones de hacer y no hacer", comprendiendo en el "hacer" la entrega de cosas determinadas, muebles o inmuebles.

Esta terminología no es, por extendida, menos errónea; porque no importa si el fundamento remoto del titulo ejecutivo es propiamente una obligación; es decir: la consecuencia de una relación jurídica obligación, strictu sensu; o si el imperativo de hacer, no hacer o de entregar deriva, en último término, de la efectividad de un derecho real; tal y como sucede en los casos previstos en el articulo 528 del Código de Procedimiento Civil; o de una regla legal que impone deberes a unos sujetos en beneficio de otros, tal como lo preceptúa el articulo 529 de la norma ejusdem. De modo que, en realidad, no se procede por

“obligaciones” ni mucho menos se trata de su “cumplimiento”.

Es de importancia entender que la actividad jurisdiccional ejecutiva que procede cuando el título no patentiza una obligación de entregar dinero puede acabar siendo una actividad ejecutiva encaminada a lograr dinero, a causa de que resulte imposible o inconveniente, para subsanar o reparar la lesión injusta padecida por el ejecutante, aquello que inicialmente pretenden el ejecutante y el órgano jurisdiccional ejecutor y que constituiría un resultado idéntico o similar al de la ejecución voluntaria: la recepción de cosas determinadas o genéricas, o el disfrute por el ejecutante de un "hacer" o de su resultado o de una abstención.

Así, pues, es de advertir que la ejecución no dineraria puede ceder el paso a una ejecución dineraria, cuando aquella no es posible o conveniente (conveniencia que determina el ejecutante, sujeto pasivo, en principio, de la lesión injusta en bienes dignos de protección).

Entre las consideraciones generales oportunas en este momento está la siguiente: aunque en el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil no se alude al término “título ejecutivo”

como si lo menciona la Ley de Enjuiciamiento Civil de España; se considera que este "otro acto que tenga fuerza de tal" pueden abrir la puerta a una ejecución no dineraria; ya equiparados éstos a sentencias de condena firmes y resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañados si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones.

Reglas comunes a toda ejecución no dineraria

El artículo 529 del Código de Procedimiento Civil establece reglas aplicables a toda ejecución fundada en título que contenga "condena u obligación" de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta de cantidad de dinero. Tales reglas son: el requerimiento al ejecutado para que cumpla lo dispuesto en el título y las medidas aseguratorias, con expresa previsión en su aparte único, de un posible embargo de garantía o caución sustitutoria; lo cual es expresado en los siguientes términos: "se determinará el crédito en una cantidad de dinero y luego se procederá como se establece en el Artículo 527."

Dispone, en efecto, el artículo 529 que cuando la sentencia

contenga condena u obligación de hacer o no hacer, en el auto por el que se despache ejecución " .el Juez podrá autorizar al acreedor, a solicitud de éste, para hacer ejecutar él mismo la obligación o para destruir lo que se haya hecho en contravención a la obligación de no hacer, a costa del deudor"; esto es que se cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo.

Sin embargo, la norma adjetiva no lo establece como un requerimiento coercitivo; en virtud de lo cual puede discutirse largamente si ese requerimiento es, doctrinariamente hablando, un acto ejecutivo: la respuesta dependerá de donde se haya puesto la esencia de actividad ejecutiva.

Es necesario tomar en consideración, en este aspecto, que si es esencial, por la naturaleza ejecutiva, que el tribunal sustituya al ejecutado, el requerimiento de la ejecución voluntaria de la sentencia no supondría ejecución. Se sostiene en la doctrina que la sustitución es una nota frecuente, muy relevante, de la actividad jurisdiccional ejecutiva, pero no perteneciente a su esencia. Al dirigir el requerimiento, y mas si es con apercibimiento de apremios personales o pecuniarias, el

tribunal ya esta tratando de hacer ejecutar lo juzgado u homologado el acuerdo a transacción judicial.

En este sentido, se considera que el tribunal ya utiliza su potestad para una transformación material de la realidad, de modo que, doctrinalmente, se entiende que realiza actividad jurisdiccional ejecutiva. Pero, en todo caso, legalmente no debe dudarse de que ya se está dentro del proceso de ejecución, que ya se ha despachado.

Una discusión semejante puede producirse acerca de si el "cumplimiento" por el ejecutado, en sus propios términos de lo que establezca el titulo ejecutivo, constituye ejecución voluntaria a ejecución forzosa. Par lo que se considera que la cuestión carece de mayor relevancia, pero desde luego no parece que ese "cumplimiento" pueda calificarse de espontáneo. Se produciría, sin duda, porque lo dispuesto en la sentencia definitivamente firme no se "cumplió" pues, de lo contrario si hubiese ese "cumplimiento", ningún sentido tendrían las molestias y gastos que origina interponer una demanda ejecutiva.

En este sentido De la Oliva, (2002) considera:

En todo caso, el legislador no debe preocuparse porque sus mandatos razonables se ajusten perfectamente a construcciones doctrinarias previas, en grandísima medida tributarias de elementos legislativos. En el Derecho procesal de modo especial, dado su carácter artístico... lo que incumbe al legislador es componer fórmulas de tutela efectiva, por decirlo con los términos de la Constitución vigente, según ciertos principios fundamentales y procurando la coherencia interna del sistema a “modelo”.

El último aparte del artículo 529 del Código de Procedimiento Civil, atribuye un carácter alternativo de la ejecución de sentencia no dineraria; toda vez que el mismo preceptúa:

En caso de que el acreedor no formule tal solicitud a de que la naturaleza de la obligación no permitiera la ejecución en especie a la hiciere demasiado onerosa, se determinará el crédito en una cantidad de dinero y luego se procederá como se establece en el Artículo 527.

A lo que se atribuye, que en caso de incumplimiento del requerimiento judicial para hacer o no hacer, no puede tener inmediato cumplimiento, el tribunal, a instancia del ejecutante, podrá acordar medidas de garantía “adecuadas” para “asegurar la efectividad de la condena”; por lo que expresamente se prevé, además que, siempre a solicitud del ejecutante, se acuerde “el embargo de bienes del ejecutado en cantidad suficiente para asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones sustitutorias

y las costas de la ejecución. Este embargo se decretará si el ejecutado presta caución en cuantía suficiente, todo de conformidad con lo establecido en el artículo 527 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto expresa:

Artículo 527.- Si la condena hubiere recaído sobre cantidad líquida de dinero, el Juez mandará embargar bienes propiedad del deudor que no excedan del doble de la cantidad y costas por las cuales se siga ejecución. No estando líquida la deuda, el Juez dispondrá lo conveniente para que se practique la liquidación con arreglo a lo establecido en el artículo 249. Verificada la liquidación, se procederá al embargo de que se trata en este Artículo.

El tribunal podrá comisionar para los actos de ejecución librando al efecto un mandamiento de ejecución, en términos generales a cualquier Juez competente de cualquier lugar donde se encuentren bienes de deudor.

El mandamiento de ejecución ordenará:

1° Que se embarguen bienes pertenecientes al deudor en cantidad que no exceda del doble de la cantidad y costas por las cuales se siga la ejecución.

2° Que se depositen los bienes embargados siguiendo lo dispuesto en los artículos 539 y siguientes de este Código.

3° Que a falta de otros bienes del deudor, se embargue cualquier sueldo, salario o remuneración de que disfrute, siguiendo la escala indicada en el artículo 598.

Es de notar que, a diferencia de otras legislaciones, como la española, en Venezuela no se plantea la posibilidad de decretar medidas innominadas, ni siquiera a instancia de parte; y mucho menos que el tribunal pudiera considerar que tales medidas

innominadas pudieran ser necesarias y además "adecuadas"; por lo que a tenor de lo dispuesto en la parte in fine del 529 se establece, a los fines de evitar el total incumplimiento del ejecutado, si el ejecutante lo pide, el tribunal acordará el embargo.

También en este punto cabe plantear la cuestión de la naturaleza jurídica de esas medidas y, en concreto, del embargo. Es evidente, porque la intención del legislador es la finalidad de la sentencia la cual es asegurar la efectividad de la condena. Por consiguiente, su ratio iuris es, en gran medida, la misma que la de las medidas cautelares del Título I del Libro Tercero (585 y siguientes) del Código de Procedimiento Civil.

Así, pues, en un sentido amplio, cabría afirmar, que son medidas cautelares. Pero, con alguna precisión técnico-jurídica, se advierte también, sin especial dificultad, que son medidas que no exigen un *fumus boni iuris* (hay un título ejecutivo) y que el *periculum in mora* no es el común y ordinario de las medidas cautelares reguladas como tales, porque no es la mora procesal del proceso declarativo (en total o en alguna de sus instancias o fases), sino la del plazo concedido en el requerimiento mas el

tiempo que se tarde en ulteriores actuaciones.

Además, a este embargo no le es aplicable la disciplina del embargo preventivo y, de no cumplir el ejecutado con lo que se le requiera, es enteramente racional que el embargo ya trabado sirva de base a la posterior realización de bienes. Con otros términos: si, fracasado el intento de lograr un cumplimiento en sus propios términos de lo que disponga el título, procede una ejecución dineraria.

Otro rasgo general de la ejecución forzosa no dineraria, que la distingue muy acusadamente de las ejecuciones dinerarias, es el criterio por el que, en caso de no ser acatado el mandato de la conducta determinada (hacer o no hacer) en el prevista, se pasa a la exacción de una responsabilidad pecuniaria.

Dicho en términos positivos, la ejecución no dineraria apura los instrumentos para lograr lo que se le denomina "ejecución en sus propios términos"; la cual es la finalidad; sin embargo, el Código de Procedimiento Civil no supone la aparición de unas medidas coercitivas.

Como ya se ha dicho, hay deberes positivos y deberes de

abstención que no surgen de ninguna relación jurídica obligacional; tal como lo establecen los preceptos sustantivos (mas en concreto, los del Código Civil) sobre las obligaciones de hacer o de no hacer.

Sin embargo, la ejecución de las sentencias no dinerarias, de acuerdo a lo preceptuado en el Código de Procedimiento Civil, no busca el equilibrio entre el interés y la justicia de la ejecución en sus propios términos, por un lado y, tampoco, el respeto a la voluntad y el realismo de no empeñarse en lograr coactivamente prestaciones a las que son inherentes los rasgos personales del cumplimiento voluntario.

Aunque pueda parecer evidente, no está de más aclarar que cuando se habla de ejecución por deberes de hacer se hace referencia a comportamientos activos distintos de los ya examinados, esto es, diferentes de la entrega o pago de dinero o géneros computables en dinero. Cuando se habla de deberes de no hacer se hace referencia a imperativos de abstención, de comportamientos consistentes en la inactividad (incluida abstención de entregar cantidades de dinero: no es frecuente este deber. Pero tampoco ha de descartarse).

Hacer no personalísimo o fungible

Transcurrido sin éxito el plazo otorgado por el tribunal para llevar a cabo un hacer que no sea personalísimo; es decir, que pueda llevar a cabo otra persona sin que el resultado sea distinto: fungibilidad natural; de conformidad con el artículo 529 del Código de Procedimiento Civil, el ejecutante, de ordinario, puede optar entre solicitar que se le permita encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios; ello con sustento en el artículo 1.266 del Código Civil, cuyo texto se transcribe:

Artículo 1.266.- En caso de no ejecución de la obligación de hacer, el acreedor puede ser autorizado para hacerla ejecutar él mismo a costa del deudor.

Si la obligación es de no hacer, el deudor que contraviniera a ella quedará obligado a los daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención

Por lo que se puede entender que este resarcimiento de daños y perjuicios no es otra cosa que el equivalente pecuniario del hacer, más los daños y perjuicios originados por el no hacer.

Con ocasión a ello, Henríquez, (2004) considera:

... Como la libertad humana no puede física ni moralmente ser anulada o sustituida al punto de obligar

a hacer bien y libremente la prestación, la ley sustantiva, arriba transcrita, da la opción al acreedor victorioso en la contienda -vencido el plazo de cumplimiento voluntario del artículo 524- para que haga el mismo o mande hacer, por su cuenta, lo que el demandado vencido no hizo voluntaria, oportuna y libremente, según la obligación que tenía y que declaró cierta el fallo de cosa juzgada. Para ello es menester que el ejecutante sea autorizado expresamente por el juez

En este sentido la alternativa de encargar el hacer a otro y recibir un resarcimiento pecuniario; siempre que el título contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor, se estará a lo dispuesto en aquel (en el título), sin que el ejecutante pueda optar entre la realización por tercero o el resarcimiento. Por lo que se considera, que a lo mejor el legislador al establecer la norma contenida en el artículo 1.266 del Código Civil, quizá estuviese pensando en un contrato que contenga una disposición expresa para el caso de que el ejecutado no atienda el requerimiento judicial de hacer, dentro del plazo que se le conceda.

Dado que, como se ha dicho, los títulos ejecutivos que abren una ejecución no dineraria solo pueden ser las sentencias de condena y las transacciones o acuerdos homologados judicialmente. No obstante, tal previsión legal puede encontrar

fácil cabida en transacciones o acuerdos homologados judicialmente e incluso puede fundamentar, que, sin indeterminación en la demanda, se pretenda y se obtenga una sentencia de condena con un pronunciamiento subsidiario del principal, que condene a hacer.

Sin embargo, este último planteamiento solo estaría fundado cuando expresamente se pretendiese, al demandar, un resultado equivalente a un pacto con prestación subsidiaria del hacer y, naturalmente, se probase procesalmente tal pacto.

Una demanda como la que se sugiere no tiene por que incurrir en la prohibida indeterminación del "petitum", porque en ella no se pediría que se condenara a esto o lo otro, sino que se condene a hacer "tal cosa" y a entregar o hacer algo concreto y diferente de "tal cosa", para el caso de que "tal cosa" no se haga.

Es decir el demandante no atribuiría una opción al tribunal, sin optar él mismo, sino que formularía pretensiones concretas, una de ellas para el caso de inejecución voluntaria de la condena primeramente pretendida.

Emisión de una declaración de voluntad y el hacer personalísimo

La emisión de declaración de voluntad (constitutivas de negocios jurídicos), se tiene, con razón por conducta o "hacer" naturalmente infungible.

Levantar un muro o fabricar un mueble con determinadas características es algo que, en este ámbito geográfico, pueden hacer igualmente (o con desigualdades imperceptibles o irrelevantes) varias personas; sin embargo, en aquellas sentencias de carácter no dinerarias que tengan una vinculación intuitu personae al sujeto deudor; o si, existiendo aún la posibilidad de que otro lo haga en lugar del deudor, pero con cargo demasiado oneroso, como en las situaciones que el técnico, arquitecto, pintor, por ejemplo, reclama honorarios mucho mayores por causa del impacto inflacionario; el acreedor triunfador puede optar por una indemnización equivalente.

En este caso, el juez verificará uno u otro supuesto (inejecutabilidad de la obligación de hacer por parte de persona distinta al deudor, en razón a su naturaleza u onerosidad), y mandará determinar el valor en dinero de dicha obligación de

hacer; para lo cual deberá también ocurrir (por aplicación analógica) a la experticia complementaria que regula el artículo 249.

Resultando liquidada, o sea, cuantificada, la nueva obligación de dar dineraria, sustitutiva de la de hacer, se procederá como si se tratara de cumplimiento de derechos creditorios, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 527.

No obstante, existen obligaciones de hacer que por su propia naturaleza no son convertibles a una obligación creditoria, aun existiendo mora o negativa del deudor; como en aquellas obligaciones estrictamente personales de la parte privada, o bien obligaciones de la administración pública que conciernen al cumplimiento de ciertos requisitos legales de los cuales depende, a su vez, la constitución (ad solemnitatem) o la prueba instrumental de un derecho de la parte demandante que triunfó en la litis.

La acción de carencia es un ejemplo que conlleva la obligación de hacer en la jurisdicción contencioso administrativa; se ejerce contra la Administración cuando ésta no realiza un acto jurídico indispensable para la obtención de un derecho o certeza

jurídica.

En el ámbito contencioso-administrativo, cuando se producen decisiones de jurisdicción plena, satisfactivas de derechos individuales; o cuando se produce la anulación de actos administrativos que niegan un proveimiento. del poder ejecutivo, como en los casos de negativa de protocolización de un documento por ante la Oficina de Registro Inmobiliario, la autorización para expender bienes o impartir servicios tutelados de alguna manera por el Estado (salud, enseñanza, entre otras), es obvio que el caso no puede ser tratado con las categorías civilistas propias del Derecho privado, ni el recurrente puede considerarse propiamente un acreedor. En forma que el tribunal de lo contencioso no puede -sin soliviantar la naturaleza del deber jurídico incumplido-autorizar a la parte demandante para que ejecute por sí mismo el acto omitido por la administración pública.

Por lo que en tales casos con todo y ser en esencia una obligación de hacer; la norma de ejecución que debe aplicarse es la del artículo 531 del Código de Procedimiento Civil; el acto jurisdiccional que profiere la sentencia misma, como acto público

que es, sustituye el acto público remiso de la administración estatal y hace sus veces.

Chiovenda, (citado por Henríquez, 2004) define la jurisdicción como: "...la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley, mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares, o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva" (p. 10).

Por lo que el tribunal sustituye al órgano administrativo, haciendo prácticamente efectiva la voluntad de la ley, es decir, la realización del acto que la ley manda o autoriza bajo ciertas condiciones, y que no fue ejecutado por la administración. Esta tesis chiovendiana que conceptualiza el acto jurisdiccional como sustitución es pacíficamente aceptada por la doctrina procesal, al menos en lo que concierne a las sentencias de condena.

En el caso de las obligaciones de no hacer: es necesario tener en cuenta que la norma parte de la premisa del incumplimiento; lo cual significa no otra cosa que el haber hecho lo que no se podía hacer. Por ello la norma en comento señala

que el juez autorizará al acreedor para destruir lo que se haya hecho (incumplimiento) en contravención a la obligación de no hacer; siendo entendido que los gastos de la demolición, desmantelamiento o desarraigo de la obra material efectuada por el deudor son a cargo de éste.

De esto se deduce que existe para el ejecutante un derecho de crédito adicional, nacido de la ejecución misma, distinto al de las costas de la ejecución, que viene dado por los costos de destrucción de las obras o bienhechurías, y que autorizan su cobro ejecutivo como gastos causídicos; además de los daños y perjuicios a que tiene derecho conforme al artículo 1.268 del Código Civil, pretendidos y estimados en la demanda y reconocidos y condenados en la sentencia. Estos daños y perjuicios tienen como causa la existencia misma de la construcción prohibida, y nada tienen que ver con los costos de su destrucción.

El incumplimiento de una obligación de no hacer puede tener carácter continuado o repetitivo, lo cual lleva al acreedor a obtener una orden de inhibición o abstención. En este sentido Mesineo, (citado por Henríquez, 2004) considera:

La inhibición puede manifestarse en los casos de usurpación de la denominación, de la marca de empresa, del derecho al nombre civil, de abuso de imagen ajena, de actos de competencia desleal, de perturbaciones y molestias a la posesión, a la propiedad, a la servidumbre, de actos que involucren peligro de daño al bien hipotecado y similares. (p. 100)

CAPITULO III

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA NO DINERARIA COMO FASE DEL PROCESO JUDICIAL

Como vía para lograr la efectividad práctica del derecho, se le reconoce a la ejecución como un todo, autonomía, ya sea denominada proceso o con mas exactitud, una fase más del proceso judicial. Tradicionalmente es colocada en contraste con la fase declarativa del juicio, la cual normalmente termina con una declaración de conocimiento emanada del órgano jurisdiccional; mientras que es inherente a la fase ejecutiva del proceso, contener una manifestación de voluntad.

La doctrina ha construido dogmáticamente la ejecución partiendo principalmente del estudio de la ejecución de condenas a pagar una cantidad de dinero, por cuanto eran más frecuentes y fáciles formas de transformar las condenas que no podían ejecutarse en los justos términos establecidos en los fallos. Esta visión ha llevado a que la mayoría de los atributos definitorios de la ejecución en general deban atemperarse al referirse a la ejecución de condenas no dinerarias.

Así, como bien afirma Carrera (citado par Catalá, 1998), se ha configurado la actividad ejecutiva civil como sustitutiva de las conductas personales jurídicamente; y clásicamente se la revestía con el carácter de forzosa, por estar prevista para actuar ante la resistencia del obligado a sujeto pasivo y en contra de su voluntad, de donde se derivaba su unilateralidad en oposición a la bilateralidad presente en la fase declarativa del juicio.

Es cierto que la actividad desarrollada en la etapa ejecutiva muchas veces lleva a sustituir la conducta de los condenados reticentes. Ejemplo clásico de ello es el caso de la subasta de los bienes del ejecutado cuando no satisface la cantidad de dinero que ha sido condenado a pagar. Sin embargo, no obstante, la actividad ejecutiva desarrollada para inducir a un ejecutado a que lleve a cabo un hacer determinado no puede considerarse sustitutiva de una conducta, pues al contrario, se trata de una actividad que lejos de sustituir, favorece que el condenado observe por sí mismo la conducta.

Por otra parte, el término de forzosa con el cual se califica la ejecución es un pleonasma, ya que la ejecución por definición

implica el uso de la fuerza jurídica y en ocasiones también de la fuerza física, más merece la calificación de forzosa por estar mediatizada por el Estado a través de un previo enjuiciamiento.

En el caso de que la conducta del condenado se adecue espontáneamente a la sentencia, no se produciría la ejecución procesal. Efectivamente, no tiene carácter jurídico-procesal la ejecución voluntaria, es intrascendente. En definitiva, es forzosa la ejecución en tanto y en cuanto es parte del proceso judicial.

No existe duda acerca de la bilateralidad de la acción declarativa y debe poder afirmarse el mismo aserto respecto de la ejecutiva, por la sencilla razón de que la acción es única, una única acción orientada a la búsqueda del derecho.

Existiendo conciencia de que la estructura de la actividad ejecutiva, dada su jurisdiccionalidad, gira alrededor de la acción y fundamentalmente del título: acción ejecutiva, título ejecutivo.

De la misma manera que la ejecución de sentencias como necesaria prolongación de la fase de declaración anterior en caso de incumplimiento no constituye mayores molestias, la existencia de títulos extrajudiciales que permiten acceder

directamente a la ejecución, dando generalmente lugar al conocido como juicio ejecutivo, se mantiene dividida la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de dichos títulos y del propio juicio ejecutivo.

Cuando por la dinámica judicial o por causas normativas (como ocurre en las ejecuciones fundadas en títulos extra jurisdiccionales, en que la norma jurídica reconoce fuerza ejecutiva a un título y faculta accionar desde una posición mas avanzada) la acción se proyecta hacia la concreción práctica, sin convertirse en una acción distinta de la que permitió iniciar el proceso.

Claro está, se puede estudiar aisladamente, como se puede hacer con la actividad de las partes en otra fase o período procesal como el de pruebas o las conclusiones; pero en su dinamicidad, la acción sigue siendo la actividad de las partes, que aunada a la actividad jurisdiccional representa la encarnación práctica del juicio.

En la fase ejecutiva del juicio la acción continua revestida del carácter de bilateralidad que le es propio, ya que el ejecutado no deja de protagonizar su derecho de intervenir en la

defensa de sus intereses legítimos.

En esta fase procesal al ordenarse la actividad de las partes, o lo que es lo mismo, al ordenarse la acción, ocasionalmente puede darse preferencia al ejecutante, pero el ejecutado también debe participar y de hecho lo que más debe interesar es su colaboración.

Admite la doctrina que las garantías de la actividad de las partes, en especial, las de audiencia, contradicción e igualdad, no gozan de la misma vigencia general y absoluta que en la fase declarativa, pero ello no obsta que no tengan vigencia; ya que son muchas las consideraciones jurisprudenciales que afirman que en el seno del procedimiento de ejecución y una vez que las partes hayan tenido oportunidad suficiente para formular alegaciones y para aportar pruebas sobre la incidencia que pudiera tener en la efectividad del fallo.

Así, la ejecución realmente se configura como una fase del proceso en la fase ejecutiva forzosa; *processus iudicii* o proceso judicial entendido como acción y jurisdicción en atención al juicio y su concreción práctica, siendo la actividad jurisdiccional sustancial y eminentemente coercitiva, aunque también pueda

llegar a ser sustitutiva, y la actividad desplegada por las partes sea eventualmente bilateral.

CAPITULO IV

CONCEPCIONES DOCTRINARIAS EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Es necesario a los fines de la delimitación doctrinal del tipo de ejecuciones no dinerarias, referir los dos grandes modos de entender la ejecución de acuerdo a la manera en que se contemplen las relaciones entre juicio y derecho, es decir, desde la óptica dualista y desde la concepción monista.

La mas tradicional perspectiva es la visión dualista de las relaciones entre juicio y derecho, que asigna a la jurisdicción el papel de tutelar el derecho preexistente, tutela que por tanto, es o puede considerarse de segundo orden, esto es, para el caso de incumplimiento voluntario de los derechos por parte de los particulares. De tal manera el incumplimiento se convierte en el impulso de la actuación jurisdiccional y ésta alcanza su punto máximo de efectividad con la ejecución, actuando como simple vigilante del derecho. Se concibe así la ejecución como la reacción de la jurisdicción ante el incumplimiento, lo cual en la terminología civil es manifiesto.

Quienes poseen una óptica monista de estas relaciones, el derecho no preexiste, sino que es creado por el juez en cada caso a través del juicio. Bajo esta concepción la ejecución representa una etapa más de la concreción de la realidad jurídica. No es ya una reacción posterior ante el incumplimiento del derecho fijado por la ley; sino la fase que completa el ciclo de creación del derecho, una etapa más de la génesis para hacerlo real, es el propio desarrollo del derecho que no era más que una aspiración y mediante el proceso enjuiciamiento se hace derecho en la experiencia real del litigante.

Desde la postura monista existe otra posible explicación aportada por Satta para quien no hay derechos absolutos y relativos, sino situaciones jurídicas finales y situaciones jurídicas instrumentales.

La polémica que produjeron sus planteamientos se ha convertido en obligatoria cita de todos los estudiosos del tema, y muy especialmente de sus compatriotas.

Frente a estas dos grandes posibilidades para comprender las relaciones entre juicio y derecho, se considera la visión monista como la forma más viva y dinámica de estudiar el

proceso y el mejor modo de potenciar su real importancia, la cual se desprende entre otros del hecho que solamente cuando tenga una experiencia satisfactoria del derecho concreto a través del juicio, es decir, solo cuando se complete el ciclo de creación del derecho, el juicio resultara eficaz y se podrá afirmar que el Estado social y democrático, de Derecho y de Justicia funciona.

**El principio nemo ad factum praecise cogi potest
(nadie puede ser obligado a hacer algo contra su voluntad)**

Al acometer el estudio de la ejecución de sentencias con condenas de hacer y no hacer se devela la existencia de un obstáculo histórico que se ha opuesto a la verdadera esencia de estas condenas y a su eventual cumplimiento forzoso. La máxima nemo ad factum praecise cogi potest obstaculizaba la coerción sobre la voluntad del condenado.

Originariamente su formulación tenía connotaciones liberadoras vinculadas a la salvaguarda de la libertad y dignidad personales del deudor comprometidas de manera especial en el marco de las relaciones de orden feudal entre los vasallos o siervos y el señor poderoso al que prestaban servicio.

Puede situarse su origen en la baja Edad Media. El primero en citar el mencionado principio fue Antonius Faber, presidente del Senado de Saboya al final del siglo XVI. En consecuencia, basándose en un feudo personal irreductible a la libertad mal entendida se consideraba que nadie podía ser obligado a hacer nada contra su voluntad.

Así, aunque el juez ordenase un hacer, cualquier tipo de hacer, si el condenado se negaba a actuar, solo se le exigía el pago de su equivalente monetario. Entre los dos bienes jurídicos en conflicto: el del ejecutante a que se cumpliera el título en sus propios términos y el del ejecutado a respetar la esfera de su libertad, siempre tenía las de perder el primero.

Pothier, acogió cabalmente el comentado principio, pues se adaptaba perfectamente a la acusada tendencia francesa de la época de rechazar todo lo que pudiera atentar contra las libertades individuales reivindicadas por la Revolución, de donde surgió el artículo 1.142 del Code según el cual era exclusivamente el condenado quien decidía que deseaba hacer: cumplir o pagar.

Mediante el precepto legal francés el brocardo latino se

introdujo en las legislaciones de su órbita de influencia y se fue arrastrando. Por fortuna, Pothier también indicó la posibilidad de que la actuación del condenado se subrogara a la actuación de un tercero, lo que justifica que los artículos 1.143 y 1.144 del Code previeran la posibilidad de destruir lo mal hecho y de mandar a hacer, también a costa del deudor, lo que éste no hiciera; implicación que no se deducía lógicamente de la máxima latina, sino que era producto de las reflexiones de este autor, quien percibió que el verdadero interés del acreedor podía también ser producido por un tercero y así la prestación de voluntad del ejecutado dejaba de ser insustituible.

Borré, en cambio, encuentra la causa sustancial de la negación de la ejecución en sus propios términos más que en la exigencia de defensa de la libertad individual del deudor en la imposibilidad de concebir la ejecución mediante subrogación.

Allí radicaba la dificultad que conducía a negar la ejecución de hacer y convertirla en dinero. En realidad no se trata de preservar la esfera de actuación del condenado, pues la destrucción de la obra efectuada en contravención a una condena de no hacer puede incidir de forma muy directa en la

esfera del condenado; asimismo, lograr la entrega de la cosa vendida puede atentar la libertad del vendedor que es desposeído y en cambio obtener un resultado mediante el tercero no le afecta en ese extremo.

De allí que Pothier admita la ejecución de una condena de hacer cuando intuye la posibilidad de subrogación, intuición ésta que le permitió adelantarse, más el brocardo latino según el cual nadie puede ser obligado a hacer algo contra su voluntad sigue vigente.

Mazzamuto sostiene una opinión muy interesante al considerar que el sentido de este principio no está limitado a la defensa del valor libertad, pues su trascendencia está ligada a directamente con las transformaciones económicas, de manera que el principio pertenece a un modelo liberal de regulación de de las relaciones privadas.

La evolución del comentado principio "nemo ad factum praecise cogi potest" no ha sido lineal y pierde valor, ya que la negación absoluta de la ejecución in natura que él representa se debe a un análisis que del Digesto efectuaron los glosadores. El derecho romano clásico no conocía sino la condena pecuniaria y

cualquier prestación al pasar por la "litis contestatio" se reducía a tener por objeto una suma de dinero.

En el derecho postclásico y justiniano se consigue la ejecución en sus propios términos solo de las condenas a dar cosas determinadas, más no se superaron los tropiezos conceptuales y prácticos que caracterizan la subrogación del hacer; de manera que los romanos desconocían la ejecución directa de las condenas de hacer y no introdujeron medios de ejecución procesal indirecta.

Destaca en cambio por una tutela amplísima de las condenas de hacer y no hacer, el derecho intermedio, el cual aplicó medidas de ejecución indirecta o coactiva. Esto reflejaba el libre albedrío sentido particularmente en esa época y muy relacionado a la obligación de hacer, cuyo cumplimiento representa la más cualificada e inmediata expresión de la voluntad y de la personalidad del deudor.

Por otra parte perseguía simultáneamente garantizar el prestigio de la jurisdicción en sí. Se reconducían las medidas a una amplia noción de contumacia y se aplicaban atendiendo un orden de gravedad progresivo.

Para los canonistas, puede obligarse coactivamente al cumplimiento de la obligación de hacer. Las Partidas dieron solución conforme al derecho canónico y contra el derecho romano admitiendo que es ejecutable coactivamente la obligación de hacer, inclusive mediante la compulsión por cárcel.

Surgió el problema cuando los tratadistas en el siglo XVI para resolver la polémica sobre la coercibilidad de la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida, analizaron las fuentes romanas y excluyeron la coercibilidad de todas las obligaciones de hacer, llegando a esa nefasta conclusión, mediante una interpretación errónea de un fragmento de Celso en el Digesto; aunque pronto se percataron de los grandes perjuicios que causaba, al punto al final del Antiguo Régimen ya se sostenía el deber de ejecución específica, pero el Code no recogió esta evolución y lejos de consagrar la ejecución in natura plasmó de forma escrita el principio opuesto, lo que constituye un paso atrás en el desarrollo de la ejecución forzosa.

Vista someramente la evolución del principio "nemo ad factum praecise cogi potest", se puede afirmar que actualmente resulta arcaico, anacrónico y que reflexivamente es un obstáculo

a la eficacia, un viejo principio a superar.

La ejecución in natura de las condenas de hacer es la meta máxima que puede aspirar un juicio eficaz, ya que dejar en la más absoluta libertad al condenado equivale a desamparar al ejecutante y el proceso debe tutelar a ambas partes, como instrumento que es para la materialización de la justicia, tal y como consagra el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Uno de los mas preciados logros, merecedor de respeto, es la libertad humana y como derecho fundamental lo consagran las constituciones de muchos países, más también es cierto que los derechos fundamentales tienen límites, algunos derivados de su desarrollo o regulación legal, otros que le son intrínsecos; no existen derechos absolutos y no es el derecho a la libertad la excepción.

De manera tal que el principio comentado pudo haber tenido sentido en el momento histórico en que surgió, pero evolución de los ordenamientos jurídicos ha traído consigo posibilidades de lograr una más depurada ejecución judicial.

La ejecución en el antiguo derecho romano recaía íntegramente sobre la persona del condenado, anulándola y progresivamente se circunscribió a su patrimonio, al bien concreto reclamado, hasta que en la actualidad persigue la especialización y la búsqueda de los medios más eficaces para lograr la máxima satisfacción del ejecutante con el menor sacrificio para el ejecutado.

En tal sentido considera Allorio, (citado por Catalá, 1998), que estos dos parámetros son exigencias a las que debe responder estructuralmente el proceso. Por su parte Ayarragaray, (1964) propone la idea de una evolución hacia formas refinadas modernas con sus presiones psicológicas y luego materiales.

A pesar de sus virtudes, el derecho romano no acogió la ejecución in natura de las condenas de hacer y no hacer, más el derecho actual si cuenta con medios jurídicos para superar las dificultades técnicas que impedían a aquel procurar su ejecución, como son: un marco constitucional adecuado, la compulsión personal y patrimonial y la subrogación.

Inclusive en Francia, donde la legislación introdujo normativamente el obstáculo, se venció éste gracias a una

tendencia jurisprudencial consolidada por más de una centuria que permitió medios de coerción indirectos: las llamadas astriendes o astricciones.

La tutela judicial efectiva como derecho fundamental exige que las decisiones judiciales se ejecuten en sus propios términos, pues esa es como indica Montero, (citado por Catalá,1998) "...la única alternativa viable en determinados casos. Especialmente en derecho de familia" p. 32); por lo que carece de sentido sustituir la condena de hacer por una indemnización de daños y perjuicios.

Además, el desacreditado adagio del respeto a las decisiones judiciales obra a favor de equilibrar la balanza a favor del desfavorecido ejecutante. De ningún otro modo puede interpretarse el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando establece:

Artículo 253. La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias...

Para algunos autores como Perrot (citado por Catalá, 1998); resulta casi instintivo pensar en la imposibilidad de modificar el comportamiento del condenado ejerciendo violencia física sobre su persona por esa parte irreductible de libertad individual que corresponde a toda persona y, haciendo una profesión de fe en beneficio de la ejecución in natura como forma de ejecución por antonomasia afirma que: "... hay que desplegar cuantos esfuerzos sean necesarios para conseguirla" (p.34) y concluye que:

... la cuestión radica en determinar si, una vez concluida la fase declarativa, resulta aún conveniente mantener la aplicación de la regla nemo ad factum praecise cogi potest y del respeto a la libertad individual, y ello por la sencilla razón de que la resolución judicial, buena o mala, ya ha sido pronunciada, y el orden público exige que sea ejecutada. (p. 34)

CAPITULO V

LA EJECUCIÓN IN NATURA DE LA SENTENCIA

La ejecución debe ser aquella fase procesal en la que se concreta la realidad jurídica y con ello, la vía normal para que el derecho logre su efectividad práctica.

Efectivamente nunca deja de perseguir, ni siquiera en última instancia, la satisfacción de concretos intereses de la vida y por eso lógicamente se preordena a la práctica, lo cual conduce a sostener que en sí mismo y en su esencia no puede concebirse sino como ejecución, esto es, como obtención del interés particular y concreto. Si el ciclo de creación del derecho no se completa, no se hace real y no es útil, ni viable, al carecer de la utilidad que le otorga su razón de ser.

Consecuencialmente, cuando falta la conversión del juicio en experiencia práctica del derecho por no lograrse la ejecución de la sentencia mediante la cual el juez crea derecho, habrá servido de muy poco el proceso judicial. Esta ejecución puede producirse obviamente también mediante la sumisión voluntaria del sujeto

pasivo, pero al faltar su colaboración o sometimiento, debe seguir persiguiéndose la virtualidad del derecho. Deviene de la tramitación de todo juicio el camino para lograr el derecho práctico, el cual se completa cuando se consigue incardinarlo finalmente en la realidad vital mediante su ejecución.

La razón de ser del proceso es la correcta incorporación del derecho en la vida real, requiere de la ejecución de la sentencia en los propios términos expresados en el título y de no lograrse exactamente el derecho que crea el juez, el juicio en su totalidad no habrá sido efectivo.

De allí que la principal función de la ejecución no sea solo la simple eliminación de los efectos contrarios a lo que haya establecido el título ejecutivo, aunque si se producen, deberían eliminarse para otorgar una tutela eficaz. La finalidad de la ejecución es fundamentalmente lograr la plena materialización del derecho creado en la sentencia, la mejor forma de lograr esa meta es justamente obteniendo los efectos requeridos por el título, de manera que para que exista una tutela efectiva es menester que no se produzcan efectos contrapuestos a aquellos previstos legítimamente y que se logren aquellos que derivan de

la sentencia y por tanto sí previstos y esperados, no siendo necesario que sean contrariados, pues lo que interesa es que ello no llegue a suceder.

Expresado de otro modo, existen dos maneras posibles de operar la ejecución: una encaminada a eliminar los efectos nocivos producidos y otra destinada a impedir que se produzcan tales efectos negativos, es decir, a asegurar la producción de los efectos creados por la sentencia. La primera noción obedece a una concepción represiva de la ejecución, pues se trata de actuar a posteriori, esto es, una vez desobedecido el mandato judicial contenido en la sentencia y el segundo, se refiere a su función mas importante, la preventiva. Piénsese en que deshacer un efecto indeseado puede implicar perdidas lamentables.

Además, en muchas ocasiones del incumplimiento de la sentencia supone la ineficacia total del juicio o la limita enormemente; por ejemplo, si la sentencia ordenada abstenerse de asesorar a una empresa durante un lapso determinado y se realiza la asesoría prohibida o si el fallo condenaba a no emitir un programa de televisión y éste sale al aire o si exigía el lanzamiento de una campaña de publicidad de juguetes antes de

las festividades navideñas y en enero aun no ha iniciado.

Otras veces el deshacer los efectos negativos no ofrece un sustitutivo mínimamente adecuado, como sucede cuando por ejemplo un cónyuge impide al otro ver al hijo menor de edad durante un prolongado lapso no obstante la sentencia de divorcio otorgarle tal derecho al otro progenitor o cuando se continúan publicando noticias contra el honor o la reputación de una persona contrariando el mandato expreso de una sentencia que las prohibía o cuando no se derriba el muro que quita las luces y vistas del vecino sobre la playa sino después del verano.

Esta visión potencia que la aspiración de que la ejecución no sea un remedio a posteriori, “reparador” de conductas contraventoras, sino el impulso que inicialmente actúe y proporcione tutela.

La efectividad del juicio es la meta de la ejecución

A los jueces y tribunales corresponde que el juicio sea efectivo, son los encargados de velar por la solidez del sistema.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,

especialmente en su artículo 26, les encomienda el deber de tutelar en forma efectiva, en los siguientes términos:

Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Para ser considerada una verdadera tutela, la protección prestada debe ser eficaz y por tanto, efectiva, pues como bien apunta Tarzia, (citado por Catalá, 1998): "...el problema más importante del proceso ejecutivo sigue siendo la exigencia de efectividad de la ejecución forzosa (p.37). Efectividad que implica que la tutela que prestan los jueces debe propender a proporcionar al litigante el derecho en toda su significación práctica y esencial; se requiere que las resoluciones judiciales se ejecuten en tanto sea posible, en sus propios términos.

Ciertamente como afirma Ramos, (1982) la garantía de la tutela efectiva tiene una dimensión negativa: la prohibición de indefensión, más desde el punto de vista positivo conlleva que el juicio sea eficaz. Tal garantía fundamental de eficacia comporta

al menos las siguientes consecuencias: libre acceso a los órganos jurisdiccionales, funcionamiento normal de los mismos, extensión a todas las fases del juicio y sus sucesivas instancias, duración razonable, costo económico soportable y ejecución de lo concedido.

El concepto de efectividad suministra la medida en que ha logrado el derecho del caso concreto y equivaldría a la total adecuación entre el contenido de la sentencia y el resultado producido en la realidad y su contenido se ampliaría a la previa adecuación entre lo solicitado por las partes y la decisión sobre el fondo, esto es la sentencia de mérito, dirimente de la controversia, emanada del órgano jurisdiccional.

Conviene en este punto destacar que además la tardanza en dictar sentencia dirimente puede privar de efectividad al juicio, aun cuando luego se obtenga la ejecución de la misma en sus propios términos, ya que en muchos supuestos es determinante el factor tiempo.

En negativo, la ejecución de una sentencia es inefectiva cuando el mandato en ella contenido no se ajusta a lo verdaderamente realizado, esto es, existe distorsión entre lo que

la sentencia profiere y lo que partiendo de ella se hace o se omite.

También se ha indicado como supuesto de ineffectividad, su disminución o merma cuantitativa, que se concreta cuando el ejecutante obtiene menos de lo que la sentencia a su favor le ha concedido, siendo claro que la tutela no ha sido efectiva. En doctrina también se ha referido la disminución cualitativa de la efectividad de la ejecución, cuando el ejecutante recibe algo distinto a lo determinado en la sentencia, que es exactamente lo que sucede cuando en la ejecución de una sentencia se sustituye el contenido de la condena por otra prestación, generalmente de carácter pecuniario.

La doctrina moderna por fortuna esta modificando esta opinión apoyada en antiguas leyes incapaces de hallar medios eficaces para lograr la ejecución de determinadas condenas y admite abiertamente que cuando se ofrece un resultado distinto al que figura en el título se produce una disminución cualitativa de la efectividad de las sentencias.

Definida la efectividad de la ejecución como la adecuación total entre lo concedido por la sentencia y lo realmente logrado,

todo resultado menor o distinto impedirá considerar efectiva a la ejecución.

Así, la noción de efectividad se ha alejado de la ejecución e incluso se les llegó a considerar equivalentes, sin embargo, se debe entender como ejecución la realización de los actos ejecutivos previstos legalmente, con prescindencia del resultado que con ellos se alcancen; mientras que la efectividad implica lo anterior aunado a la plena utilidad de la ejecución para el titular del derecho.

Equiparar efectividad a ejecución en condiciones de plena utilidad sirve para defender la posibilidad de adoptar medidas realmente efectivas en amparo del artículo 253 constitucional que justifica su adopción en procura de que se ejecute lo decidido por el juez, es decir, para asegurar la efectividad de la sentencia que recaiga en el juicio.

La naturaleza constitucional del precepto impide su interpretación restringida a asegurar la efectividad solo mediante el aseguramiento de la ejecución, difícilmente se podrán crear medidas útiles, ya que una medida dirigida a obtener dinero asegura una ejecución en su modalidad pecuniaria, a la cual se

llega fácilmente por transformación, mas obviamente dista mucho de ser efectiva una condena de hacer.

Así esta construcción del concepto de efectividad mayor que el concepto de ejecución esconde que la ejecución tal y como esta prevista legalmente no suele ser útil, inconscientemente se concibe la ejecución como no efectiva y ante esta perspectiva los autores defienden un concepto mas noble, el de la efectividad y al hacer equivaler efectividad a cumplimiento pleno, encuentran la clave para dar sentido a la problemática planteada y la tutela cautelar en general.

Es de hacer notar que no puede equivalerse estrictamente efectividad a satisfacción. La efectividad es un concepto mas objetivo, se refiere a comparar dos situaciones, con toda la vaguedad, imprecisión y relatividad implícita en un hacer humano.

La satisfacción del ejecutante por su parte, comporta una importante carga de subjetivismo, puede depender de otros factores y variar a lo largo del tiempo. Aunque en puridad una ejecución efectiva debería ser satisfactoria para el ejecutante, no necesariamente se sentirá así y, a la inversa y con mayor

frecuencia, una ejecución teóricamente inefectiva puede ser suficientemente satisfactoria para el ejecutante.

De la satisfacción producida por el juicio, incluida su fase ejecutiva, en cuanto cumplimiento de expectativas y esperanzas solo juzgará el ejecutante que las reciba; mientras que de la efectividad de la ejecución, en cuanto a la adecuación entre lo ordenado y lo realizado, podrá juzgar cualquiera que conozca el fallo y su ejecución.

No es que efectividad sea algo más que ejecución de la sentencia; es su finalidad, el resultado al que tiende. La efectividad es la finalidad que persigue todo juicio y la ejecución en particular; desde el punto de vista conceptual se correlacionan.

Lo que ocurre es que la tutela judicial realizada no podrá tenerse como efectiva si, en defecto de un cumplimiento espontáneo del condenado, quien ha obtenido una condena favorable no dispone de eficaces y adecuados instrumentos de tutela ejecutiva, capaces de darle concreta actuación, los cuales para Comoglio, (1998), son:

... la "complitud" de los diversos medios de tutela, su "elasticidad" y "adecuación", su "eficacia satisfactiva", el empleo preferencial de formas de actuación tendentes a la "máxima coincidencia posible" y la previsión colateral de las concretas medidas de compulsión. (p. 237)

Necesidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos

Unánimemente se admite que las sentencias de condena son ejecutables de forma propia. Polémica es en cambio la posibilidad de ejecución de las llamadas sentencias mero declarativas y de las constitutivas. Realmente tal posibilidad depende del concepto de ejecución que se sostenga y del valor que se le conceda a la clásica distinción doctrinal de las sentencias. Desde la visión monista carece de sentido.

Es pertinente en este punto determinar los casos en que es necesaria la ejecución de una sentencia firme a un hacer o no hacer, se debe partir de la firmeza de una resolución judicial contentiva de una condena de hacer o de no hacer, condena que es un mandato dado por un juez a una persona concreta para que realice determinada conducta o se abstenga de realizarla.

Dictada y firme como se encuentre tal orden, mandato o condena, puede suceder:

a) Que el condenado se acomode voluntaria y exactamente a la sentencia, lo cual es deseable, pero no constituye jurisdicción ni ejecución, por cuanto solo agota las sentencias de condena dineraria; la fase ejecutiva pierde ya su razón de ser, queda excluida la actividad ejecutiva, por cuanto se ha alcanzado la finalidad propia de la ejecución. El cumplimiento voluntario del contenido del fallo no pertenece al campo del juicio jurisdiccional, sino que agota la sentencia de condena, excluye la actividad ejecutiva, la hace superflua. Al alcanzarse la finalidad propia de la ejecución, la obtención práctica de del derecho surgido del juicio, la fase ejecutiva se haría innecesaria e irrelevante.

Dentro del cumplimiento voluntario algunos autores incluyen supuestos en los que el mismo se produzca ante la amenaza de coacción y así distinguen la ejecución voluntaria de la forzosa, en donde la amenaza es insuficiente para provocar el cumplimiento y matizan otros autores, como, Alcalá, (citado por Catalá, 1998) que en el primer caso se está frente a una ejecución muy relativamente voluntaria, ya que al condenado se la coloca "entre la espada y la pared" y:

... si quiere evitar los inconvenientes y molestias de la ejecución y posterior ejecución forzosa, no le queda otro camino que cumplir motu proprio la prestación a que haya sido condenado.

La línea que divide el cumplimiento voluntario del que no lo es debe ubicarse en el momento de dirigirse el sujeto que obtuvo resolución judicial favorable al órgano jurisdiccional para que éste la ejecute. Todo cumplimiento correctamente realizado antes de tal momento deberá reputarse voluntario; el sucedido luego de iniciada la fase ejecutiva implicará que la voluntad del condenado ha experimentado un estímulo relativamente coactivo por parte del tribunal y de la parte que lo interesa, por lo que no será estrictamente voluntario.

b) Que el demandante se encuentre satisfecho con la resolución judicial obtenida, o bien que precisando aún de cierta tutela, no sea necesaria la colaboración del condenado, bien porque pueda el ejecutante actuar por sí o porque pueda hacerlo el tribunal por tratarse de ordenar actos de constancia o publicidad (lo cual sería más propio de las llamadas sentencias constitutivas)

Acá interesa el caso de que el titular del derecho pueda lograr la tutela afirmada en la sentencia sin la participación del

condenado ni del propio tribunal que la recogió; esto es, por su propia actuación, claro está, ajustada a derecho.

No toda condena de hacer precisa de actividad procesal ejecutiva, para verse cumplida, que para verse cumplida comporta una cierta injerencia en la esfera jurídica del ejecutado, que como tal no se produce cuando el ejecutante se limita a actuar dentro de la esfera del mismo derecho creado por la decisión judicial.

Es el supuesto de condenas que pueden realizarse por el vencedor mismo en la esfera sustantiva de su derecho, independientemente de la falta de actividad del condenado y con ello, sin agredir la propia esfera de éste. Ejemplos de ello serán los casos de reconocimiento de la facultad al ejecutado de hacer lícitamente a favor del ejecutante.

Así, no hay ejecución procesal en el ejercicio de una servidumbre de paso, ni en el acto de derribar construcciones indebidamente realizadas sobre fundo propio, pues es libertad jurídica, ejercicio del derecho. Aún cuando la sentencia condene al demandado a hacer algo, el cumplimiento de tales condenas de hacer, forman parte de la esfera jurídica del propio

ejecutante. Sin embargo, parece lógico y necesario en el último caso mencionado, requerir al condenado que destruya las obras y seguir la ejecución procesal. La actividad ejecutiva empezará cuando se impida al titular del derecho actuar o que éste quiera reforzar el mandato judicial por temer una futura desobediencia.

Que el condenado no acate la condena, ya sea porque no la cumpla o porque desarrolle defectuosamente la actividad requerida, es decir, que no acate la sentencia en sus propios términos. Incumplimiento significa desobediencia total al mandato judicial, bien porque se realiza la conducta prohibida o bien porque se omite la acción ordenada.

El cumplimiento defectuoso por su parte se produce cuando el condenado actúa en parte la condena pero su acción o su omisión no se ajusta a los términos fijados en la resolución judicial. Por observarlos solo parcialmente, por no terminar su actividad o por contradecirlos. Consecuencias: Inicio o continuación de la actividad ejecutiva respecto de la parte de condena que no fuere observada.

La necesidad de ejecución procesal deriva en este caso de la insuficiencia de la tutela judicial proporcionada hasta el

momento y está orientada a lograr el contenido de la condena en sus propios términos.

Ante ese incumplimiento o cumplimiento defectuoso, actual o potencial, se alza la ejecución como único instrumento legal en defensa de los litigantes: demandante y demandado, ejecutante y ejecutado; es a través de ella que se debe poder obtener todo aquello y precisamente aquello que se tiene derecho a conseguir.

Agotamiento de los medios idóneos necesarios para lograr la ejecución en sus propios términos

Como antes se ha afirmado, la razón de ser del juicio y un derecho fundamental de los litigantes esta representado por la ejecución de la resolución judicial en sus propios términos. El imperativo constitucional impone proporcionar a las partes la tutela judicial efectiva, efectividad que en la fase ejecutiva del juicio consiste en la total adecuación entre lo ordenado en el título y lo verdaderamente realizado.

Si la máxima aspiración de un juicio eficaz es la ejecución de una resolución judicial en sus propios términos, no siempre se puede lograr tal objetivo. A veces la libertad ordenada no puede

realizarse por resistencia contumaz del condenado, por razones de orden jurídico o por motivos naturales, casos en los que se considera imposible la ejecución en sus propios términos.

No obstante, siguen siendo los jueces y tribunales los encargados de velar por la eficacia de la ejecución. Al no ser ya totalmente eficaz, debe intentarse que lo sea en el mayor grado que se pueda, por lo que deberán adoptarse medidas necesarias que garanticen la mayor efectividad de la ejecutoria, agotando todos los medios que el ordenamiento jurídico coloca a su alcance para el logro de la mayor adecuación de la ejecutoria. Así, en la parte que la ejecución no haya podido cumplirse plenamente procederá transformación en una indemnización o su equivalente pecuniario

Tal transformación de una condena no dineraria de imposible ejecución en sus propios términos, en una condena a otra prestación en teoría equivalente no parece contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 26 constitucional, tal como lo ha referido la doctrina tanto de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano como del Tribunal Constitucional español.

No puede interpretarse por ello que dicha transformación pueda suceder en cualquier oportunidad o sin condicionamiento a algún presupuesto ya que no es una solución que deba darse fácilmente, en virtud de que siendo la excepción a la regla del cumplimiento efectivo, debe ser presupuesto necesario para su adopción que la resolución judicial que se transforma haya sido imposible ejecutarla en sus propios términos.

Es preciso entonces para conceder la anotada transformación, que se hayan agotado todos los medios que la ley o el ordenamiento jurídico en general coloca a disposición de los jueces para procurar el cumplimiento de las resoluciones tal como han sido dictadas y así, su mayor efectividad. Equivalente éste que sólo será remedio sustitutivo para el caso en que sea imposible de cumplirse plena y efectivamente lo ordenado en el fallo.

La transformación de la condena a un hacer infungible en una de resarcimiento –por exigencias constitucionales que atribuyen a los jueces el deber de ejecutar y hacer ejecutar sus decisiones, con el correlativo derecho fundamental de los justiciables de que cumplan tal deber– solo será posible como

última manera o recurso de otorgar tutela, tras el agotamiento de todos los modos posibles de inducir al cumplimiento, esto es, luego de la demostrada imposibilidad de obtener la ejecución in natura, ya sea por voluntad reacia del condenado o ante una imposibilidad que puede ser física o jurídica de realizarse de esta forma. Tales son genéricas exigencias abstractas o de general alcance comunes a toda ejecución.

Tutela judicial efectiva en fase de ejecución

La constitucionalización de las garantías procesales obviamente alcanza también a la ejecución. En efecto, la tutela judicial efectiva no termina al dictarse la sentencia dirimente de la controversia judicial; tal garantía se extiende a la fase ejecutiva del juicio.

Así como los principios de audiencia y contradicción, la igualdad de las partes, la defensa, la garantía al juez natural, la publicidad del juicio, obtener una resolución fundada en derecho etc., constituyen claras manifestaciones de la tutela que debe el Estado-juez otorgar a todas las personas; el derecho a que se ejecute el mandato contenido en las resoluciones judiciales forma parte de la protección que el ordenamiento jurídico debe

ofrecer a los justiciables, en el orden constitucional y legal.

La vigencia de tal afirmación indudable para el intérprete pues han sido afirmados por las propias Constituciones y sus Tribunales o Cortes Constitucionales en muchos países.

La ejecución es parte de la garantía de tutela judicial efectiva. El fundamento constitucional de tal aserto se encuentra contenido en los artículos 26,253 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según los cuales:

Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos ni reposiciones inútiles.

Artículo 253. La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar y hacer ejecutar sus sentencias...

Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y

eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales

La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental prestacional, de configuración legal, múltiple y complejo, abierto y prevalentemente formal, de realización progresiva. Uno de los derechos o consecuencias que se derivan de tal garantía es el derecho a la ejecución de sentencias firmes.

El derecho a la tutela judicial efectiva no se agota en la exigencia de que el interesado acceda a los tribunales de justicia, pueda manifestar y defender ante ellos su pretensión jurídica en condiciones de igualdad con las otras partes y posea libertad de aportar todas las pruebas que procesalmente sean oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea favorable o no a la pretensión deducida. Exige además que la sentencia se cumpla y que el recurrente sea compensado por el daño sufrido, si hubiere lugar a ello.

El cumplimiento de las sentencias forma parte de la garantía de tutela efectiva de los jueces, debido a que si la resolución judicial dictada no se ejecuta, el derecho será tan solo un

establecimiento normativo, sin alcance práctico ni efectividad, quedaría la comentada garantía constitucional enteramente carente de sentido, sería inoperante e ineficaz, dejando por ende de ser efectiva.

La efectividad del juicio decididamente quedará anulada y si la realización del fallo judicial a favor de alguna de las partes quedara relegado a la sola voluntad de la parte condenada, pues equivaldría a que las decisiones judiciales tuvieran carácter meramente dispositivo.

El derecho constitucional de ejecución de las decisiones judiciales se concreta en que el fallo judicial pronunciado se cumpla, de modo que el ciudadano que ha obtenido la sentencia vea satisfecho su derecho. En su vertiente negativa constituye el derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales no se conviertan en meras declaraciones sin efectividad.

Para que –como exige la garantía constitucional– la ejecución de las sentencias resulte efectiva, debe efectuarse en sus propios términos, lo que se traduce en un adecuado cumplimiento de lo ordenado; es decir, ese derecho fundamental

lo es al cumplimiento de los mandatos que la sentencia contiene, a la realización de los efectos derivados de la misma; es la imposición forzosa a la parte vencida en el proceso, del cumplimiento de las obligaciones a que fue condenada, ya que lo contrario supondría igual fraude al derecho a la tutela judicial efectiva que la no ejecución, causaría indefensión a la parte perjudicada por cualquier modificación del contenido de la orden judicial.

La ejecución de las resoluciones judiciales debe efectuarse en los términos en que se profieren los fallos, pero la forma de cumplimiento o ejecución de las sentencias depende, según las reglas establecidas en las leyes ordinarias, de las características de cada juicio y del contenido del fallo.

Las sentencias mero declarativas son ejecutadas por cauces muy particulares, pues es presupuesto indispensable para ejecutarlas que sean susceptibles de ejecución, ya que en caso contrario se precisara de actividad adicional de las partes, tendente al logro de un título suficiente que conduzca a la ejecución en caso de que el demandado no diera cumplimiento voluntariamente a lo decidido por el juez.

Lo más importante no será entonces el tipo de procedimiento en el cual se dicta la sentencia dictada a ejecutarse, sino el análisis y examen de las circunstancias casuísticas para dilucidar si es posible ejecutarla directamente o si, contrariamente, es necesaria la apertura de un procedimiento posterior para hacer efectivos sus mandatos y ordenes, en 'el que las mismas no se agoten en la mera declaración judicial.

De manera que es indudable que este derecho constitucional a la tutela judicial efectiva garantiza, en una de sus diversas proyecciones, el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia propia que el ordenamiento jurídico les reconoce, pues si no fuera así, el mismo derecho a la jurisdicción en todo su complejo contenido quedaría, sin mas, privado de sentido. Manifestación de esta exigencia constitucional es, de acuerdo a constante doctrina de Tribunales y Cortes Constitucionales, incluida de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en los exactos términos en las mismas sentencias expresados.

Finalmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de

Justicia venezolano no se ha limitado a ratificar la constitucionalización del derecho a la ejecución de las sentencias judiciales, sino que además ha relacionado el respeto de tal derecho con la propia existencia del Estado democrático, de Derecho y de Justicia, reconociéndolo como principio esencial del ordenamiento jurídico, como una de las mas importantes garantías para su funcionamiento y desarrollo, destacando que el respeto a los tallos judiciales y su efectivo cumplimiento por los poderes públicos lugar preponderante en un Estado de Derecho como el que la Constitución venezolana proclama en su artículo 2. Esta, pues, conectado muy directamente al valor Justicia.

Así también el Tribunal Constitucional español, (citado por Catala, 1998), en STC 32/1982 se pronunció:

La ejecución de las sentencias –en si misma considerada– es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución –art. 11–, que se refleja –dentro del propio titulo preliminar– en la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, cuya efectividad –en caso de conflicto– se produce normalmente por medio de la actuación del Poder Judicial –arts. 117 y ss Constitución– que finaliza con la ejecución de sus sentencias y resoluciones firmes. Por ello difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las sentencias y resoluciones judiciales firmes... (p. 48)

Prohibición de indefensión

La Prohibición de indefinición es la dimensión negativa de la garantía de tutela judicial efectiva. Se configura como noción material, de modo que no basta para predicarla que se haya producido infracción de una o varias reglas procesales; es necesario adicionalmente que, como consecuencia de ello, se haya entorpecido o dificultado sustancialmente la defensa y los derechos e intereses de una de las partes en el juicio.

Es necesario para que la defensión formal pueda suponer indefensión material que el vicio imputado a la sentencia o resolución judicial razonablemente haya podido causar un perjuicio al recurrente.

Desde otro ángulo, el derecho a la ejecución supone el ejercicio en esta fase procesal de la defensa correspondiente a la protección de los propios derechos e intereses, cuando ello sea necesario, lo cual incluye la posibilidad de intervención tanto del ejecutado como de terceros.

Realmente la mayoría de las veces en que se alega producida la indefinición durante la fase ejecutiva del juicio, se

trata de supuestos en que se entre a conocer asuntos ajenos a la ejecución misma, lo cual objetivamente produce indefensión al solicitante de amparo, quien, por las mismas características de la fase de ejecución de sentencias no cuenta con los medios probatorios ni con la amplitud de alegaciones y de examen de los hechos que corresponden a un juicio ordinario.

Queda claro que no hay privación del derecho a la defensa si el ejecutado tiene oportunidad de intervenir en todas las incidencias de la fase ejecutiva y puede presentar los recursos que le concede la ley o si de la situación final creada resultante ha sido concausa determinante la propia conducta procesal del interesado que reclama.

Exigibilidad de la actividad ejecutiva

Se exige que los jueces y tribunales en respeto de las estudiadas garantías constitucionales adopten medidas necesarias para garantizar que el derecho constitucional a la tutela judicial adquiera plena efectividad.

El órgano jurisdiccional debe desplegar la debida actividad que le es exigible ante pretensiones ejecutivas y su resolución

debe cumplir las exigencias constitucionales, so pena de incurrir en violación constitucional.

Las medidas concretas que tal tutela judicial requiere deben ser medidas necesarias, pertinentes, eficaces, enérgicas, procedentes y adecuadas para la ejecución de su sentencia, claro está, de conformidad con la Constitución y las leyes y en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales.

Igualmente las medidas deberán adoptarse en un tiempo razonable, ya que el retraso injustificado en su adopción afecta el tiempo de efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, aunque el derecho a exigir que las sentencias se cumplan sin dilaciones indebidas no se confunde con el derecho a su ejecución, se encuentra íntimamente relacionado a éste.

Respecto a las medidas ejecutivas es de destacarse que el tribunal que emite la resolución o sentencia puede elegir libremente entre las que establece el ordenamiento jurídico, de ser tal el caso, de manera que si no se adoptaran con la necesaria intensidad para saltar los obstáculos erigidos, el

tribunal vulneraría el derecho fundamental a la ejecución de sentencias.

Una de las medidas que podrían resultar eficaces para obtener la adecuación de la conducta del condenado a la exigida por el título podrían ser las medidas penales. La aplicación de medidas de carácter penal con la finalidad de compeler al ejecutado a cumplir aquello que ordena una resolución judicial firme tiene tantos adeptos como detractores.

Los tribunales han reconocido la problemática eficacia de las medidas de carácter penal, más mientras no se modifique el sistema vigente, se puede aplicar extrayendo todas las posibilidades que ofrece su interpretación de conformidad con la Constitución y en el sentido mas favorable para la efectividad del derecho fundamental. Se trata de una vía posible y abierta que, a lo largo de este trabajo, se intentara justificar y potenciar.

Con ocasión de la cuestión de inconstitucionalidad suscitada respecto del arresto del quebrado, los tribunales han admitido la posibilidad de restringir la libertad. Clara conclusión que faculta para sugerir restricciones a otros derechos, tradicionalmente menos encumbrados que la libertad, que permitirán mantener el

equilibrio y la proporción entre derechos y deberes, derechos y limitaciones.

En España, un supuesto tipificado legalmente de aplicación de una sanción penal ante la falta de cumplimiento de una resolución de naturaleza civil es el contemplado en el artículo 227 del Código Penal. La Ley Orgánica 3/1989, del 21 de junio, introdujo una pena restrictiva de libertad - arresto mayor - y multa para el que dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio.

Es decir, ante la frecuencia con que se desobedecían las resoluciones judiciales que imponían una prestación de un cónyuge a otro o a sus hijos, el legislador diseñó una medida de carácter penal expresa para inducir su cumplimiento.

El riesgo de incurrir en este delito y hacerse acreedor de la pena pretendía evitar la desidia o falta de escrupulosidad en el acatamiento del título. Este era, según Catala, (1998)

... un caso concreto que el nuevo Código Penal español mantiene y amplía, para la posibilidad de inducir a la ejecución de una resolución en sus propios términos a través de la amenaza de una pena es factible en esa legislación vía el supuesto genérico contemplado por el artículo 556 del nuevo Código Penal que recoge el delito de desobediencia. (p. 56)

Alcance objetivo y contenido de la ejecución

Es circunstancial a toda fase de ejecución la limitación del objeto, que solo permite una cognición limitada. Su objeto es 0 realizar o hacer efectivo el derecho surgido del juicio mediante la promoción de los medios adecuados conducentes al estricto cumplimiento del fallo; sin vaciarlo de contenido ni alterar su esencia y sentido y sin entrar a conocer cuestiones distintas a las de la propia ejecución de la sentencia.

Obviamente, las decisiones deben adoptarse de un modo razonablemente coherente con el contenido de la resolución que se haya de ejecutar y teniendo en cuenta el marco legal en que ha de realizarse, así como el límite que supone el respeto a los derechos fundamentales.

Aunque el alcance debe entenderse en principio limitado a la parte dispositiva del fallo, corresponde al órgano judicial

competente deducir las exigencias que impone la ejecución de la sentencia en sus propios términos, interpretando en caso de duda cuáles sean estos a través de sus fundamentos, a fin de dar un cabal cumplimiento a lo resuelto en ella y adoptar, en consecuencia, las medidas que sean pertinentes para hacer efectivo el derecho fundamental. La interpretación ha de ser finalista; esta es la clave constitucional.

No puede interpretarse restrictivamente, sino mas bien a favor de una ejecución satisfactoria, con lo que se quiere decir, en suma, que el Juez de la ejecución ha de apurar siempre, en virtud del principio pro actione, del de economía procesal y, en definitiva, de su deber primario de tutela, la posibilidad de realización completa del fallo, infiriendo de el todas sus naturales consecuencias en relación con la causa petendi, es decir, de los hechos debatidos y de los argumentos jurídicos de las partes, que, aunque no pasan literalmente al fallo, como es lógico, sí constituyen base para su admisión o rechazo por el juzgador y, por ello, fundamento de su fallo, del cual operan como causas determinantes.

Lo cual, es obvio, no supone que se puedan ampliar en fase

de ejecución de sentencias los términos del debate o hacerse otras pretensiones distintas, ampliando indebidamente el contenido de la ejecución.

La parte dispositiva de la sentencia a ejecutar debe ser siempre entendida a la luz de lo fundamentado en ella por el órgano judicial. Esta afirmación supone un avance importante a aquella concepción según el cual, de acuerdo con el derecho procesal común ejecutar una sentencia es aplicar o poner en práctica aquello que la sentencia manda u ordena. Como quiera que el mandato de una sentencia está contenido en, su parte dispositiva o fallo, no teniendo las consideraciones que lo preceden otro valor o alcance que el de expresar los motivos que han conducido al mismo, es claro que lo único que puede ejecutarse es el fallo, porque mal pueden ejecutarse declaraciones de hechos probados o fundamentaciones jurídicas.

Sin embargo, no puede pretenderse en un incidente de ejecución resolver cuestiones no abordadas ni decididas en el fallo a ejecutar o con las que éste no guarde una directa e inmediata relación de causalidad; pues de otra forma no sólo se produciría una infracción de las normas legales que regulan la

ejecución de las sentencias, sino que incluso podrían menoscabarse los derechos de la otra parte o de terceros

El derecho a que la sentencia se ejecute en sus propios términos tiene carácter objetivo ya que se refiere precisamente al cumplimiento del fallo sin alteración y no permite por tanto suprimir, modificar o agregar a su contenido excepciones o cargas que no puedan reputarse comprendidas en él.

La consecuencia es que la ejecución ha de consistir precisamente en lo establecido y previsto en el fallo, lo cual constituye una garantía tanto para el ejecutante, de exigir su cumplimiento total e inalterado, como para el condenado de que no se desvirtúe, se amplíe o se sustituya por otro.

A estas derivaciones lógicas de [as normas de interpretación conjugadas con la Constitución, se debe añadir una consideración favorable al examen, por parte del juzgador, de aquellos elementos que han generado el derecho o que pueden contribuir a su desarrollo en la realidad del mundo jurídico.

También motivada por la exigencia de efectividad constitucional, se admite que en el trámite de ejecución puedan

plantearse problemas relativos a una ejecución fraudulenta o simulada del fallo judicial en la medida en que éstos impliquen un incumplimiento efectivo de lo sentenciado. Repercute en la efectividad de la tutela judicial que, mediante actuaciones de esa naturaleza, pueda arrojarse sucesiva e indefinidamente sobre el afectado la carga de promover nuevas acciones o recursos para obtener la satisfacción completa

Según tal doctrina, si un Juez o Tribunal se aparta sin causa justificada de lo previsto en el fallo de la sentencia que debe ejecutarse o se abstiene de adoptar las medidas necesarias para su ejecución, cuando le sea legalmente exigible, vulneraría los artículos 26 y 253 de la Constitución.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

En definitiva, la ejecución en sus propios términos de una sentencia con condena de hacer ha sido secularmente negada debido a una errónea interpretación de los glosadores, que invirtió la línea evolutiva del derecho intermedio recogido en la tradición histórica venezolana.

Los actuales principios constitucionales que exigen la tutela judicial efectiva y el respeto a las resoluciones judiciales, aunadas a las posibilidades jurídicas de obtener la ejecución permiten sostener que el obstáculo que suponía el brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest* ha sido vencido y no debe arrastarse en lo sucesivo.

La ejecución de las sentencias es parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es además, asunto de vital importancia para hacer efectiva la cláusula de Estado social democrático, de Derecho y de Justicia que implica entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la

Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no sólo juzgando, sino también ejecutando lo decidido.

Puesto que la ejecución debe estar dirigida a materializar el derecho debe marcar conductas ajustadas a la sentencia, desplegando la acción por las vías más convenientes para la eficacia de la tutela.

Las actividades solicitadas por la parte y acordadas por el juez deben identificarse con aquellas que se consideren más óptimas para la tutela que se requiere y además deberán hacerse las peticiones precisas para hacer realidad la tutela judicial y conservarla tanto como sea posible.

La oportuna adopción de medidas ejecutivas permitirá prescindir luego del empleo más drásticos y traumáticos. La ejecución de una sentencia en los mismos términos proferidos en el fallo y ajustada a la concreta necesidad de tutela es la clave que puede permitir que la construcción del derecho hecha por el juez se mantenga firme y el juicio sea verdaderamente efectivo.

Resulta insoslayable referir que la facultad-deber del juez de

acordar y practicar medidas coercitivas en procura de la ejecución de los fallos en sus propios términos, además de encontrar sustento constitucional en el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, posee apoyo legal en las amplias facultades que al mismo otorga el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, al imponer a los jueces, entre otros, los deberes de verdad y de sujeción a la ley, los autoriza según la letra de dicha norma, para fundar sus decisiones en los conocimientos de hecho que se encuentran comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia; siendo una máxima de experiencia común que la ejecución de las condenas de hacer y no hacer en los términos de la decisión judicial en vez de ser la regla constituye la excepción; y es tal la relevancia que el legislador adjetivo civil atribuye a tales máximas de experiencia que en su artículo 313 ordena declarar con lugar el recurso extraordinario de casación, cuando la sentencia viole una máxima de experiencia, siempre que tal infracción haya sido determinante en lo dispositivo.

De allí que debe aludirse en el presente trabajo que el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil es una norma de derecho procesal y, para que se cumpla, los jueces deben tener

por norte la verdad, siendo ésta la que conste y esté probada en sus elementos de hecho en autos. Sin embargo, a pesar del tratamiento que le ha dado la jurisprudencia patria, a la citada norma, ésta no es solamente una norma de derecho procesal, pues en su parte final es una norma de derecho sustantivo que contiene además reglas de interpretación de los contratos y contiene elementos de derecho natural al establecer la posibilidad de que el juez funde su decisión en máximas de experiencia, asuntos considerados al arribar a las conclusiones expuestas tras desarrollar su contenido.

En efecto, la actual concepción menos formalista del derecho otorga carácter universal al tema de la interpretación jurídica. Así, los jueces no sólo deben atenerse a la norma jurídica para la solución de asuntos jurídicos, sino que también deben considerar que existen directrices y principios que no se pueden soslayar ante la letra de los textos que sirven de fundamento a las decisiones judiciales. Tal tesis, ampliamente estudiada por Dworkin, (2002), aún cuando se fundamente en la sociedad anglosajona, otorga resultados y aportes importantes al tema de las decisiones judiciales.

Se parte de un análisis del razonamiento jurídico para arribar a la toma de una decisión judicial aceptable, reacciona contra el positivismo jurídico y en ese afán estudia el derecho mediante el análisis del razonamiento judicial y presenta una reflexión de tipo metodológico: Teniendo al Derecho como un sistema jerarquizado de normas y como una entidad previamente establecida dentro de un orden jurídico representado por los principios generales consagrados en la legislación, dentro de ellos, especialmente los principios constitucionales; considera que el Derecho es y debe ser objeto de permanente interpretación. Considera que el Derecho es fruto de las aplicaciones judiciales y que para llegar a conocerlo debe tenerse en cuenta la historia y la sociedad donde se aplica la regla.

Por ello se le ubica dentro de la moderna corriente del pensamiento jurídico denominada realismo jurídico, bajo cuya óptica y concepciones resulta que la solución a los problemas no se encuentra en la aplicación o no de las normas estrictamente, sino más bien en la búsqueda de los principios de derecho que puedan actuar con fuerza de equilibrio en el debate interpretativo y en consecuencia, hacer que en la decisión judicial y en su

ejecución se considere los principios generales del Derecho y no se atenga exclusivamente a las normas escritas y nada más.

Obviamente ello no implica que la decisión judicial y las medidas que adopte el juez tendientes a su materialización sea contraria a derecho o arbitraria, ya que por el contrario, orientarán al juez tanto en la búsqueda de una decisión adecuada como en la ponderación de las medidas eficaces necesarias para su ejecución o cumplimiento in natura.

Así, los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad que procurarán conocer en los límites de su oficio, tal como prescribe el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, lo que supone que debe decidir conforme a derecho, en lo cual juegan un papel determinante los principios jurídicos y las reglas de la experiencia.

Dworkin, (2002) recurre a un símil entre el juez y un escritor a quien se le encarga el capítulo de una novela ya comenzada por otro; tarea que exige aunado al esfuerzo intelectual individual, otro adicional que por sus características puede ser llamado la "novela en cadena", o producción "de este tipo de trabajo intelectual". En el caso de la tarea que debe efectuar el

juez, todas sus actuaciones deben estar dirigidas y orientadas por una especie de "cadena", en donde cada una de sus acciones, como sucede en "las buenas novelas, debe ser armoniosa y coherente antes de tomar la decisión, pero también una vez tomada ésta, en el camino que conduce a su ejecución. Allí radica la similitud entre el buen juez y el buen escritor.

Los problemas del razonamiento jurídico son materia universal y existen actualmente esfuerzos por buscar soluciones satisfactorias. Sin embargo, de las disposiciones legales que regulan la ejecución de condenas de hacer y no hacer confrontadas con la disposición legal contenida en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, se advierte en tal sentido ciertas ambigüedades al exigirle al juez atenerse a las normas de derecho y a la vez imponerle la limitante de que al aplicar la norma jurídica solo debe atenerse a la verdad del expediente, la cual para muchos nada tiene que ver con la verdad material y por otro lado además de la existencia del mandato constitucional que les impone ejecutar lo decidido, no suministrarle expresa y normativamente en materia de ejecución de tales condenas, medios precisos para tal fin. Tal dualidad interpretativa podría hacer posible que se produzcan conclusiones absurdas, casi

siempre inadecuadas a la realidad.

En efecto, ¿como puede explicarse entonces que en el ordenamiento jurídico venezolano la violación de una máxima de experiencia sea motivo de la casación de fondo, si el Derecho se reduce a una norma jurídica?

Apelando al criterio de Dworkin, (2002) quien sostiene que debe admitirse el valor de los principios y directrices como parte del Derecho, a la fuerza de la discreción judicial y a la posibilidad de admitir determinadas proposiciones jurídicas basadas en la práctica social. Así, es correcto admitir que en la argumentación y razonamiento jurídico se deben tomar en cuenta los principios jurídicos y las máximas de experiencia, de donde surge que la posición del mencionado autor sea una referencia importante al acometer la interpretación del Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil venezolano, por cuanto:

1. El positivismo no puede dar respuesta al Derecho cuando existen pautas diferentes a las reglas, esto es, principios; ya que éstos tienen una dimensión que no tienen las reglas: la dimensión de peso o importancia.

2. Cuando son dos o más los principios en conflicto se debe privilegiar al que tenga mayor peso, más cuando el conflicto se presenta ante dos o más reglas jurídicas, no puede darse la misma solución, en virtud de que las mismas no pueden ser evaluadas según el criterio de peso o importancia.

Si el juez se circunscribe a aplicar la ley o su texto literal, serán muchas las situaciones que no podría resolver.

La tesis de Dworkin, (2002) demuestra que el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil venezolano no es una norma rígida, como sería entendida bajo el lente del positivismo jurídico clásico, ya que el juez puede fundar su decisión en máximas de experiencia de cualquier índole, atendiendo también en el desempeño de esa tarea, a los principios, privilegiando a los que tengan mayor peso.

Todo esto confirma así lo indicado respecto de la inmutabilidad de los principios generales del Derecho y la importancia que reviste que el juez en el desempeño de su labor los preserve y no se encuentre ajeno a la realidad que circunda las situaciones sometidas a su conocimiento, decisión y ejecución que, de esta manera se acercaran más fácilmente a

ser una justa y, asimismo justifica los criterios analizados en el íter investigativo y conclusiones expuestos en el presente trabajo.

Para favorecer el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos es recomendable que los jueces tomen en consideración, la conseja de Miraut, (1999):

... Cuanto mas contundente sea el estilo en el que se exponga la sentencia, mas comprensible será también su contenido para las partes y mas satisfechas quedaran estas por lo que en el fondo no es sino la declaración de un derecho preexistente a la decisión judicial. El juez actúa como mere portavoz del derecho, y en este sentido debe ser absolutamente claro y contundente. El derecho tiene la suficiente autoridad para que sus portavoces lo declaren imperativamente sin dudas en la expresión, sin vacilaciones que puedan cuestionar el acierto de la solución que dispone el ordenamiento jurídico para la controversia que se presenta ante el juez. (p. 97)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ayarragaray, C. (1964). **La congruencia en la ejecución de la sentencia**. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Argentina.
- Catala, Ch. (1998). **Ejecución de condenas de hacer y no hacer**. J. M. Bosh Editor: Barcelona.
- Comoglio, L. (1994). **Principios Constitucionales y proceso de ejecución**.
- Código Civil, (1982). **Gaceta Oficial de la Republica de Venezuela. N° 2.990**. (Extraordinaria) Julio 26 de 1982.
- Código de Procedimiento Civil. (1990). **Gaceta Oficial de la Republica de Venezuela. N° 4.209**. (Extraordinaria). Septiembre 18 de 1990.
- De la Oliva, A. (2002). **Derecho Procesal Civil. Ejecución Forzosa**. Procesos Especiales. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S.A.: Madrid.
- Dworkin, R. (2002). **Los derechos en serio**. 2ª Edición. Editorial Ariel: Barcelona.
- Henríquez, R. 2004. **Código de Procedimiento Civil**. Tomo IV. Librería Alvaro Nora, C.A.: Caracas.
- Ramos, F. (1982). **La eficacia del proceso**. Editorial Justicia: Barcelona.