

LA ACTUACIÓN DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

JUAN MONROY GÁLVEZ

Profesor de Derecho Procesal

Pontificia Universidad Católica del Perú

"O conhecimento científico do cosmo, do universo de galaxias, que se dilata como enorme medusa, e das partículas elementares em que é decomponível a matéria vivente, que mostram a 'bela estátua' sempre a ponto de demolir-se em um conjunto de fragmentos, nos diz que tanto o homem como a sociedade são puro acidente.

O pensamento e a linguagem que constituem o específico humano, com toda possibilidade 'aconteceram' sem que ninguém soprasse a poeira: a idéia não precede a vida e a história humana não é um capítulo da história natural. A estrutura do mundo é, como foi dito, inteiramente independente dos nossos processos de pensamento. A 'coisa' não está à nossa frente para ser possuída: a sua transcendência é a sua absoluta indiferença e opacidade.

O indivíduo pensante é um caso no acontecimento da evolução biológica, mas, a partir deste caso, inicia-se a artificialidade do 'construir'. No mecanismo materialista insinua-se a possibilidade de uma atividade consciente: começa a aventura histórica do vivente humano.

Sem individuação e a consciencia que institui a distancia e a diferença da 'coisa e entre as coisas', e sem a comunicação interindividual, com toda probabilidade, esta aventura não se teria realizado. Porém, desde que 'aconteceu', somos responsáveis por esta aventura: o caso transformou-se em liberdade. Uma indagação das razões do indivíduo dentro da tradição marxista significa colocar no centro o 'fato', o evento. Significa aceitar que possamos conhecer apenas

aquilo que fazemos e que, neste partidarismo em que decidimos ser responsáveis, está toda nossa dignidade. Renunciar a esta possibilidade quer dizer substituir o 'fato antigo' pelo 'moderno', deixar que a lógica que necesita da máquina capitalista nos entregue á brutalidade da indiferença. Na época da organização técnica e da manipulação técnica da vida, repensar o indivíduo significa reconstituir as 'margens' do acontecimento, do imprevisto, já que disso depende a conservação do espírito humano. Sem isso nao há nem mesmo liberdade." (*BARCELONA, Pietro. O egoísmo maduro e a insensatez do capital. São Paulo: Icone Editora. 1995. pp. 9 y 10*).

Realidad latinoamericana y proceso civil

En plena época del desencanto y del monopolio del pensamiento único¹, parecería que no quedara nada por hacer que no sea soportar. Sin embargo, en una sociedad dominada por la expansión ilimitada del interés económico privado, el cual exige cada vez más mercados sin reglas y seres humanos desprotegidos², resulta de la mayor importancia investigar si la confianza de los "triunfadores" que pregonan el individualismo propietario³ tiene una

¹ "Mientras estas disonancias se multiplican, el mensaje repetido por los ejecutivos de cualquier signo y por los organismos de Breton Woods es prácticamente similar: reducir el gasto público, aumentar las tasas de ahorro, acabar con el déficit público y con la inflación, etcétera. Es lo que Ignacio Ramonet, director de *Le Monde Diplomatique*, denomina el **pensamiento único**, que pretende tener siempre razón –sean cuales sean las circunstancias y los ámbitos geográficos– y ante el que cualquier argumento tiene que inclinarse.

Ramonet ha escrito un texto (incluido en el libro titulado expresivamente **Cómo nos venden la moto**) en el que describe el decálogo comprendido en ese **pensamiento único**, en el que lo económico prima sobre lo político: 1) el mercado, cuya mano invisible corrige las asperezas y definiciones del capitalismo; 2) los mercados financieros, cuyos signos orientan y determinan el movimiento general de la economía; 3) el libre intercambio sin límites, factor de desarrollo ininterrumpido del comercio; 4) la mundialización tanto de la producción manufacturera como de los flujos financieros; 5) la división internacional del trabajo, que modera las reivindicaciones sindicales; 6) la moneda fuerte, factor de estabilización; 7) la desreglamentación o desregulación de la economía; 8) las privatizaciones; 9) la liberalización económica, en general; y 10) indiferencia con respecto al coste ecológico". (ESTEFANÍA, Joaquín. "Contra el pensamiento único". Madrid: Taurus. 1997. p. 183).

² "En la actualidad, un desempleado no es objeto de una marginación transitoria, ocasional, que sólo afecta a determinados sectores; está atrapado por una implosión general, un fenómeno comparable con esos maremotos, huracanes o tornados que no respetan a nadie y a quien nadie puede resistir. Es víctima de una lógica planetaria que supone la supresión de lo que se llama trabajo, es decir, de los puestos de trabajo." (FORRESTER, Viviane. "El horror económico". Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. 1998. p. 13).

base sólida o no es más que la bravata de quienes –huérfanos de imaginación y desesperados por más riqueza– ni siquiera se han dado cuenta de que mientras más se acerquen a la plenitud de su éxito, más se acerca el mundo a su destrucción⁴.

Frases como el “retorno al libre mercado” o “reforzamiento de la privatización” son expresiones típicas de un neoliberalismo que pretende reducir el Estado a una manifestación minúscula, esto es, al cumplimiento de roles secundarios u ocasionales. Habría una alegación histórica para ello, después de todo la opción por un sistema democrático en donde tres poderes (después llamados “funciones”) cumplen roles distintos y, a su vez, se controlan y equilibran entre sí (*checks and balances*), es una vieja teoría llevada a la práctica en el siglo XVIII cuando los derechos

³ “En verdad, la idea originaria de propiedad como posesión de fuerza productiva y autonomía en la disponibilidad de la misma ha sufrido una profunda transformación.

La propiedad moderna, en efecto, ha ido asumiendo cada vez más la forma de “roles”, de puestos profesionales, de *status* a los que el individuo real debe adaptarse e incorporárselos como si se tratara de “máscaras”. Las estructuras normativas de la acción están predeterminadas por las estructuras de los roles con los que se espera que se conformen no sólo los trabajadores dependientes, sino toda la clase obrera y toda la sociedad.

*Trabajos, puestos profesionales, roles sociales son una trama dentro de la cual los individuos juegan su partida haciéndose cada vez más diferenciados y heterogéneos pero al mismo tiempo más semejantes. La imagen liberal clásica de la individualidad propietaria ha sido sustituida progresivamente por la propiedad de los objetos de consumo. La libertad individual parece definirse en términos de libertad de elección entre más objetos a consumir y que se ejerce indiferentemente tanto respecto a los roles laborales, como respecto a los bienes expuestos en un supermercado. En realidad, el individuo está desestructurado, definido en término de espacios adquiridos mediante los roles y los *status* que revelan una realidad mercantilizada tan verdadera como son los procesos reales de producción material y de reproducción social de la sociedad moderna.” (BARCELLONA, Pietro. “El individualismo propietario”. Madrid: Editorial Trotta. 1996. p. 132-133).*

⁴ “Hace escasos años, dos potencias se disputaban el mundo. Fracasado el comunismo, se difundió la falacia de que la única alternativa es el neoliberalismo. En realidad, es una afirmación criminal, porque es como si en un mundo en que sólo hubiese lobos y corderos nos dijeran: **‘Libertad para todos, y que los lobos se coman a los corderos’**.

Se habla de los logros de este sistema cuyo único milagro ha sido el de concentrar en una quinta parte de la población mundial más del ochenta por ciento de la riqueza, mientras el resto, la mayor parte del planeta, muere de hambre en la más sórdida de las miserias. Habría que plantearse qué se entiende por neoliberalismo, porque en rigor, nada tiene que ver con la libertad. Al contrario, gracias al inmenso poder financiero, con los recursos de la propaganda y las tenazas económicas, los Estados poderosos se disputan el dominio del planeta.” (SABATO, Ernesto. “Antes del fin”. Buenos Aires: Seix Barral-Espasa Calpe Argentina S.A. 1999. pp. 119-120).

sólo le eran reconocidos a un puñado de ciudadanos, situación plenamente correspondiente con un “Estado mínimo”⁵.

Lo grave de conservar una concepción tan tradicional –aunque cómoda para perpetuar el sistema– es que siendo el Estado quien tiene el monopolio de la tutela de los derechos del ciudadano, su empequeñecimiento reduce la actuación de su función garantizadora a niveles extremadamente peligrosos⁶. Si a lo dicho agregamos la circunstancia de que regularmente el poder político se esclaviza ante el poder económico, es preocupante la ausencia de una eficaz tutela de los derechos fundamentales de las mayorías.

Entonces, al margen de las graves consecuencias sociales que las sociedades latinoamericanas deben soportar como producto de la vigencia de la llamada economía de mercado –nombre pintoresco y cosmético que

⁵ “Os três Poderes que compoem o aparato governamental dos Estados contemporâneos, sejam ou não definidos como poderes, estão inadequados para a realidade social e política do nosso tempo. Isso pode ser facilmente explicado pelo fato de que eles foram concebidos no século dezoito, para realidades diferentes, quando, entre outras coisas, imaginava-se o ‘Estado mínimo’, pouco solicitado, mesmo porque só uma pequena parte das populações tinha garantia de seus direitos e a possibilidade de exigir que eles fossem respeitados. Esse desajuste, sob certos aspectos, é ainda mais acentuado quanto ao Judiciário (...)”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. “O PODER dos JUÍZES”. São Paulo: Editora Saraiva. 1996. p. 1).

[“Los tres poderes que componen el aparato gubernamental de los Estados contemporâneos, sean o no definidos como poderes, están inadecuados para la realidad social y política de nuestro tiempo. Eso puede ser fácilmente explicado por el hecho de que ellos fueron concebidos en el siglo dieciocho, para realidades diferentes, cuando, entre otras cosas, se imaginaba el “Estado mínimo”, poco solicitado, debido a que sólo una pequeña de las poblaciones tenía garantía de sus derechos y la posibilidad de exigir que ellos fuesen respetados. Ese desajuste, bajo ciertos aspectos, es aún más acentuado respecto al Judiciario (...)”].

⁶ “Consignas como el “retorno al libre mercado”, la “privatización” o la reducción del papel y de las tareas del Estado, tienen implicaciones extremadamente peligrosas desde diversos puntos de vista, y, en particular, por lo que se refiere a la tutela de los derechos. Expresan actitudes que –más o menos conscientemente– tratan de poner en peligro la legalidad en general, porque expresan desazón y rechazo ante las reglas, incluidas las jurídicas, que regulan el orden de la sociedad y el funcionamiento global del ordenamiento. El desprecio por el sistema de reglas conlleva especialmente graves peligros para los derechos individuales de los sujetos más débiles, pero, más en general, comporta riesgos para los derechos de todos los ciudadanos: porque, en efecto, son los derechos fundamentales de libertad y de subsistencia que caracterizan al Estado social de Derecho los primeros que se ponen en cuestión cuando se pasa a un mercado sin reglas y a una sociedad dominada por la expansión incontrolada del interés económico privado y de la lógica brutal de las relaciones de fuerza”. (TARUFFO, Michele. “La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible? En: “Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción”. Editor: Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta S.A. 1996. p. 135).

se emplea para denominar al capitalismo monopólico⁷—, es necesario advertir la peligrosa incidencia que significa reducir el papel del Estado en perjuicio de los requeridos de tutela.

Por eso, siempre será insuficiente reclamar la vigencia de un Estado Social de Derecho que asegure la eficacia real de los derechos de los carenciados. Teniendo como presupuesto el contexto descrito, veamos cómo ha evolucionado la función de la justicia civil desde la óptica de la doctrina procesal.

En los inicios de la formación científica de los estudios procesales, Chiovenda, su mítico fundador, consideraba que el proceso civil era el medio a través del cual se actuaban los derechos que la ley reconoce a los ciudadanos⁸. Como resulta evidente, tal concepción encaja perfectamente dentro de una ideología liberal⁹, en tanto se entiende el proceso como el escenario dentro del cual se produce la libre confrontación de las partes, quienes discuten sus derechos privados

⁷ “Desde el principio de la década de los setenta, la economía de mercado, eufemismo con el que hoy se denomina al capitalismo, se encuentra sumida en una crisis de larga duración cuyas consecuencias están siendo devastadoras”. (ALBARRACÍN, Jesús. “La economía de mercado”. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1994. p. 135).

⁸ “El proceso civil es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria”. (CHIOVENDA, Giuseppe. “Instituciones de Derecho Procesal Civil”. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1948. Volumen I. p. 37). Más adelante afirma: “Al decir que la función jurisdiccional consiste en la *actuación* de la voluntad de la ley, se excluye que pueda consistir en la *determinación o creación* de esa voluntad, como ha sido sostenido por muchos autores. Examinemos sus doctrinas en relación a las dos operaciones distintas que, como hemos visto, realiza el juez: la de examinar el *derecho* como norma abstracta y la de examinar el *hecho*”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Ibidem*. pp. 40 y 41).

⁹ “I due elementi della formazione di Chiovenda, quello liberale derivato de Wach e quello autoritario derivato da Klein si manifestano entrambi nei primi scritti, prevalendo il primo nella prolusione sull’ “Azione” ed il secondo nella prolusione su “Le Forme”. Sarà la compresenza di questi elementi a dare all’opera chiovendiana quell’ambiguità, per cui sarà vista (e utilizzata) sia in operazioni di affermazione di un liberale senso della legalità sin in operazioni di formulazione di un diritto processuale fascista”. (TARELLO, Giovanni. “Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile”. Bologna: Il Mulino. 1989. p. 137).

[“Los dos elementos de la formación de Chiovenda, aquel liberal derivado de Wach y aquel autoritario derivado de Klein, se manifiestan en los primeros escritos, prevaleciendo el primero en la prolusión sobre “La Acción” y el segundo en la prolusión sobre “Las Formas”. Será la copresencia de estos elementos lo que dará a la obra chiovendiana aquella ambigüedad por la cual será apreciada (y utilizada) sea en operaciones de afirmación de un sentido liberal de la legalidad sea en operaciones de formulación de un derecho procesal fascista”].

sin límites, siendo su actuación procesal una manifestación de su plena libertad y autonomía.

Esta fue la ideología vigente durante el siglo XIX y comienzos del XX. Durante esa época, así como los códigos civiles contenían –como de alguna manera aún contienen– en considerable medida las reglas de juego de la paz burguesa, para decirlo en términos desarrollados por Arnaud¹⁰; los códigos de procedimiento representaron las normas que garantizaban los criterios de libre competencia de los intereses económicos en sede jurisdiccional.

Y no se crea que tal concepción sólo se afinó en el *civil law*, lo mismo ocurrió en el *common law*. En éste tanto el sistema del *Procedural justice* como el *Adversary system*, acogieron la concepción del proceso civil como un enfrentamiento entre particulares en donde se manifestaba la clásica dinámica del libre mercado¹¹. Por ello, toda la actuación de las partes debía

¹⁰ “El Código civil contiene una visión propia del juego de la sociedad por excelencia. Es efectivamente verdad, a este respecto, que se pueda extender al Derecho –y ya al Código de 1804– lo que Claude Levi-Strauss escribía de la ideología política, en el sentido de que nada se parece más que ella al pensamiento mítico, al cual quizás sustituye en nuestras sociedades contemporáneas. Es la estructura de este mito de la sociedad “moderna”, en que consiste el Código Civil francés, la que será objeto de nuestra búsqueda. Considerando el texto del año XII como la regla de un juego, en él encontraremos el método a seguir, el número de jugadores, los peones, la disposición del tablero, las jugadas autorizadas, las sanciones. Así será posible determinar cuál es, en el Código Civil francés, la función del intercambio (lo que llamaremos los fundamentos del Derecho burgués) y la significación de cada institución (lo que denominaremos el funcionamiento del Derecho burgués)”. (ARNAUD, André-Jean. “La regla de juego en la paz burguesa. Ensayo de análisis estructural del Código Civil francés”. Maracaibo: Universidad de Zulia. Instituto de Filosofía del Derecho. 1978. pp. 67 y 68).

¹¹ “I numerosi riferimenti che nei precedenti capitoli sono stati fatti al ruolo del giudice nel processo *adversary* hanno consentito di mettere in evidenza il carattere di passività del giudice stesso di fronte al monopolio pressoché esclusivo dell’iniziativa processuale, riservato alle parti. Si è visto, in particolare, come tale carattere si traduca per un verso nella tendenziale impossibilità che il giudice influisca sulla ricerca della verità intorno ai fatti della lite, e per altro verso nella sua incapacità di controllare la dinamica della dialettica delle parti, eliminando le degenerazioni che derivano dalla logica della disuguaglianza sul piano delle loro posizioni processuali.

L’immagine del giudice come arbitro passivo dello scontro giudiziario è infatti un cardine fondamentale della struttura dell’*adversary system*, in quanto questo si fonda sulla rigorosa applicazione congiunta dei principi della *party-prosecution* e della *party-presentation* delle prove.” (TARUFFO, Michele. “Il processo civile ‘adversary’ nell’esperienza americana”. Padova: Cedam. 1979. p. 117).

“Las numerosas referencias que en los precedentes capítulos han sido hechas al rol del juez en el proceso *adversary*, han permitido poner en evidencia el carácter pasivo del juez frente al monopolio casi exclusivo de la iniciativa procesal, reservada a las partes. Se ha visto, en particular, cómo tal

concebirse sólo como una búsqueda de la resolución de conflictos o solución de controversias.

La operación lógica para justificar las conductas al interior de un proceso de estas características resulta muy rudimentaria: si el fin del proceso es la solución de conflictos, entonces aquél se considera agotado cuando se logra su objetivo, sin que importe cómo ocurrió ello. Luhmann¹² presenta una justificación contemporánea a tal actuación cuando afirma, sobre la base de exclusión de valores o de criterios externos al ámbito jurídico, que el proceso legitima la decisión que el juez toma en su interior, de tal suerte que una decisión será justa cuando el proceso haya tenido un desarrollo correcto, y éste se habrá presentado cuando durante su transcurso se haya asegurado la libre actuación de las partes. Siendo así, el mejor proceso civil será aquel en donde las partes han tenido la máxima autonomía individual.

A pesar de la sutileza de la argumentación, queda al descubierto que la decisión de un caso según la tesis descrita, supone la exclusión de criterios extrínsecos y autónomos tales como la verdad histórica y empírica o cualquier otro criterio de justicia sustancial que envuelva la consideración de estimaciones axiológicas. Inclusive se afirma que, siendo suficiente la garantía de un "proceso justo", si además de resolver el conflicto la decisión obtenida produce justicia reconocida en el ámbito social en el cual se expidió, se habrá tratado de un hecho casual, de un *by product*.

carácter se traduce, por un lado, en la tendencial imposibilidad de que el juez influya sobre la investigación de la verdad en torno a los hechos de la litis, y por otro lado en su incapacidad de controlar la dinámica de la dialéctica de las partes, eliminando las degeneraciones que derivan de la lógica de la desigualdad sobre el plano de sus posiciones procesales.

La imagen del juez como árbitro pasivo del enfrentamiento judicial es, en efecto, un punto fundamental de la estructura del *adversary system*, en cuanto esto se funda sobre la rigurosa aplicación conjunta de los principios de la *party-prosecution* y de la *party-presentation* de las pruebas.¹²

¹² "La falta de precisión que caracterizaba las redefiniciones de conceptos como el de 'validez' o el de 'legitimación' se hace también patente en el concepto de 'justicia' luhmanniano y por ello ha levantado, como sucedía en el caso de la 'legitimación', importantes polémicas. En el fondo las críticas se insertan, en ambos casos, en el mismo punto, en la insensibilidad de Luhmann ante los valores de la tradición humanista y la sustitución de cualquier criterio de racionalidad extrasistémico por criterios de racionalidad intrasistémicos." (GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. "El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann". Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A..1993. p. 286).

En este contexto, el juez –representante del Estado en el proceso– sólo debe resolver según lo propuesto por la parte que hizo prevalecer su posición. Desde esta perspectiva, el proceso no es otra cosa que una técnica destinada a concretar la eliminación de un conflicto de intereses por medio de una competición libre, remitida a la iniciativa y disponibilidad de las partes, todo lo cual se concreta en la victoria de una y la derrota de la otra parte.

En este contexto resulta muy difícil calificar la actividad procesal como la manifestación de un Estado de Derecho. Es mucho más fácil pensar que se trata de la ley de la selva, es decir, del triunfo de quien más pudo, de quien desarrolló todas sus potencialidades para alcanzar el éxito, sin que importe la naturaleza de las herramientas que utilizó o la “estrategia” que empleó para lograr el resultado favorable.

En un plano más técnico, aunque necesariamente dogmático, se considera que el proceso es un *posterius* de un *prius* que vienen a ser los derechos materiales. Nos explicamos. El proceso sólo tiene utilidad cuando un derecho material es afectado o lesionado. Una vez ocurrida tal experiencia en el ámbito de la realidad, surge la necesidad de que un juez declare que el hecho o hechos sucedidos afectan la existencia o eficacia de un derecho que existía al momento de los acontecimientos. Con este criterio, obsérvese que el juez no es más que un funcionario público que determina o restaura derechos, es decir, que sólo actúa proyectándose hacia el pasado.

Esta versión del proceso tiene su antecedente en la tesis de Montesquieu¹³ según la cual el Judicial es un poder nulo, tanto que es insuficiente para ser denominado Poder, razón por la cual empleó y con

¹³ “En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil (...) Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado”. (p. 187).

(...)

“El poder judicial no debe dársele a un Senado permanente, sino ser ejercido por personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designadas de la manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo, el que exija la necesidad.

De este modo se consigue que el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no sea función exclusiva de una clase o de una profesión; al contrario, será un poder, por decirlo así, invisible y nulo. No se tienen jueces constantemente a la vista; podrá temerse a la magistratura, no a los magistrados.” (p. 189).

(...)

ello popularizó el concepto "Administración de Justicia"¹⁴, que suele ser empleado muchas veces sin advertir que, como tal, expresa la concepción de quienes consideran que el sistema de justicia sólo es un instrumento para la manipulación y obtención de los objetivos por parte del poder central.

Como resulta evidente, una negación de la existencia de poderes autónomos en el juez y de que su función importa explícitamente el ejercicio de un poder por parte del Estado, conduce a la conclusión de que el juez no crea derecho sino, simple y llanamente lo declara o confirma. Precisamente el empleo de técnicas de razonamiento tradicionales, desarrolladas sobre la base de la llamada Lógica formal, condujo, durante mucho tiempo, a la consideración de que la génesis de una resolución judicial debería tener, necesariamente, una estructura silogística, en donde la ley conformaba la premisa mayor, los hechos acreditados la premisa menor y la conclusión no era otra cosa que la decisión o sentencia.

En todo caso, los estudios sobre la justicia civil no se han mantenido en el desarrollo de estas tesis. La necesidad de comprometer las

"Pero si los tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo; de tal suerte, que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley. Si fueran nada más que una opinión particular del juez, se viviría en sociedad sin saberse exactamente cuáles son las obligaciones contraídas".

"De los tres poderes de que hemos hecho mención, el de juzgar es casi nulo. Quedan dos: el legislativo y el ejecutivo. Y como los dos tienen necesidad de un fuerte poder moderador, servirá para este efecto la parte del poder legislativo compuesta por aristócratas". (p. 191).

(...)

"Podría ocurrir que la ley, que es al mismo tiempo previsora y ciega, fuese, en casos dados, excesivamente rigurosa. Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma. Por eso es necesario que se constituya en tribunal, y juzgue, la parte del cuerpo legislativo a que dejamos hecha referencia, porque su autoridad suprema puede moderar la ley en favor de la ley misma, dictando un fallo menos riguroso que ella". (p. 194) (MONTESQUIEU. "Del Espíritu de las Leyes". Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L. 1984.)

¹⁴ *"En aquellas naciones violentas, el administrar justicia no era más que conceder protección al ofensor contra el ofendido y obligar a éste a recibir la satisfacción que le correspondiera; de suerte que entre los germanos, a diferencia de lo que sucede en los demás pueblos, se administraba justicia para proteger al delincuente". (p. 611).*

"La ley de los Ripuarios, prohíbe a los libertos de las iglesias el celebrar junta para administrar justicia, no siendo en la misma iglesia que los manumitió; no podían hacerlo en otra parte. Por consiguiente, administraban justicia aún a los hombres libres, y tenían sus audiencias desde que se fundó la monarquía". (p. 614).

"En otra de Ludovico Pío, se dispone que el que tiene un feudo, si no administra justicia o impide que se administre, mantenga a su costo a los enviados para administrarla". (p. 616) Ibidem.

investigaciones jurídicas con las exigencias de justicia y eficacia de las sociedades contemporáneas, ha significado el planteamiento de nuevas teorías y, en consiguiente, de nuevos compromisos del procesalista, con su sociedad y con su tiempo. Describamos algunos aspectos de esta nueva óptica.

- En un sistema jurídico se pueden encontrar, gruesamente considerados, tres elementos: a) derechos e intereses; b) tutela y c) satisfacción. Como ya se expresó, en un esquema tradicional el proceso civil sólo consiste en la actuación del derecho que la ley reconoce. Sin embargo, desde una concepción publicística del proceso civil, se puede afirmar que la jurisdicción es esencial e importante porque le atribuye relevancia o consecuencias jurídicas a intereses o situaciones de hecho que no necesariamente están recogidas en el sistema legal. Si el legislador es, después de todo, un eficiente socio del poder central, en tanto protocoliza sus intereses y objetivos, es bastante probable que su producto (la ley) no represente el nexo entre la sociedad y lo que ésta considera justo, atendible o deseable para un caso concreto. Siendo así, la posibilidad de incorporar reconocimiento jurídico a una situación desprovista de sustentación legal, resulta una delicada y excepcional función que la jurisdicción puede cumplir en circunstancias muy especiales y estelares.
- En el contexto antes desarrollado, no es excepcional que la judicatura, a través de la jurisprudencia, cree derechos que carecen de reconocimiento legislativo, que pasarán a tenerlo conforme el prestigio de la judicatura así lo determine. Ejemplos de esta creación jurisprudencial lo tenemos en el derecho a la salud pública, en el derecho a un ambiente no contaminado o a la privacidad. Como resulta a todas luces evidente, en sociedades cerradas como las nuestras (las latinoamericanas) el juez se encuentra en mejor aptitud para sensibilizarse y hacer suyas las necesidades de justicia de su comunidad.
- Por otro lado, no es excepcional que en un sistema jurídico en donde se afianza el poder superior del legislador, haya una producción masiva y desordenada de parte de éste, al punto tal que la única manera de que muchos derechos –esparcidos en innumerables leyes– sean reconocidos como tales consiste en que **sean afirmados y admitidos como tales por los órganos**

jurisdiccionales, específicamente por los llamados “remedios jurisdiccionales”. Esta afirmación en torno a la excepcional importancia de la judicatura, nos lleva a la consideración de que la función de la Jurisdicción en un Estado de Derecho no es secundaria ni subsidiaria sino todo lo contrario, esto es, primaria y sustancial.

Contra lo que se suele afirmar, en el *common law* se sostiene que *remedies precede rights*, es decir, que los remedios (entiéndase los procedimientos e institutos procesales) se anticipan a la vigencia social de los derechos, esto es, a su eficacia concreta, en tanto sólo se les reconoce eficacia desde que son declarados por medio de decisiones judiciales y no desde que entraron en vigencia¹⁵.

Desde esta perspectiva, el juez deja de ser un pacífico “aplicador” de normas y se convierte en un garante de la vigencia del valor Justicia, así como de los derechos fundamentales, en una frase: pasa a ser un intérprete activo de las necesidades de tutela de su comunidad.

- Una jurisdicción así entendida garantiza el reconocimiento jurídico de situaciones o intereses no previstos por el legislador, reinserta en el sistema derechos con reconocimiento legal, pero que su inactividad los han marginado de aceptación o vigencia social y, además, en la búsqueda de eficacia a los derechos discutidos, suele proveer de instrumentos procesales que aseguren la realización de las decisiones. Nos referimos, por ejemplo, a la incorporación de medidas coercitivas como las *astreintes* (multas progresivas y acumulativas), el Contempt of Court (detención por desacato a la Corte) y algunas formas de tutelas sumarias que garantizan decisiones oportunas, precisamente en función del derecho material que se discute.

¹⁵ “Por otro lado, hace tiempo que se ha constatado, desde una perspectiva más realista que la de la dogmática imperante en Europa, que en muchos casos *remedies precede rights*, es decir, que sólo existen verdaderamente los derechos que resultan afirmados y reconocidos a través del empleo de los remedios jurisdiccionales. Así se invierte el planteamiento tradicional: la jurisdicción ya no es secundaria o subsidiaria respecto del derecho sustancial, puesto que se convierte en primaria y esencial, ella misma creadora de derecho sustancial”. (TARUFFO, Michele. “La Justicia Civil:...”. Op. Cit. p. 141).

Ubicación doctrinal de la actuación de la sentencia impugnada

En este panorama de reivindicación de la dimensión social de la justicia en el mundo contemporáneo, urge una apreciación distinta de las reglas e instituciones procesales que hasta hace poco se consideraban inmutables¹⁶. Por el lado de la técnica, resulta imprescindible, también, la creación de procedimientos que enfrenten directamente la necesidad de prestar tutela oportuna a algunos derechos que no pueden esperar el cansino trámite de los procedimientos ordinarios.

En ese aspecto, la doctrina viene desarrollando fórmulas procesales —encapsuladas en la llamada Tutela Diferenciada¹⁷— que, fundamentalmente,

¹⁶ “Se ha impuesto así la necesidad de revisar a fondo los esquemas tradicionales de la tutela jurisdiccional, esquemas esencialmente individualistas y como tales, ya no idóneos para un sistema económico en el cual ‘el equilibrio entre los proveedores y los consumidores’ ha desaparecido totalmente a favor de los primeros, a causa de la radical transformación en las condiciones del mercado. Se ha hecho así necesaria una profunda ‘metamorfosis’ del derecho procesal, para evitar que los ‘derechos difusos’, que han ido asumiendo una importancia fundamental en las sociedades avanzadas, permanezcan prácticamente privados de protección.” (CAPPELLETTI, Mauro. “Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo”. México D.F.: Editorial Porrúa, S.A. 1993. pp. 123 y 124).

¹⁷ “L’espressione tutela giurisdizionale differenziata è espressione altamente equivoca. Intesa letteralmente essa significa che a bisogni diversi di tutela devono corrispondere forme diverse di tutela: di questa ovvietà nessuno ha mai dubitato; tutto il sistema (o i sistemi) della nostra materia sono stati costruiti sulla base di questa premessa: e così è distinta la cognizione dalla esecuzione e nell’ambito della cognizione si sono distinte le azioni (e le sentenze) di condanna dalle azioni (e dalle sentenze) di mero accertamento e costitutive, come nell’ambito della esecuzione si è distinto tra esecuzione forzata si è distinta l’espropriazione forzata (a su volta suddivisa a seconda della specie del bene da espropriare) dall’esecuzione forzata per consegna o rilascio per obblighi di fare o disfare. Cognizione ordinaria ed esecuzione si sono da sempre contrapposte alla tutela cautelare a sua volta suddivisa a seconda della specie di **periculum in mora** che mira a neutralizzare.” (PROTO PISANI, Andrea. “Sulla tutela giurisdizionale differenziata”. En: Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam. 1979. Vol XXXIV, II Serie. pp. 536-537).

[“La expresión tutela diferenciada es una expresión altamente equivoca. Entendida literalmente ella significa que a la diversa necesidad de tutela debe corresponder formas diversas de tutela: de esta evidencia nadie ha dudado jamás; todo el sistema (o los sistemas) de nuestra materia ha sido construido sobre la base de esta premisa: y así, es distinta la cognición de la ejecución y, en el ámbito de la cognición, son distintas las acciones (y las sentencias) de condena de las acciones (y de las sentencias) de mera verificación y de las constitutivas; así como en el ámbito de la ejecución hay distinción entre ejecución forzada y expropiación forzada (a su vez subdividida según la especie del bien a expropiar) de la ejecución forzada por consignación o para la liberación de obligaciones de hacer o de no hacer. Cognición ordinaria y ejecución han sido desde siempre contrapuestas a la **tutela cautelar**, a su vez subdividida según la especie de **peligro en la demora** que pretende neutralizar”].

consisten en el desarrollo de técnicas procesales diseñadas para satisfacer nuevos derechos que además de infungibles tienen una duración precaria; consecuencias lógicas, sin duda, de las nuevas relaciones que se suceden en la sociedad contemporánea.

El caso de la actuación de la sentencia impugnada es singular. No se inserta dentro de las llamadas nuevas técnicas procesales sino, como muchas de ellas, sólo consiste en una recuperación de un instituto desarrollado hace mucho tiempo y en distintos ámbitos¹⁸, sin que haya alcanzado no sólo un desarrollo uniforme, sino un reconocimiento apenas limitado de sus posibilidades que, de nuestro lado, pensamos que sí las tiene si se le emplea sujetándola a una normativa y desarrollo doctrinal que aprecie su verdadera importancia, sin extremismos optimistas ni pesimistas.

Por otro lado, la elección del tema a investigar tiene un decidido interés concreto. Uno de los aspectos menos desarrollados en la ciencia procesal es, sin duda, el referido a la actividad de ejecución. Como se sabe, desde el momento germinal de los estudios científicos del proceso, su más caracterizado fundador, Giuseppe Chiovenda, privilegió el estudio de las instituciones procesales alrededor del proceso de conocimiento marginando los estudios sobre el llamado proceso de ejecución¹⁹. El resultado de tal

¹⁸ Comúnmente la institución recibe otro nombre, se le llama: **Ejecución provisional de la sentencia**. (Ver: **CHIOVENDA, Giuseppe**. "Ensayos de Derecho Procesal Civil". Buenos Aires: EJE. 1949. Vol. III. p. 77; **CABALLO ANGELATS, Lluís**. "La ejecución provisional en el proceso civil". Barcelona: José María Bosch Editor S.A. 1983; **MARANHAO, Clayton**. "Execução 'provisória' da sentença civil: a exceção passará a ser regra". En: GENESIS Revista de Direito Processual Civil. No. 10. p. 684. Curitiba: Genesis Editora. 1998. **LEITÃO TEIXEIRA de FREITAS, Cristina**. "Execução provisória como regra: necessidade atual". En: GENESIS. Op. Cit. p. 694; **SCARPINELLA BUENO, Cassio**. "Execução Provisória e Antecipação da Tutela" São Paulo: Saraiva. 1999; **TARIGO, Enrique E**. "Algo más sobre la ejecución provisional de la sentencia sometida a recurso y los terceros de buena fe". En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal. No. 3/99. p. 365. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 1999. **GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo**. "La ejecución provisional en el proceso civil". En: Revista Peruana de Derecho Procesal. No. III. p. 79. Lima. 1999. **LUCON, Paulo Henrique dos Santos**. *Eficácia das Decisões e Execução Provisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000; **MONIZ DE ARAGAO, Egas Dirceu**. "Novas Tendências da Execução Provisória". En: Revista de Processo. Publicación del Instituto Brasileiro de Direito Processual. Año No. 23. No. 90. pp. 57-67. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; entre otros).

¹⁹ "Acabamos de hablar de proceso de conocimiento y de proceso de ejecución, por atenernos a una terminología muy generalizada, aunque personalmente no la estime acertada. Pues bien: en la divisoria entre ambas zonas encontramos una nueva coincidencia, que ya podríamos elevar

desdén lo sufrimos ahora, sobre todo en Latinoamérica, cuando el excesivo formalismo y la ausencia de claridad de objetivos han determinado que la ejecución de lo juzgado se convierta, por desgracia, en un trámite aleatorio y excesivamente moroso.

Desarrollo de algunas categorías indispensables para explicar el tema en estudio

Cuantas veces se pueda deberá recordarse que una parte considerable del atraso y desconfianza social que producen los estudios jurídicos, está signado por el uso caótico e irresponsable que se hace de los términos. Sin mucho esfuerzo las investigaciones jurídicas podrían dividirse en: (a) trabajos fundacionales sobre una institución; (b) seguidos de otros destinados a explicar las acepciones de los términos empleados en los trabajos fundacionales. Junto a estos, todavía hay otros (c) dedicados exclusivamente a cuestionar el trabajo original, y no porque se parta de una concepción jurídica, filosófica o ideológica distinta, sino simplemente porque se emplea una acepción distinta a la empleada por el investigador inicial. Y, finalmente, hay también trabajos (d) destinados a resumir lo expresado sin tomar ninguna posición. Afirmamos que, sin siquiera advertirlo, las investigaciones jurídicas –en considerable cantidad– han derivado en discusiones terminológicas, vale decir, en conceptualismo ingenuo totalmente vacío de contenido axiológico y social²⁰.

*a la categoría de influjo, entre Wach y Chiovenda. En el conjunto de su labor, uno y otro se cuidaron preferentemente del primero de los territorios mencionados. ¿Por qué? ¿Antipatía hacia el mismo? No poseo elementos de juicio suficientes para pronunciarme con seguridad en este punto; pero me inclino a una respuesta negativa y a estimar más bien que el culto al método debió inducir a ambos a no ocuparse del proceso de ejecución, o como preferimos, de la ejecución procesal, hasta no tener elaborada la doctrina del de conocimiento, normal antecedente de aquél. Este es uno de los muchos extremos en que las dos figuras máximas de la ciencia procesal italiana siguen rutas opuestas: mientras Chiovenda se desentiende de la ejecución, Carnelutti le dedica nada menos que tres volúmenes de sus *Lezioni*". (ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. "La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda". En: Revista de Derecho Procesal. Buenos Aires: EDIAR Soc. Anón. Editores. 1948. Año V. Números 3 y 4. Tercer y Cuarto Trimestres de 1947. pp. 398 y 399).*

²⁰ "En este tipo de aparente discrepancia, el error consiste en creer o pretender que a cada término le corresponde un significado que le es intrínseco; sostener esto es una actitud conexas a la postura esencialista que se traduce en preguntas tales como: ¿Cuál es la naturaleza de '...'? O bien: '¿Cuál es la esencia de '...''? Este tipo de interrogantes sólo admite un tipo de respuestas y es aquél que contiene en la contestación, la enunciación de las propiedades del objeto denotado por la palabra en cuestión. Por ejemplo, si la pregunta es acerca de la naturaleza

Para decirlo con categorías pertenecientes a la Semiótica, el desarrollo doctrinal del Derecho está impregnado de mucha Sintaxis (estudio de la conexión de los signos entre sí), alguna Semántica (estudio de la relación de los signos con sus objetos) y una casi nula Pragmática (estudio de la relación de los signos con el ámbito social en donde son usados). No queda duda que la opción por la sintaxis no es casual, es consecuencia de la vigencia de una ideología liberal que, en el plano jurídico, considera que el Derecho es una construcción conceptual y abstracta cuya mejor expresión es la norma positiva, por lo que los estudios deben someterse preferente y excluyentemente al método exegético, esto es, al comentario de la norma desde la perspectiva de su estructura.

En los párrafos que siguen se describirán algunos conceptos operativos respecto de algunos términos de uso común en el Derecho, prescindiendo de afirmar que se trata de un significado "correcto" y excluyente de la acepción empleada, no sólo porque no creemos que un enunciado tenga sólo un significado, sino que, además, suscribimos la tesis de Tarello según la cual las "normas" son consecuencia de la labor interpretativa sobre un determinado enunciado y, además, la tesis de que no sólo los enunciados tienen más de un significado, sino que también son los significados los que suelen estar en más de un enunciado²¹.

o la esencia del derecho y damos por entendido que "Derecho" sólo tiene un significado, la respuesta deberá contener la enumeración de las características de la clase única de objetos denotada por la palabra "Derecho".

(...)

De no adoptar la precaución de tener la certeza de que la palabra está siendo usada en un mismo sentido, la discusión sobre las características del o de los objetos denotados por el término, estará condenada a ser totalmente estéril: por el contrario, será una genuina discrepancia acerca de las características del o de los objetos nombrados por la palabra, si no caben dudas de que el rótulo verbal es unívocamente utilizado por los que intervienen en la divergencia, para nombrar el o los mismo objetos". (GÓMEZ, Astrid y BRUERA, Olga María. "Análisis del Lenguaje Jurídico". Buenos Aires: Editorial de Belgrano. 1982. pp. 112 y 113).

²¹ *"In polemica con l'uso generico di 'norma' comune alla maggior parte dei giuristi e dei teorici generali, Tarello osservava che, como lo stesso significato é esprimibile tramite diversi enunciati, così lo stesso enunciato può esprimere diversi significati. Dunque, lungi dall' avere un significato proprio, o vero, un enunciato legislativo avrebbe sempre diversi significati, sarebbe sempre passibile di diverse interpretazioni: l'interprete, e in particolare il giudice, sarebbe sempre chiamato a scegliere tra tali significati, e su tale scelta non protebbero non influire valutazioni in senso lato politiche". (BARBERIS, Mauro. "Introduzione allo studio della filosofia del diritto". Bologna: Il Mulino. 1993. p. 200).*

[En polémica con el uso genérico del concepto "norma", común a la mayor parte de los juristas y de los teóricos del derecho, Tarello observaba que así como el mismo significado es expresable a

La sentencia es el acto jurisdiccional por excelencia, con su expedición se pone fin a un grado o al proceso de manera definitiva. Sin embargo, un análisis de su contenido nos permite apreciar en ella distintos tipos de consecuencias. Así, una sentencia puede ser denominada **material o fondal** si su parte decisoria contiene un pronunciamiento respecto de la pretensión procesal propuesta en la demanda o por el emplazado al reconvenir. Si el pronunciamiento es favorable a la pretensión propuesta, estamos ante una sentencia **estimatoria**; en el caso contrario se le denomina **absolutoria**.

Pero la sentencia puede, excepcionalmente, no contener un pronunciamiento sobre el fondo, en este caso recibe el nombre de **inhibitoria**, y se denomina así porque contiene un pronunciamiento de invalidez de la relación procesal. Siendo la calificación de la validez de la relación presupuesto para que haya un pronunciamiento sobre el fondo, éste no aparece en las inhibitorias. A su vez, éstas pueden clasificarse en **sentencias con preclusión o sin ella**. Nos referimos al hecho de que algunas inhibitorias son lo suficientemente depredadoras como para producir la imposibilidad de que el pretensor pueda intentar la fundabilidad o estimación de ésta en otro proceso; sin embargo, hay otras cuyo efecto no es más que temporal, ponen fin al proceso pero permiten que el titular de la pretensión lo intente nuevamente; inclusive hay sentencias inhibitorias sin preclusión que conceden al demandante el derecho de reiniciar el mismo proceso, es decir, que su efecto no afecta el proceso sino sólo produce un reenvío.

Ahora bien, las sentencias fondales pueden dividirse en **definitivas y firmes**. Las primeras están sometidas a lo que Calamandrei denomina derecho de gravamen, del que es titular quien ha sido afectado por el decisorio de la sentencia, quien lo ejercita a través de un medio de gravamen²². Por su lado, **las sentencias firmes** han adquirido tal calidad,

través de diversos enunciados, así también el mismo enunciado puede expresar diversos significados. Por tanto, lejos de existir un significado propio o verdadero, un enunciado legislativo tendría siempre diversos significados, por lo que sería siempre pasible de diversas interpretaciones: el intérprete, y en particular el juez, sería siempre el llamado a elegir entre tales significados, y tal elección no podría dejar de estar influida por valoraciones políticas en sentido lato”].

²² “La posibilidad de obtener una segunda sentencia en una relación ya decidida una vez, está condicionada a la petición de la parte, y limitada dentro de un término perentorio; la parte tiene así dentro de este término, un derecho de gravamen, que puede definirse como el derecho (derecho potestativo existente por sí, e independiente, como se verá, de la existencia de un vicio de la

sea porque se agotó el sistema impugnatorio sea porque el interesado en que puedan ser atacadas en un nuevo proceso cuya pretensión es impugnarla, dejó vencer el plazo sin intentarlo. Por cierto, estas últimas tienen el agregado de recibir la autoridad de la cosa juzgada, es decir, una calidad adicional que consiste en el reconocimiento jurídico, social y político de su inmutabilidad.

Por otro lado, la **apelación** es un medio impugnatorio, específicamente un recurso, utilizado por una parte o por un interesado legitimado con el propósito de que –dentro de un proceso– un órgano jurisdiccional de grado superior a aquel que expidió una resolución, declare su nulidad o revocación luego de examinarla, es decir, se pronuncie sobre su invalidez o sobre su ineficacia funcional, situación esta última en la que el mismo órgano reemplaza la decisión jurisdiccional que ha dejado sin efecto por la que considere es la adecuada.

Dentro de los efectos que produce la admisión del recurso de apelación, está la de suspender la eficacia de la resolución que ha sido impugnada con apelación; por el contrario, hay ocasiones en los que la interposición del recurso y su posterior revisión por el superior no obsta para que la resolución apelada se ejecute en los términos de su contenido. A estas opciones se les denomina **con o sin efecto suspensivo**. Nótese la considerable importancia que tiene el efecto suspensivo del medio impugnatorio, en tanto es su influencia la que determina que la resolución apelada no adquiera la calidad de firme y, en consecuencia que, por lo menos para la doctrina tradicional, no sea exigible su actuación. Es tan notoria su importancia que Chiovenda le reconoce la calidad de Principio²³, tanto como el de doble grado de la jurisdicción.

sentencia) de determinar el nacimiento de la condición para pasar del examen anterior a un ulterior examen de la misma relación controvertida.

Medio de gravamen es el ejercicio de este derecho. CHIOVENDA define, en efecto, la apelación, que es el medio de gravamen típico, como el ‘medio para pasar del primero al segundo grado de jurisdicción’. (CALAMANDREI, Piero. “Estudios sobre el Proceso Civil”. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina. 1961. pp. 440-441).

²³ “Nuestro derecho procesal acoge, como es bien sabido, entre sus reglas fundamentales, dos principios estrechamente conexos entre sí: el doble grado de jurisdicción y el efecto suspensivo de la utilización del segundo grado y del término para interponerlo. En principio, pues, la ejecución provisoria de la sentencia de primer grado (por amplia que sea la aplicación que pueda tener en la práctica) se nos presenta como instituto de mera excepción”. (CHIOVENDA, Giuseppe. “Ensayos ...”. Op. Cit. p. 78).

Asimismo, resulta de la mayor importancia precisar algunas categorías que si bien corresponden a la Teoría del Derecho, son significativas para comprender los alcances de la institución que es materia de investigación. En un sistema jurídico encontramos sujetos que son titulares de **derechos e intereses jurídicamente relevantes**. Por otro lado, la construcción del sistema supone la incorporación a éste de un conjunto de instituciones que permiten garantizar la vigencia y eficacia de los derechos e intereses antes citados. Al conjunto de estas instituciones le vamos a denominar **tutelas**, las cuales pueden ser **materiales y procesales**. Un ejemplo clásico de tutelas materiales son los derechos reales de garantía; por su lado, las tutelas procesales, las más comunes, están constituidas por los procesos y procedimientos jurisdiccionales diseñados para que los derechos e intereses discutidos adquieran reconocimiento en el sistema social.

El objeto principal²⁴ de las tutelas, muy especialmente de la tutela procesal, es producir **satisfacción**. Esta debe concebirse como la culminación de dos deberes del Estado, por un lado, expedir un pronunciamiento válido en el proceso iniciado a propósito del derecho o presunto derecho discutido ante un órgano jurisdiccional –cuidando se cumplan con todos los requisitos que aseguran la corrección de dicho pronunciamiento– y, por el otro, lograr que tal decisión sea efectiva, esto es, que produzca los efectos declarados en la decisión en el ámbito de la realidad, si es el caso.

Los procesos, entendidos como instrumentos de la jurisdicción para producir satisfacción, pueden clasificarse, de manera simplificada, en **procesos de declaración y procesos de ejecución**. Con los primeros se permite que los sujetos discutan y persuadan al juez sobre la titularidad de su derecho o interés, utilizando inclusive material probatorio para tal efecto. Con los segundos, sobre la base de una actividad de declaración que ha

Nota: Es importante tener presente que el comentario de Chiovenda en la obra citada data de 1903 y está referido a la regulación del instituto en el Código de Procedimientos Civiles de Italia de 1865, a la fecha derogado. La acotación viene a que en dicho Código la ejecución provisoria era una cláusula incorporada por el juez a la sentencia como parte del decisorio. Por ello, al apelar la sentencia, se apelaba también la cláusula, creándose así una situación contradictoria. Para evitar ella, se desarrolló el instituto de las “inhibitorias”, que era el incidente en donde el juez de apelación decidía la actuación de la ejecución provisoria, de manera separada de la apelación sobre el mérito.

²⁴ Decimos principal porque hay expresiones de la tutela que no están conectadas directamente a producir satisfacción, a pesar de lo cual son trascendentes en tanto constituyen instrumentos que **aseguran la obtención de ella. Un caso modélico es el de la tutela cautelar.**

concluido en la existencia de una relación jurídica cuyo contenido es exigible, se permite al sujeto titular pida tutela procesal para que, en ejercicio del poder de coerción del Estado, haga efectivo el contenido vinculante de la relación jurídica.

Esta actividad de declaración suele recaer en un documento al cual el sistema jurídico le ha dado, puntual y taxativamente, la calidad de **título ejecutivo**, es decir, le ha otorgado el derecho por adelantado. Vale decir, la actuación judicial en un proceso de ejecución sería *ex ius oritur factum*, a diferencia de un proceso declarativo en donde el tránsito procesal ha sido *ex facto oritur ius*, es decir, de los hechos al derecho.

Adviértase que la actividad de declaración no significa necesariamente proceso de declaración, es a lo sumo la constatación de los requisitos y límites de exigibilidad del contenido de la relación jurídica. Así por ejemplo, si las partes convienen una transacción, la ejecutabilidad de ésta no requerirá de un proceso de declaración pero sí de una constatación de sus requisitos y ámbito de eficacia de su contenido. Por lo demás, tampoco es exacto que un proceso de declaración deba desembocar en un proceso de ejecución, dado que hay procesos declarativos en los que la tutela procesal se cumple con el sólo hecho de que el decisorio haya adquirido la calidad de firme, como es el caso de los que contienen **pretensiones meramente declarativas o verificativas** (de *ascertamento* en la terminología italiana), o las pretensiones **constitutivas**.

El nexo entre el proceso de declaración y el de ejecución es el **proceso declarativo de condena**, dado que una vez concluido éste con sentencia fundada y firme, es indispensable que el demandado cumpla con el contenido vinculante del decisorio o, de lo contrario, debe ser compelido ha hacerlo a través de la **ejecución forzada**. Esta, expresión del poder de coerción del Estado, es consecuencia de que la sentencia de condena tiene la calidad de **título ejecutivo** y de que el obligado no ha cumplido espontáneamente con su mandato.

Finalmente, en la hipótesis de que tal pronunciamiento final se haya referido al fondo, es necesario que la tutela satisfactiva sea, además, **eficaz**, es decir, que tenga fuerza o poder para obrar sobre la esfera de la realidad, y por tanto produzca alguna modificación o ratificación trascendente sobre la esfera jurídica y real en la que está actuando. A esto último suele denominarse **efectividad o actuación de la jurisdicción**.

Desde la perspectiva de la **satisfacción** como objetivo final, cuando la actuación de la jurisdicción no necesita de la voluntad del perdedor – nos referimos a los casos de los procesos declarativos certificativos y constitutivos–, estamos ante un caso de **actuación inmediata de la jurisdicción**. Cuando la actuación de la jurisdicción suponga una modificación de la realidad material o jurídica en ejercicio del poder de coerción del Estado, a falta o en contra de la voluntad del vinculado, estamos ante un caso de **actuación mediata de la jurisdicción**. A su vez, la actuación condicionada de la jurisdicción puede ser **directa**, esto ocurre cuando es consecuencia de la desobediencia del ejecutado al requerimiento hecho por el juez, por eso es llamada también **ejecución forzada** y es su objeto establecer una identidad entre lo pedido en la demanda, lo acogido en la sentencia firme y lo que se obtenga de la ejecución²⁵. En cambio, cuando la actuación condicionada prescinde del requerimiento y se ejecuta en base al uso de equivalentes ejecutivos como la prisión del obligado o el pago de sanciones pecuniarias progresivas y acumulativas y otras, denominadas medidas coercitivas, se le llama **ejecución indirecta**.

La tutela jurisdiccional, a la que hemos hecho referencia en los párrafos anteriores cumple preferentemente una función satisfactiva, en tanto declara el derecho, elimina una incertidumbre jurídica, constituye una relación jurídica o elimina otra u ordena que alguien haga o deje de hacer algo. Sin embargo, a fin de cumplir con esta función, debe proveer a los justiciables de otro tipo de garantías o seguridades. En otras palabras y tal como se desarrolló en una nota anterior, insistimos en advertir que la potestad jurisdiccional no es sólo **tutela satisfactiva**.

Dado que el proceso, instrumento esencial para hacer efectiva la tutela jurisdiccional, supone necesariamente el transcurso de un lapso de tiempo para que pueda producir satisfacción, tal duración puede determinar que, en el ámbito de la realidad, los acontecimientos diarios produzcan modificaciones que bien podrían convertir en ilusoria la eficacia de la sentencia firme cuando ésta se obtenga. Si discutiéndose la propiedad de un bien, el demandante –que no posee el bien– omite pedir al Juez que

²⁵ Esto es lo que la doctrina española denomina “Ejecución de sentencias en sus propios términos”. Ver: FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, María Teresa. “La ejecución de sentencias en sus propios términos y el cumplimiento por equivalente.” Madrid. Editorial Tecnos S.A. 1996.

mientras dure el proceso el bien litigioso no sea usado y que más bien sea protegido en un depósito, no será extraño que cuando gane el proceso ya el bien haya sido transferido por el perdedor o que lo haya usado de manera tal que su devolución no le producirá al demandante la satisfacción que lo motivó a pedir tutela jurisdiccional. La garantía de eficacia de la decisión firme no es satisfactoria porque no decide en definitiva nada, sólo asegura la eficacia de la decisión final que se obtenga, por eso se le denomina **tutela asegurativa**, de la cual es un notorio ejemplo la institución cautelar.

Otra forma de tutela distinta a la satisfactoria y, por cierto, también a la asegurativa, es aquella que consiste en adelantar la actuación de una resolución que por razones impugnatorias no se encuentra firme, como sería el caso de una sentencia apelada. Dado que para la actuación se requiere firmeza, esta forma de tutela llamada anticipativa tiene características muy especiales²⁶. Una especie de esta **tutela anticipativa** es, precisamente, la actuación inmediata de la sentencia impugnada.

Establecidas estas categorías de antemano, no va a ser complicado desarrollar los rasgos más saltantes de la institución en estudio.

Breve desarrollo histórico de la actuación de la sentencia impugnada

No está demás empezar recordando que el Principio del efecto suspensivo de la impugnación, vigente desde la *cognitio extra ordinem* ("Recepta autem appellatione tamdiu nihil erit innovandum quandiu de appellatione fuerit pronunciatum" Ulpiano D:49,7,1,1.), ha padecido diversas excepciones desde hace muchos siglos. Así, es el caso de la apelación frívola o nula; la notoriedad de la injusticia del decisorio; las sentencias alimentarias o posesorias e, inclusive, los casos en los que se acreditaba *periculum in mora*. Por cierto, la excepción al efecto suspensivo quedaba sin efecto si el juez de apelación concedía al impugnante una inhibitoria.

²⁶ "Aquí se habla de los presupuestos que el juez debe **afirmar** para conceder la cláusula (ejecución provisoria); observemos de paso que aquella afirmación, esto es, la concesión de la cláusula, constituye a su vez el presupuesto del derecho de ejecución provisoria. Este derecho tiene, pues, por presupuesto la declaración provisoria de certeza, pero no la efectiva existencia, ya sea de la relación jurídica privada, ya sea de las especiales circunstancias que la califican." (CHIOVENDA, Giuseppe. "Ensayos ...". Op. Cit. p. 79).

La institución analizada debe ser una de las pocas en las que se niega su origen romano, aunque el tema queda para la discusión²⁷. Lo definitivo es encontrar rasgos destacables del instituto en el derecho común, desde donde pasó al derecho francés. Reconociéndose el origen francés de la institución, es imprescindible ubicar el contexto histórico en el cual se producen estas pugnas entre el interés del *a quo* de hacer efectiva su decisión y el interés contrapuesto del *ad quem* de tener el control de la actuación de la sentencia, una vez que él así lo decidiera.

En el periodo que va del siglo XIV al XVII, no existe una concepción unitaria de la jurisdicción, sino más bien su ejercicio es expresión de poder de los distintos fueros, sean estos señoriales, municipales, eclesiásticos o nobiliarios; para no referirnos a las jurisdicciones creadas en función –no de los territorios ni de las cosas– de las personas, como las jurisdicciones privadas, hereditarias, patrimoniales u otras. En esta compleja lucha por afirmar su poder, la ejecución provisoria de la sentencia –como se le llamaba– pasó a ser parte de una polémica muy poco jurídica entre el juez del primer grado y el superior, alimentada básicamente por el elemento crematístico discutido en el proceso.

Las Ordenanzas de 1452 y de 1499 regulaban la ejecución provisoria como una reacción de las jurisdicciones inferiores ante la dilación abusiva de los procesos debido al uso malicioso de numerosos grados de jurisdicción. Las Ordenanzas citadas lo que hacen es enumerar los casos en que pueden ser utilizadas, es decir, al regularlas las limitan, esto como una concesión a la exigencia de las jurisdicciones superiores.

Así, se permitía la ejecución provisoria para los procesos sobre alimentos o medicamentos, los de dote y petición de dote, los de confección de inventario, interdicción, refacción de puentes y caminos. Más adelante se agregaron los procesos posesorios. Otro criterio para ampliar su uso

²⁷ Federico Carpi (“La provvisoria esecutorietá della sentenza”. Milano: Giuffré. 1979) descarta que el instituto tenga raíces romanas, sin embargo, admite que en algunos casos, como el de nombramiento de tutor provisorio, estando apelada la sentencia de nombramiento “no parece arriesgado decir que se trata no tanto de ejecución provisoria, sino de especiales efectos interinales, previstos como casos de derogación de la eficacia suspensiva de la apelación” (p. 27). Por su lado, Pontes de Miranda (“Comentários ao Código de Processo Civil” Río de Janeiro: Forense. 1949) sostiene que en “el derecho romano ya se conocía la ejecución provisoria en causas posesorias.” (p. VI/37).

Nota: El comentario de Pontes de Miranda es al derogado Código brasileño de 1939.

fue el monto reducido de lo discutido. Casi todos los casos sólo eran admitidos exigiéndole caución al vencedor y así pasaron a la Ordenanza de 1667, en donde se concedió para los procesos sumarios (desalojo, formalización de documentos, secuestros y depósitos, alimentos, etc.), y también para los procesos en donde hubiera contrato o promesa reconocida. Cuenta Chiovenda²⁸ que, con algunas variantes, el instituto pasó al artículo 135 del Código de Procedimientos Civiles de 1807 (Francia), afirmándose dos tendencias que se habían vendido concretando progresivamente en las ordenanzas: por un lado, se fue reduciendo cada vez más la imposición de caución al vencedor y, por otra, fue disminuyendo, también, el poder de la jurisdicción superior para suspender la ejecución provisoria a través del uso de las inhibitorias.

Superado este inicio turbulento, producto de la coexistencia de jurisdicciones rivales, la ejecución provisoria empezó a tener, desde el Código de 1807, un empleo mucho más afectivo, en tanto dejó de ser discutido su uso por razones extrínsecas, sino en función de la necesidad de justicia que guarda su petición²⁹.

Desde el Código de Procedimientos Civiles francés de 1807 se ha irradiado la institución investigada a distintos países, aun cuando son muchos los que no la incorporaron a su ordenamiento procesal, como es el caso de Perú.

Descripción del instituto

Como se expresó líneas arriba, para que una sentencia con contenido material definitivo pueda ser actuada, es imprescindible, regularmente por lo menos, que adquiera la calidad de firme. Esto significa que mientras una sentencia se encuentre pendiente de ser afectada por un medio de

²⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. "Ensayos ...". Op. Cit. pp. 89-99.

²⁹ "En este sistema, la ejecución provisoria podrá ser liberada de límites rigurosos, porque los jueces no serán propensos a concederla por espíritu de independencia, sino sólo en el interés de la justicia, aunque pudiendo equivocarse en la apreciación de este interés; correlativamente la inhibitoria no será limitada, porque los jueces de apelación no harán de ella instrumento para un mal entendido celo de las propias atribuciones, sino sólo a la corrección de los errores de los primeros jueces, de manera que el legislador dejará que la misma se adapte a las elásticas exigencias del caso, dentro de los naturales límites señalados por el principio del doble grado de jurisdicción." (Ibíd. p. 96).

gravamen, soporta una suerte de suspensión provisional de sus efectos, la cual se torna manifiesta cuando se propone el medio impugnatorio³⁰.

Ahora bien, una sentencia puede ser impugnada porque la organización judicial ha regulado y ordenado que ella reciba un nuevo examen antes de quedar expedita para ser actuada. Siendo la actividad jurisdiccional unitaria, por lo menos así suele ser declarada en las constituciones, es imprescindible que la institución muestre coherencia ante los justiciables. Siendo así, resulta contradictorio que los órganos jurisdiccionales pidan un nuevo examen de la sentencia y, al mismo tiempo, la ejecuten. Esta situación llevó a Chiovenda a calificar la institución como teóricamente injustificable³¹.

Prácticamente todo el siglo XX ha significado en esta materia el triunfo de la coherencia de la jurisdicción respecto de su utilidad social. Afirmamos esto porque si bien suena y resulta muy lógico que no se actúe una decisión que todavía es materia de revisión, el desarrollo de esta idea ha devenido en el auge de una de las más perniciosas estrategias –el abuso de los medios impugnatorios– de las que se siguen valiendo los litigantes de mala fe para prolongar temerariamente el proceso.

Con el advenimiento del siglo XX, los derechos que se discutían en un proceso civil dejaron de ser individuales, exclusivos, egoístas; es

³⁰ En opinión del profesor Caballol Angelats una sentencia carente de firmeza es un acto jurisdiccional con efectos sometidos a condición suspensiva legal, por lo que la actuación anticipada de la sentencia impugnada es una excepción legal a la condición suspensiva citada. (Ver CABALLOL ANGELATS, Lluís. Op. Cit. pp. 41 y 42).

Respetando tan enterada opinión, discrepamos de ella. Mientras más se acerque la definición de una categoría jurídica a expresar o explicar su incidencia en la realidad, será más acertada y, por otro lado, nos parece que los procesalistas debemos evitar, hasta donde nos sea dado, el uso de categorías del derecho privado, no sólo por afirmar nuestra autonomía que podría ser una razón apodada principista, sino porque no estamos en condiciones de prever si su significado original o el actual es o no reñido con lo que queremos expresar al interior de nuestra disciplina.

³¹ “La misma ejecución provisoria, dado el sistema del doble grado de jurisdicción, es teóricamente injustificable; pero mucho más la limitación de las inhibitorias. Antes de la sentencia pasada en cosa juzgada no hay declaración definitiva de certeza del derecho; sino que siguen en causa los intereses opuestos del pretendido acreedor a la pronta ejecución, del pretendido deudor a la completa cognición. Que aquél deba prevalecer sobre éste, es cosa que el legislador, por consideraciones de oportunidad, puede establecer o remitir al juez para que establezca; pero esto justifica la ejecución provisoria, no la limitación de la corrección de los errores del juez de primer grado que la concedió”. (CHIOVENDA, Giuseppe. “Ensayos ...”. Op. Cit. pp. 87 y 88).

decir, empezaron a aparecer los llamados derechos sociales. La segunda mitad del siglo XX encontró a los derechos sociales no sólo con reconocimiento constitucional, sino, además, que se habían diversificado, de tal suerte que empezaron a reconocerse derechos de considerable importancia pero fugaces y muy rápidamente perecibles a pesar de su trascendencia (derechos de defensa del medio ambiente, del consumidor, etc.).

En este contexto, la reclamada coherencia de la jurisdicción pasó a convertirse, más bien, en un poderoso instrumento para convertir el subsistema de justicia civil en un instrumento legitimador de una cultura de la impunidad. Mientras un litigante se desespera por contar con una decisión firme, los años que transcurren para tal efecto son cuidadosamente prolongados por el otro, quien sólo necesita usar "legalmente" un sistema impugnatorio, en tanto éste lo provee de una variada gama de instrumentos, perfeccionados en el tiempo por una práctica envilecida bajo la cobertura de un aparentemente regular ejercicio profesional, que le aseguran un proceso intrincado, longevo, irrazonable, aunque muy bien sustentado legalmente en alguna chicana impugnatoria.

La sentencia firme se convierte entonces, como consecuencia del triunfo de la necesaria coherencia de la jurisdicción, en un sueño demasiado lejano. De la constatación de esta situación a la desconfianza y abandono masivo de la jurisdicción como forma de solución de conflictos no hay más que un paso. No resulta necesario destacar que el abandono masivo de la jurisdicción como forma clásica de solución de conflictos de intereses y afirmación del sistema jurídico es el punto de partida del desquiciamiento del Estado de derecho.

En este contexto, la actuación inmediata de la sentencia impugnada es el instituto procesal, especie de la tutela anticipatoria, por medio del cual se concede a la parte que ha obtenido una decisión favorable en primer grado, el derecho a la actuación de la decisión que lo favorece, con prescindencia de que la resolución vaya a estar o esté recurrida por la parte perdedora.

El instituto en estudio desarrolla su ámbito de aplicabilidad en la zona de intersección entre dos intereses, por un lado, el riesgo que debe soportar el litigante inicialmente vencedor, quien debe hacer frente a la demora del segundo grado y, por otro, el interés de la jurisdicción de no conceder al

vencedor inicial más de lo que le corresponde recibir, parafraseando la célebre frase de Chiovenda³².

Desde otra perspectiva, la institución aparece como una especie de término medio, en el sentido de que matiza la opción extrema de no conceder materia recursiva alguna (situación totalmente favorable al vencedor del primer grado)³³ al agraviado con la sentencia.

La razón del nombre elegido

Como se expresó anteriormente, si bien existe unanimidad en mantener lo sustancial del nombre puesto al instituto por Chiovenda, no nos parece correspondiente con su finalidad denominarlo **ejecución provisoria o ejecución provisional**. Fundamentalmente la objeción radica, como también anotamos, en el hecho de que la actuación de la sentencia ocurre exactamente como si se tratara de una resolución firme, ergo, la ejecución carece, entonces, de provisionalidad.

Esta es la razón por la cual Federico Carpi expresa que *“por ejecución provisoria se entiende la anticipación de la eficacia ejecutiva de la sentencia”*³⁴, manifestando a continuación que si bien la ejecución no es en sí provisoria, está basada en un título provisorio, razón por la que el nombre del instituto *“podría, con mayor exactitud, ser sustituido por ejecutoriedad o ejecutividad provisoria”*³⁵. Nosotros compartimos la primera frase del profesor de Bolonia, en efecto, la ejecución no es provisional, si a algo se le puede calificar así es a la sentencia³⁶.

³² *“Por consiguiente, el proceso debe dar, en cuanto prácticamente sea posible, a quien tiene un derecho, todo aquello y exactamente aquello que tiene derecho a conseguir”*. (CHIOVENDA, Giuseppe. “Instituciones de Derecho Procesal Civil”. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1948. Vol. I. pp. 47 y 48).

³³ *“Mientras que con la irrecurribilidad se vela exclusivamente por los intereses del que ha obtenido una sentencia favorable; mediante la posibilidad de ejecución o eficacia provisional, la tutela es más equilibrada para los intereses de ambas partes”*. (CABALLO ANGELATS, Lluís. Op. Cit. p. 70).

³⁴ CARPI, Federico. “La provvisoria esecutorietà della sentenza”. Milano: Giuffrè. 1979. p. 3.

³⁵ *Ibidem*. p. 7.

³⁶ *“Antes de mais nada, esclareca-se que a execução, por alterar a realidade fática, nunca pode ser provisória, ainda que depois as coisas devam ser restituídas ao seu estado anterior.*

O que é provisória é a sentença recorrida somente no efeito devolutivo, cuja eficácia imediatamente passa a operar.

Sin embargo, no compartimos el uso de la palabra "ejecución" para denominar al instituto porque el concepto suele ser utilizado de manera preferente para referirse sea a los procesos de ejecución o al proceso declarativo de condena. Si bien un sector importante de la doctrina considera que sólo ese debe ser el ámbito de aplicación del instituto en estudio, creemos que el aprovechamiento que se puede hacer de éste, alcanza también a los procesos declarativos verificativos como a los constitutivos³⁷, si bien no en la magnitud e importancia que adquiere el instituto en el caso de las sentencias de condena, nos parece que no existe razón para no admitir su uso en las otras dos formas. A tal efecto, siguiendo el desarrollo de las categorías descritas anteriormente, nos parece atendible referirnos a la "actuación" de la sentencia, vale decir, empleamos el género a fin de evitar que el uso del concepto "ejecución" excluya otros ámbitos de aplicación de la institución estudiada.

En consecuencia, lo importante es que la decisión produzca una modificación, consolidación o eliminación de un estado o relación jurídica

Portanto, nao há execução provisória da sentença, mas execução imediata da sentença provisória". (MARANHÃO, Clayton. "Execução 'provisória'...". Op. Cit. p. 691).

[Antes que nada, aclárese que la ejecución, por alterar la realidad fáctica, nunca puede ser provisoria, aunque después las cosas deban ser restituidas a su estado anterior.

Lo que es provisoria es la sentencia recurrida solamente en el efecto devolutivo, cuya eficacia inmediatamente pasa a operar.

Por tanto, no hay ejecución provisoria de la sentencia, sino ejecución inmediata de la sentencia provisoria].

³⁷ *"Além disso, depois de muita meditação, chegamos à conclusão, contrária à doutrina dominante, que não há motivo que possa impedir, em tese, a antecipação da constituição ou da declaração puras. O problema, neste caso, não é o da possibilidade da antecipação da declaração ou da constituição, mas sim o da sua viabilidade e utilidade em face das diversas situações concretas. Desta forma, em vista deste último dado, parece que a generalização da possibilidade da antecipação da declaração e da constituição não é a solução perfeita. O ideal é deixar que normas específicas, regulando particulares situações de direito substancial, prevejam a possibilidade da sentença antecipar a declaração ou a constituição". (MARINONI, Luiz Guilherme. "Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença". Sao Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. pp. 199 y 200).*

[“Además de eso, después de mucha meditación, llegamos a la conclusión, contraria a la doctrina dominante, que no hay motivo que pueda impedir, con fundamento, la anticipación de la constitución o de la declaración puras. El problema, en este caso, no es el de la posibilidad de la anticipación de la declaración o de la constitución, pero sí el de su viabilidad y utilidad de cara a las diversas situaciones concretas. De esta forma, en vista de este último dato, parece que la generalización de la posibilidad de la anticipación de la declaración y de la constitución no es la solución perfecta. El ideal es dejar que normas específicas, regulando particulares situaciones de derecho sustancial, prevean la posibilidad de anticipar la sentencia declarativa o la constitutiva”].

en el ámbito de la realidad, es decir, que la decisión sea **actuada** en la realidad, lo que es lo mismo a afirmar que produzca efectos en ella. Si la actuación es incondicionada o condicionada resulta intrascendente, finalmente se trata del método y no del fin, éste es la realización o actuación de los derechos o intereses sometidos a la tutela procesal del Estado.

Por otro lado, si algo importa del instituto es que la actuación de la sentencia carente de firmeza ocurra de manera anticipada, es decir, tal y como si fuera una decisión firme. Lo que sí resulta de la mayor importancia es identificar el objeto de la actuación. Así, conviene precisar desde ahora que éste no es la **sentencia firme**, porque ella no requiere de un instituto particular para actuarse en tanto su actuación inmediata es una calidad inherente a ella. El objeto de la actuación inmediata es la **sentencia impugnada**.

Admitimos que puede haber una diferencia entre la sentencia que se encuentra en plazo o estado de gravamen, es decir con la posibilidad de ser impugnada, y la sentencia que ya soporta el recurso. Sin embargo, dado que estamos asumiendo que la actuación que ocurre en el instituto estudiado es idéntica a la que se presenta cuando se realiza con una sentencia firme, puede perfectamente pedirse una actuación anticipada de la sentencia con cargo a que la presentación del recurso hará definitivo el contexto jurídico de su empleo. No habrá duda de que si la impugnación no es propuesta, simplemente y sin ninguna declaración lo que se esté realizando con carácter de actuación anticipada de la sentencia impugnada, se convertirá en actuación inmediata de la sentencia firme.

La única razón para darle un tratamiento distinto a la sentencia recurrible respecto de la sentencia recurrida, desde la perspectiva de la institución en estudio, sería que el plazo para proponer el medio de gravamen fuese considerable, situación que por lo menos en el *Civil law* suele ser excepcional. Un sector de la doctrina afirma que hay una diferencia notoria entre una sentencia recurrible y una recurrida, y es que la primera es inmodificable³⁸. Nos parece que lo afirmado no alcanza a ser más que un juego de palabras en función de su tiempo verbal. Es cierto que la sentencia recurrible es inmodificable, pero por el *a quo*; como resulta evidente, el *ad quem* puede perfectamente anular o revocar y sustituir su contenido. Siendo

³⁸ “Por tanto, desde el punto de vista que tratamos en este apartado, la sentencia recurrible se diferencia de la sentencia recurrida en que no puede ser modificada”. (CABALLO ANGELATS, Lluís. Op. Cit. p. 39).

así, extender la inmodificabilidad temporal y circunstancial de una sentencia de primer grado, como sustento de una diferencia con la sentencia recurrida, nos parece exagerado.

Por todo lo expresado, nos parece que la denominación **Actuación de la sentencia impugnada** describe con precisión los alcances y límites de la institución investigada. Podría inclusive agregarse el concepto **anticipada** luego del término **Actuación**, sin embargo, nos parece redundante, en tanto el sólo hecho de que la actuación ocurra respecto de la sentencia impugnada expresa la anticipación que, además, no debe ser entendida en términos de actividad previa sino de satisfacción previa.

Instituciones afines a la actuación de la sentencia impugnada

Usando las categorías aristotélicas de 'género próximo' y 'diferencia específica', podemos decir que la institución investigada pertenece, respecto de su género próximo a la tutela de urgencia y dentro de ella a la llamada tutela anticipatoria. Desde una perspectiva procedimental, pertenece a la etapa de la actuación jurisdiccional de lo decidido. Respecto de su diferencia específica, podemos decir que se individualiza a partir de sus presupuestos, del procedimiento específico que se debe seguir para su obtención y por la calidad jurídica que tienen los efectos que produce su actuación.

- a) Se suele confundir a la actuación anticipada con la medida cautelar, sobre todo con la llamada medida cautelar coincidente o temporal sobre el fondo, en tanto esta última se caracteriza por la actuación cautelar de un acto que coinciden en sus efectos prácticos con la pretensión exigida en el proceso principal.

Sin embargo, entre ambos institutos existe una diferencia notoria. Cuando se propone una demanda, esto es, cuando se inicia un proceso, se **afirma** un derecho. Si durante el proceso, junto con su inicio o antes de él, se pide una medida cautelar, se está expresando que el derecho que se tiene es **aparente**. Finalmente, si la demanda es amparada, el derecho **afirmado** y que además se le acreditó **apariencia**, habrá resultado **cierto**. Una medida cautelar se sustenta en una **apariencia de derecho** y, en tal calidad, jamás adquirirá certeza, en tanto ésta sólo se obtiene en el proceso principal, en la hipótesis de que la demanda sea declarada fundada. En cambio la actuación anticipada de la sentencia no está sometida a ninguna

condición, se hace efectiva tal y como si la demanda fuese firme; por tanto, en este caso no hay **apariencia** sino **certeza**.

Una diferencia que es determinante está referida al carácter satisfactivo –en los términos desarrollados al identificar las categorías al inicio de la presente investigación– de la actuación anticipada de la sentencia, respecto de la calidad instrumental y, por tanto, no satisfactiva de la medida cautelar³⁹.

b) La ejecución parcial de la sentencia impugnada puede parecerse más al instituto investigado, aunque conserva rasgos diferenciados muy evidentes. Así, se trata de la actuación parcial de la sentencia impugnada, pero precisamente respecto de aquel ámbito en que no fue recurrida. Como se sabe, la impugnación y muy especialmente el recurso de apelación, se somete a la máxima *tantum appellatum, quantum devolutum*.

Esto significa que, por lo menos en su aspecto negativo, el órgano *ad quem* no puede pronunciarse sobre aquello que no fue propuesto por el impugnante como materia del grado. Esto es, por el llamado principio de limitación de la impugnación, el juez *ad quem* puede resolver aquello que el impugnante propuso como materia que le produce agravio y que, además, contiene error. Esto nos lleva a la conclusión de que aquellos extremos de la decisión que no fueron impugnados han quedado firmes y si, además, son perfectamente escindibles de los extremos de la impugnación, pueden ser actuados.

Sistemas de regulación de la actuación de la sentencia impugnada

La manera cómo se prescribe en los ordenamientos procesales la institución estudiada es variada. Sin embargo, en ánimo de consolidar algunas alternativas desarrollamos las tres más conocidas.

³⁹ “Así, tal y como ya se deduce de lo expuesto, mientras que la naturaleza y función de la ejecución provisional es la propia de la ejecución ordinaria, es decir, **esencialmente satisfactiva** para el ejecutante dentro de los límites de la ejecución misma, la naturaleza de la medida cautelar es simplemente de tutela, **de aseguramiento o garantía**, no pudiendo llegarse en la adopción de la misma hasta penetrar en la propia esfera jurídica del perjudicado por la medida, **a través de institutos tales como el embargo y la enajenación forzosa**”. (PÉREZ GORDO, Adolfo. “La ejecución provisional en el proceso civil”. Barcelona: Bosch. 1973. p. 42).

a) **El sistema *ope legis*.** Como su nombre lo indica, se trata de ordenamientos en los que se regula la institución de manera puntual y específica. Inclusive en atención a su incorporación como si fuera un elemento inserto naturalmente en su sistema, no se le exigé a quien peticiona la actuación anticipada el otorgamiento de garantía para la hipótesis en que el órgano "*ad quem*" revocara o anulara la sentencia ya actuada. Asimismo, en este sistema la decisión de conceder la actuación es inimpugnable. Un ejemplo es el previsto en el Art. 566 del Código Procesal Civil peruano⁴⁰.

Nótese que si bien en este sistema la decisión de emplear o no el instituto está a cargo del litigante vencedor, como también expresamos, esta decisión depende de la enumeración taxativa (positiva o negativa) que prescribe la norma, por lo que aquí la actuación del juez es puramente formal. Y esto se debe, nos parece, a que el legislador anticipa y reconoce los casos en los que la demora en la tramitación del segundo grado va a producir agravio irreparable, razón por la cual concede la actuación anticipada de la sentencia sin condiciones ni límites.

Un legislador conocedor y preocupado por priorizar la actuación jurisdiccional en aquellos casos en donde, en atención a la jerarquía de valores de la sociedad civil, es indispensable otorgar una tutela satisfactoria rápida, puede convertir a la institución investigada en un excelente instrumento de la tutela procesal efectiva⁴¹.

b) **El sistema *ope iudicis*.** Los ordenamientos que asumen este sistema, a diferencia del anterior no regulan con detalle el instituto sino, más bien, conceden al juez criterios para concederlo. En algunos casos estos criterios son lo suficientemente **abiertos** como

⁴⁰ "Art. 566. Ejecución anticipada.- La pensión de alimentos que fije la sentencia debe pagarse por período adelantado y se ejecuta aunque haya apelación. En este caso, se formará cuaderno separado. Si la sentencia de vista modifica el monto, se dispondrá el pago de éste.

Si el pago se hace por consignación, se hará entrega inmediata al acreedor sin trámite alguno. No son de aplicación los artículos 802 al 816".

⁴¹ "Esta prioridad puede venir justificada por la urgencia de la situación particular tutelada por la resolución (alimentos provisionales); o por la valoración que del mismo se efectúa en abstracto en el marco del modelo de Estado diseñado por la Constitución". (CABALLO ANGELATS, Lluís. Op. Cit. p. 167).

para permitirle al juez un mayor ámbito de decisión respecto de su concesión. En estos casos, es el juez⁴² el que por medio de un juicio de alta probabilidad evalúa la pertinencia del pedido, la consistencia de la sentencia que expidió, la presencia de peligro en la demora y, también, su percepción de lo justo.

En ordenamientos con criterio **cerrado**, es el mismo enunciado normativo el que precisa con detalle los casos en que el instituto procede e inclusive los requisitos para que ello ocurra. Nos referimos a la regulación de aspectos tales como la exigencia de garantía al peticionante, la impugnabilidad de la resolución que concede el instituto, los petitorios respecto de los cuales éste puede o no ser empleado, la posibilidad de que la propuesta de garantía esté a cargo de quien va a soportar la actuación inmediata y no de quien la solicita.

c) El sistema mixto. En este caso los ordenamientos utilizan como principio la técnica *ope legis*, por tanto la ley regula el instituto y las prescripciones para su empleo. Sin embargo, la misma disposición legal prevé hipótesis específicas en donde se concede facultad impugnatoria a la parte vencida, o exigencias de garantía sea al peticionante o al que va a ser afectado por la actuación de la sentencia.

Lo más importante de este sistema es que permite al juez graduar el empleo del instituto, atendiendo a las particulares situaciones que presenta el objeto de la pretensión, su urgencia, el impacto social de su retraso o de su anticipación. En tanto se trata de un decisorio debidamente motivado, el reclamo de un juez creador y consecuente con la política social de su tiempo –

⁴² “(...); en todas el juez **puede** (no debe) acordar la ejecución provisoria. Esto se suele expresar diciendo que la ejecución provisoria es **facultativa**; pero nosotros preferimos no servirnos de esta expresión, que puede ocultar un error o engendrarlo, esto es, la opinión de que el juez sea **libre** de acordar o no la ejecución provisoria, mientras la verdad es solamente que el ordenamiento jurídico, en éste como en otros casos, utiliza para completar la ley la energía intelectual del juez, confiando a éste no sólo declarar existentes los hechos previstos por la ley como condición de la propia voluntad, que es su cometido ordinario, sino también declarar a cuáles hechos, no indicados por la ley ni siquiera por grandes categorías, debe conectarse un determinado efecto jurídico; la declaración, en ambos casos, obliga la voluntad del juez”. (CHIOVENDA, Giuseppe. “Ensayos ...”. Op. Cit. p. 79).

como proponía Calamandrei⁴³– se plasma en instituciones y sistemas como los que ahora describimos.

La actuación de la sentencia impugnada en la legislación comparada

Italia. Es un caso singular el italiano, en tanto se acogió la institución desde el Código derogado de 1865 (Arts. 363-365). El vigente (1942) mantenía la tendencia del anterior en el sentido de regular casos de actuación anticipada y también algunas hipótesis en las que ésta podía ser otorgada por el juez en decisión motivada, luego de presentado el recurso de apelación. Sin embargo, luego de las reformas introducidas por la Ley 353 de 1990, entre las cuales estuvo la supresión del efecto suspensivo del recurso de apelación, la excepcionalidad del instituto regulado en el artículo 282⁴⁴ se convirtió en regla, en tanto la misma ley autoriza la actuación anticipada de la sentencia de primer grado. Se trata, en consecuencia, de una actuación *ope legis*⁴⁵.

Francia. Los artículos 514 al 526 del Código respectivo, regulan actualmente la institución. Según esta normativa la actuación anticipada puede ser promovida en base a la previsión legal establecida para algunos casos; en otras corresponde ser pedida por el interesado e, inclusive, determinada de oficio si el juez la considerara necesaria y careciese de prohibición legal. Asimismo, la parte vencida podrá impedir la ejecución

⁴³ “Es cierto, por tanto, que en todos estos casos el juez no extrae su decisión de normas preconstituidas, sino de su inmediato sentimiento, de su sentimiento de hombre político que vive en sociedad, y que participa en la dinámica de aspiraciones económicas y morales, de apetitos y repugnancias, y hasta de ‘mitos’, y de todo aquello que pueda denominarse, de manera comprensiva, corrientes ‘políticas’ de su tiempo.” (CALAMANDREI, Piero. “Proceso y Democracia”. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1960. pp. 66 y 67).

⁴⁴ “282. **Esecuzione provvisoria.** La sentenza di primo grado é provvisoriamente esecutiva tra le parti.”

[“282. **Ejecución provisoria.** La sentencia de primer grado es provisionalmente ejecutiva entre las partes”].

⁴⁵ “(...) la scelta infavore della provvisoria esecutività *ex lege* della sentenza di primo grado costituisce indubbiamente uno dei più rilevanti interventi innovatori del legislatore della riforma”. (LASAGNO, Bruno. “Esecuzione provvisoria”. En: “Le riforme del processo civile”. Bologna: Zanichelli. 1992. p. 337).

[“(...) la elección a favor de la ejecutoriedad provisoria *ex lege* de la sentencia de primer grado, constituye indudablemente uno de las más relevantes intervenciones innovadoras del legislador de la reforma].

provisoria si ofrece garantía suficiente; esta opción no se da en casos de alimentos o de reparación indemnizatoria.

La regulación francesa debe ser la única en donde se prevé la actuación de oficio del instituto.

Uruguay. La ejecución provisoria –como se le llama– se presta a pedido de parte y otorgando, ésta, garantía por las pérdidas y daños que podría causar una revocatoria a la parte perdedora. En un principio el Código⁴⁶ le concedía al juez la facultad de conceder o no la ejecución provisoria atendiendo a la existencia o no de peligro de frustración; sin embargo, la Ley No. 16699 que modificó algunos aspectos del Código General de Proceso de 1989, eliminó este requisito (segundo párrafo del Art. 260.1). Asimismo, la norma le concede al vencido el derecho de oponerse si acredita que la ejecución le producirá perjuicios difíciles de ser reparados, siempre, además, que otorgue garantía.

⁴⁶ “Art. 260. Ejecución provisional.

260.1. Cuando se recurriere una sentencia definitiva de condena el vencedor podrá solicitar la ejecución provisional dentro del plazo de seis días a contar del siguiente a su notificación, prestando garantía suficiente para responder, en su caso, por todos los gastos judiciales y daños y perjuicios que pudiere ocasionar a la parte contraria.

El tribunal concederá dicha ejecución provisional siempre que, a su juicio, y por las circunstancias del caso o la información sumaria que podrá requerir, exista peligro de frustración del derecho reconocido, derivado de la demora en la tramitación de la segunda instancia.

260.2. Será competente para la ejecución provisional de la sentencia, el tribunal ante el cual se siguió la primera instancia del proceso.

La petición de ejecución provisional puede hacerse en el mismo expediente o mediante presentación de un testimonio de la sentencia.

Si se formulase en el mismo expediente, se formará de inmediato pieza separada y se continuarán en esa pieza los procedimientos.

Si se formulase mediante presentación de testimonio, se seguirán a continuación de éste los procedimientos.

260.3. La contraparte podrá solicitar la suspensión de la ejecución provisional por causarle perjuicio grave, de difícil reparación; circunstancia que el tribunal apreciará discrecionalmente. Si estimare que existe esa posibilidad, exigirá al condenado que preste garantía bastante para asegurar, en todo caso, lo que ha de ser objeto de la ejecución más los intereses, costas y costos que el posterior trámite del recurso pueda irrogar.

260.4. En lugar de la ejecución provisional, podrán adoptarse medidas cautelares, si la parte interesada así lo solicitare, sin más exigencia que la prestación de garantía suficiente para responder, en su caso, por todos los daños y perjuicios y gastos judiciales que la medida pudiera irrogar a la parte recurrente, si se revocara la sentencia; según las circunstancias del caso, podrá el tribunal eximir al peticionario de la prestación de contracautela”.

Se ha suscitado una polémica en torno a la pertinencia del Art. 375.4. Se considera que la cobertura que tal norma⁴⁷ concede a los terceros de buena fe que adquieren el bien en actuación anticipada de una sentencia que luego es revocada o casada resulta inadecuada, fundamentalmente porque no es posible afirmar que quien adquiere un bien en una subasta producto de una 'ejecución provisional' lo hace de buena fe, en tanto conoce el carácter aleatorio del acto en que participa⁴⁸. Disentimos de tan enterada opinión, nos parece que la norma comentada es plenamente consecuente con el fin del instituto investigado, vale decir, si éste tiene una vocación satisfactiva, ésta tiene que expresarse en sus efectos y hasta donde sea posible.

Por otro lado, la buena o la mala fe no mantienen carriles lógicos con la ignorancia o el conocimiento de un hecho, no necesariamente por lo menos. Es decir, la buena fe no puede definirse como la ignorancia de un hecho y la mala fe como su conocimiento. En realidad, quien va a una subasta surgida de una 'ejecución provisional', por lo menos en Uruguay, no sólo conoce esta situación especial, sino también que hay una norma (la que es materia de polémica) que le garantiza la irreversibilidad de su adquisición; y es precisamente este segundo dato el que torna evidente la buena fe de su actuación. Con la norma vigente la preocupación de que el postor entre a especular con un precio ínfimo queda descartada, en tanto su adquisición deberá ocurrir a valores reales en tanto tendrá la solidez que el sistema procesal le garantiza.

Una eventual derogación de la norma acarrearía, en nuestra opinión, todos los problemas que se desarrollan más adelante al tratar el caso brasileño, una 'ejecución' sin 'ejecución', o sea, contar con una institución sólo nominal, dado que en la práctica es absolutamente ajena a lo que anuncia.

⁴⁷ "Art. 375- Ejecución provisoria y ejecución definitiva.-

(...)

375.4 En ningún caso la revocación y la casación podrán perjudicar a terceros de buena fe ni determinar la anulación de los actos o contratos celebrados con el dueño aparente de los bienes.

(...)"

⁴⁸ "El tercero que en materia de inmuebles, automóviles, etc. jamás podrá alegar buena fe —esto es, ignorancia de que la ejecución es provisional y, por tanto, sometida a condición resolutoria— pujará en el remate y, en definitiva, adquirirá el bien objeto de la ejecución, siempre que el precio resulte una ganga que le permita correr el albur de que la sentencia de primera instancia sea confirmada o la de segunda no resulte casada". (TARIGO, Enrique E. "Algo más sobre la ejecución provisional de la sentencia sometida a recurso y los terceros de buena fe". En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal. No. 3/99. pp. 365 y 366. Montevideo: Fondo de Cultura Unversitaria. 1999).

España. La antigua Ley de Enjuiciamientos Civiles de 1881 regulaba⁴⁹ la “ejecución provisional” a pedido de parte, luego de admitido el recurso de apelación, prestando garantía (fianza o aval bancario) y en dos casos: en aquellos en que se ordena el pago de una cantidad líquida o cuya liquidación ocurra en base a elementales cálculos aritméticos, o en aquellos en los que el juez considere que no se va a producir irreparabilidad. Además, se regulaba puntualmente los casos en los que la ejecución provisional no procedía (sentencias sobre paternidad, maternidad, filiación, divorcio, capacidad, estado civil o derechos honoríficos).

La Ley No. 1/2000, vigente desde enero de 2001 y por tanto derogatoria de la antes citada, plantea modificaciones sustanciales al sistema anterior y provee al instituto de una regulación profusa (Arts. 524 al 537). Se prescribe que la ‘ejecución provisional’ se “solicitará por demanda”. Por cierto, se trata de una terminología impropia, en tanto la solicitud es un concepto que se emplea con mayor propiedad en los procedimientos no contenciosos, y si bien la palabra ‘demanda’ expresa genéricamente una petición, bien se haría dentro de nuestra disciplina – y más aún dentro de una normativa– evitar el uso multívoco de algunos enunciados. Si, por ejemplo, se redujera el uso del concepto ‘demanda’ para aquellos casos en los que se ejercita el derecho de acción dando lugar al inicio del proceso y nada más, el significado del enunciado sería preciso y el mensaje ganaría en calidad.

Por otro lado, se reduce el ámbito de aplicación del instituto a las sentencias de condena, probablemente asumiendo la tesis de que sólo éstas tienen ejecución. También se lista las sentencias que no son susceptibles de ejecución provisional. Se concede recurso de apelación contra el auto que deniega la ejecución, pero no contra el que lo concede. Procede oposición contra la ejecución provisional si no se respetan los trámites para su obtención o si se acredita que la reparación, en caso la sentencia fuese revocada, deviene en imposible o sería de extrema dificultad. Finalmente se regula, en nuestra opinión con propiedad, el trámite

⁴⁹ “Art. 385. Las resoluciones a que se refiere el artículo anterior que hubiesen sido objeto de recurso de apelación, podrán no obstante ser ejecutadas provisionalmente cuando condenen al pago de una cantidad líquida o cuya liquidación pueda efectuarse por simples operaciones numéricas a tenor de lo dispuesto en el fallo.

Las sentencias de objeto o naturaleza diferente serán susceptibles de la misma medida únicamente si el Juez estima que el perjuicio que pudiera irrogarse con su ejecución no sería irreparable”.

en el caso de que se produzca una revocación de la sentencia ejecutada. Asimismo, se regula separadamente la ejecución provisional de la sentencia dictada en segunda instancia.

Brasil. En este ordenamiento se regula como principio el efecto suspensivo del recurso de apelación con que se ataca la sentencia, aunque se establece por excepción los casos en los que la apelación no tendrá efecto suspensivo⁵⁰. Por cierto, en estos casos procede la actuación inmediata de la jurisdicción, sin necesidad de que se realice trámite alguno, aunque tal situación no constituya la institución materia de estudio, aunque así se le llame.

La institución investigada recibe el nombre de 'ejecución provisoria' y la norma que la contiene regula algunas situaciones con cierto detalle⁵¹, aun cuando deja pendientes muchas áreas que la jurisprudencia se ha encargado de llenar. Sin embargo, lo relevante es lo que ya se advirtió, esto es, que no cumple con el fin natural de la actuación de la sentencia impugnada: **la producción anticipada de satisfacción**⁵².

⁵⁰ "Art. 520. La apelación será recibida en efecto devolutivo y suspensivo. Será recibida sólo en efecto devolutivo cuando es interpuesta contra sentencia que:

- I. homologa la división o la demarcación;
- II. condena a prestación de alimentos;
- III. resuelve la liquidación de la sentencia;
- IV. decide el proceso cautelar;
- V. rechaza liminarmente embargos a la ejecución o los resuelve como improcedentes;
- VI. resuelve procedente el pedido de arbitraje.

Art. 521. Recibida la apelación en ambos efectos, el juez no podrá innovar en el proceso; recibida sólo en el efecto devolutivo, el apelado podrá promover, desde luego, la ejecución provisoria de la sentencia, extrayendo la respectiva acreditación".

⁵¹ "Art. 588. La ejecución provisoria de la sentencia se hará del mismo modo que la definitiva, observando los siguientes principios:

- I. corre por cuenta y responsabilidad del acreedor, quien prestará caución obligándose a reparar los daños causados al deudor;
- II. no alcanza a los actos que importen transferencia de dominio, ni permite, sin caución idónea, la entrega de depósitos en dinero;
- III. queda sin efecto si sobreviene sentencia que modifique o anule la que fue objeto de ejecución, restituyéndose las cosas al estado anterior.

Parágrafo único. En el caso del inciso III, si la sentencia provisoriamente ejecutada fuera modificada o anulada en parte, solamente en esa parte quedará sin efecto la ejecución".

⁵² "Mas a execução 'provisória', delineada pelo art. 588 (II y III) do Código de Processo Civil, não é uma verdadeira e própria execução, tampouco um instrumento capaz de conduzir á satisfação

Se puede advertir que sólo está reservada para las sentencias de condena y para los casos (del Art. 520) en los que se concede la apelación sin efecto suspensivo. Con esto último y como ya se dijo, la institución regulada no es en estricto la que es materia de investigación, sino que más bien se trata de una ampliación del uso del concesorio de la apelación sin efecto suspensivo (o devolutivo como lo prefiere el legislador brasileiro) al ámbito de las sentencias, si tomamos en cuenta que históricamente, este efecto del recurso de apelación surgió para ser usado respecto de los autos interlocutorios.

Se prevé que se concede a pedido y bajo responsabilidad del "acreedor" (que deberá entenderse el demandante en una sentencia de condena), quien deberá prestar caución por los daños que pueda irrogar la actuación de la sentencia. Está prohibida respecto de actuaciones referidas a la transferencia de dominio o que impliquen disposición de dinero depositado. Esto último

compulsória do direito tutelado. Trata-se mais de um instrumento idóneo a preparar a execução futura com algumas medidas de caráter prodrômico; e ainda que, em decorrência de tais medidas de caráter prodrômico, a futura satisfação do direito se torne mais fácil e mais favorável, fica-se, de qualquer modo, muito longe de uma efetiva satisfação". (RICCI, Edoardo F. "A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano". En: GENESIS-Revista de Direito Processual Civil. Año II. No. 6. p. 701. Curitiba: Genesis. 1997).

[Pero la ejecución provisoria, delineada por el Art. 588 (II y III) del Código de Proceso Civil, no es una verdadera y propia ejecución, tampoco un instrumento capaz de conducir a la satisfacción compulsoria del derecho tutelado. Se trata más bien de un instrumento idóneo para preparar la ejecución futura con algunas medidas de carácter introductorio y aunque, como consecuencia de tales medidas de carácter introductorio, la futura satisfacción del derecho se torne más fácil y favorable, se queda, de cualquier modo, muy lejos de una efectiva satisfacción].

"Além de outras dificuldades que esses provimentos terão de enfrentar, anda acresce que a principal forma de atividade executória, que é a execução por quantia certa, não permite que se antecipe absolutamente nada em termos de efeito concreto executivo, posto que, como se sabe, nossa execução provisória não admite jamais o ato final executivo (expropriativo). O art. 273, No. 3º, foi expreso na advertência de que a execução do provimento antecipatório será sempre provisória, de modo que o que se antecipa não passará de simples promessa de efeito executivo, que a futura sentença de mérito poderá depois confirmar". (BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. "Antecipação de tutela (duas perspectivas de análise)". En: GENESIS-Revista de Direito Processual Civil. Año II. No. 5. p. 404. Curitiba: Genesis. 1997).

[Además de otras dificultades que tales resoluciones tendrán que enfrentar, debe agregarse que la principal forma de actividad ejecutoria, que es la ejecución sobre cuantía cierta, no permite que se antecipe absolutamente nada en términos de efecto concreto ejecutivo, puesto que, como se sabe, nuestra ejecución provisoria no admite jamás el acto final ejecutivo (expropiativo). El Art. 273, No. 3º, es expreso en la advertencia de que la ejecución de la resolución anticipatoria será siempre provisoria, de modo que lo que se antecipa no pasará de simple promesa de efecto ejecutivo, que la futura sentencia de mérito podrá después confirmar"].

recibe el nombre de ejecución incompleta, en tanto, sólo conlleva una suerte de aseguramiento del resultado final y no una ejecución propiamente dicha, y es cuestionada por la doctrina brasileña⁵³.

Sin embargo, según describe Moniz de Aragao, la institución hay que comprenderla en el Brasil bajo el importante influjo de la jurisprudencia⁵⁴.

⁵³ “O inciso II, do art. 588, quando na execução provisória (rectius: imediata) limita os atos de execução que importem alienação do domínio (ou condiciona o levantamento de quantia em dinheiro à prévia prestação de caução, *tout court*), na realidade reflete a opção do legislador de 1973 pela execução incompleta, porque os atos executivos não realizam o direito do credor, apenas asseguram-no através da penhora.

Para que possamos proporcionar maior efetividade ao processo, fundamental é a reforma do texto citado para que se torne permissível, de *iure condendo*, como regra, a execução imediata completa, vale dizer, comportando inclusive atos de execução que importem alienação do domínio (deixando a prestação de caução para cada caso concreto).” (MARANHÃO, Clayton. “Execução ‘provisória’ ...”. Op. Cit. p. 691).

[El inciso II del Art. 588, cuando limita los actos de ejecución que importen transferencia de dominio (o condiciona la entrega de cantidad de dinero a la previa prestación de caución, *tout court*) en la ejecución provisoria, en realidad refleja la opción del legislador de 1973 por la ejecución incompleta, porque los actos ejecutivos no realizan el derecho del acreedor, sino apenas lo aseguran por medio del embargo.

Para que podamos proporcionar mayor efectividad al proceso, es fundamental la reforma del texto citado a fin de que se torne permisible, de *iure condendo*, como regla, la ejecución inmediata completa, es decir, aquella que permita inclusive actos de ejecución que importen transferencia de dominio (dejando la prestación de caución para cada caso concreto)].

⁵⁴ “Pero el sistema adoptado por el Código convive con la praxis que penetró en la jurisprudencia, de la cual resultó que los tribunales, indirectamente, en medidas de naturaleza cautelar, pasaron a atribuir efecto suspensivo a recursos que le son dirigidos en casos en los cuales, por ley, ellos no lo tienen. El sistema, por tanto, sólo puede ser adecuadamente comprendido si es analizado en la ley y en la jurisprudencia.

Bajo tres aspectos distintos es posible examinar la intervención de los tribunales en la ecuación del problema de la ejecución provisoria. Dos de ellos, como se verá, corresponden a creaciones pretorianas; el tercero transcurre por las normas legales.

Luego que el Código entró en vigor, se instaló la práctica de utilizar el procedimiento del mandato de seguridad no sólo como remedio contra la ilegalidad o abusos del poder, sino también como vehículo para discutir, directamente en segundo grado, una medida cautelar innominada con el propósito de, por su intermedio, obtener pronunciamiento con anticipación liminar, que determine la sustanciación del cumplimiento de decisiones sujetas a agravio (que no tienen efecto suspensivo) y de sentencias sujetas a apelación, éstas, naturalmente, en caso de ausencia de efecto suspensivo. Como el mandato de seguridad contra acto de los jueces de primer grado es de competencia originaria de los tribunales de segundo grado y permite la pronta expedición de medidas liminares cautelares, los litigantes lograron encontrar salida para situaciones en las cuales el cumplimiento de la sentencia sujeta a recurso, aunque originada en una ejecución apenas provisoria, podría causarles daño irreparable”. (MONIZ DE ARAGAO, Egas Dirceu. “Novas tendências da execução provisória”. En: Revista de Processo. Op. Cit. p. 59).

Nota. La traducción ha sido hecha por el articulista sin responsabilidad del autor.

Lo singular de la experiencia brasileña es que tienen un tratamiento profuso de la llamada Tutela Anticipatoria, referida por cierto la decisión de mérito, a pesar de la cual, una de sus expresiones más destacadas, la llamada 'ejecución provisional' se encuentra sujeta por limitaciones tan severas que terminan marginándola⁵⁵.

Fines de la actuación de la sentencia impugnada

La doctrina suele citar una variada gama de fines (aunque a veces les llama funciones y otros fundamentos) que sostienen la necesidad de contar con la actuación de la sentencia impugnada. Podría considerarse exagerado el reconocimiento de tantos beneficios a la institución; sin embargo, nos parece que se trata de un instrumento excelente para reivindicar la trascendencia de la tutela jurisdiccional efectiva en la sociedad contemporánea⁵⁶.

Si bien es un fenómeno universal el de la llamada crisis de la justicia, nos parece que una apreciación cuidadosa del instituto y, posteriormente, una adecuación puntual de ésta de cara a las falencias de un sistema en particular, puede coadyuvar a revitalizar la función social de la jurisdicción, olvidada a veces, encubierta otras por una necesidad de escamotear la profunda importancia social y política de la jurisdicción.

De cualquier manera, lo que no deja duda es que se trata de una institución muy peculiar, en tanto está rompiendo la manifestación de un principio lógico como es el de coherencia de la jurisdicción, desde que se

⁵⁵ *"Na verdade, um sistema que trabalha com a possibilidade de antecipação dos efeitos da sentença, ao menos nos casos em que a tutela antecipatória é admitida, é, no mínimo, contraditório."* (MARINONI, Luiz Guilherme. "Tutela Antecipatoria, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da sentença". Sao Paulo: Revista dos Tribunais. p. 1998).

[En verdad, un sistema que trabaja con la posibilidad de anticipación de los efectos de la sentencia de mérito y que no admite la ejecución inmediata de la sentencia, por lo menos en los casos en que la tutela anticipatoria es admitida, es, como mínimo, un sistema contradictorio].

⁵⁶ *"(...) il potenziamento dell'esecutorietà provvisoria può essere assai utile nel perseguimento di quei fini di attuazione effettiva del precetto costituzionale del diritto di azione, che un moderno processo deve perseguire."* (CARPI, Federico. "La provvisoria esecutorietà della sentenza". Milano: Giuffrè. 1979. p. 147).

[(...) el potenciamiento de la provisoriedad ejecutoria puede ser muy útil en la obtención de aquellos fines de actuación efectiva del precepto constitucional del derecho de acción, que un proceso moderno debe perseguir⁵⁷].

empieza a actuar una decisión que la misma jurisdicción la ha sometido a una revisión suspensiva.

Describimos a continuación algunos fines de la institución, a fin de apreciar los resultados que pueden obtenerse de concretarse una incorporación que sea compatible con las necesidades del sistema de justicia en el que se inserta.

- a) **Evitar que se produzcan agravios irreparables.** Si bien lo que vamos a expresar no es un tema que sea de aceptación pacífica en la doctrina, nos parece trascendente destacar que la celeridad procesal no es un valor o un principio en sí misma. Es decir, considerar a la celeridad un valor o un principio, importaría afirmar que cualquier corte de plazos o de actuaciones procesales –sean imprescindibles o no– deben ser reconocidas *a priori* como beneficiosas, y ello no es correcto.

Si bien la duración irrazonable de los procesos se ha convertido en una de las expresiones más perniciosas del sistema de justicia, la alternativa a ella pasa por encontrar instituciones que, sin afectar los derechos fundamentales de las partes, provean al sistema de tutelas alternativas y variadas en función a la calidad particular del derecho material discutido. Los derechos, en definitiva, deben ser reconocidos en un proceso que corresponda a su esencia y rasgos, es decir, que su duración sea lógica, que no acabe antes ni después.

En este contexto resulta necesario recordar que la segunda mitad del siglo XX ha estado signada por la irrupción de una variedad de derechos de una gran trascendencia social y que, a su vez, se caracterizan por ser infungibles –es decir, irremplazables o inconvertibles a un género, como el dinero– y además temporales. Estos derechos reclaman una tutela urgente, la actuación inmediata de la sentencia se afina en la amplia cobertura conformada por los distintos instrumentos procesales que conforman la llamada tutela de urgencia.

Hay derechos que exigen una actuación anticipada en tanto su duración no es compatible con la cadencia trágica e inexorable de los procesos tradicionales; de hecho son muchos los nuevos derechos –de gran trascendencia social– cuya duración es menor

que la de un proceso de conocimiento. Entonces, aquí la alternativa discurre entre detenerse a contemplar lo irremediable (que el derecho sea burlado por la duración del proceso) o emplear instituciones como la estudiada.

Desde nuestra perspectiva, nos parece de la mayor trascendencia prever que bien podemos estar ante un proceso con sentencia impugnada que contiene una pretensión que es perentoria y, además, infungible (irremplazable), como por ejemplo una decisión sobre el daño a un bien ecológico; u otra que contenga una pretensión que, ubicada en su contexto social, torna indispensable su actuación, como sería el caso de la fijación de una pensión alimenticia para una madre abandonada o el pago de beneficios sociales al trabajador⁵⁷. Es en ese espectro en el que debe entenderse el valioso aporte de la institución, esto es, evitando reducir su trascendencia a la rapidez con que se actúe por medio de su empleo⁵⁸.

La manera cómo describimos algunos ejemplos posibilitan concebir que detrás de la institución estudiada está también el **Peligro en la demora**. Se trata de una afirmación correcta siempre que no se considere que éste es el fundamento de la institución. El Peligro en la demora puede perfectamente coadyuvar a justificar el uso del instituto, pero no es suficiente en forma aislada. Además, la presencia de éste justifica la posibilidad de emplear más de un instituto distinto del estudiado, como por ejemplo la

⁵⁷ “La actuación del poder jurisdiccional del Estado sería muy coherente pero completamente inútil, en aquellos procesos en el que el objeto discutido es perentorio y no admite dilaciones. (...) En otras ocasiones no ha sido la naturaleza del objeto o de la pretensión la que ha exigido una matización de ese principio de coherencia, sino el contexto social en el que se da la relación jurídica debatida, que hace que una tutela judicial tardía sea inútil.(...)”. (CABALLOL ANGELATS, Lluís. Op. Cit. pp. 30 y 31).

⁵⁸ “El principio de celeridad está pensado en la dimensión de la rapidez misma del procedimiento, y en la ejecutividad inmediata de las resoluciones judiciales. No obstante, por esas cosas inevitables del “acostumbramiento” forense, la lentitud supera el dogma pensado, y las demoras son palmarias y evidentes para constituir un tema recurrente en la participación del jurista.

(...)

Con la ejecución provisoria de la sentencia se pretende revalorizar la celeridad del proceso permitiendo forzar el cumplimiento inmediato de una sentencia que no se encuentra firme”. (GOZAINI, Osvaldo A. Op. Cit., pp. 82 y 91).

medida cautelar. En consecuencia, no nos parece adecuado considerar que la presencia de Peligro en la demora, determine la necesidad de la actuación anticipada de la sentencia impugnada.

b) Finalidad preventiva. Una mal entendida fundamentación constitucional de la materia impugnatoria, ha generado la idea equivocada de que la secuencia de dos grados en un proceso constituye un acto inexorable y, por tanto, un "derecho fundamental" del que no puede ser privado ningún justiciable. Los grados del proceso no son una necesidad, sino una oportunidad que tiene un litigante para someter una decisión que le es perjudicial a un examen definitivo por un juez de grado superior.

Precisamente la idea equivocada antes descrita, ha determinado que en los procesos civiles se haya consolidado un uso malicioso de los medios impugnatorios, consistente en el uso masivo de estos con el propósito de obtener un provecho temporal pero indebido de su efecto suspensivo, con prescindencia del nuevo examen que, entonces, se convierte en un pretexto⁵⁹.

La actuación de la sentencia impugnada ataca frontalmente este clásico e inveterado problema del uso malicioso de los medios impugnatorios, en tanto permite la actuación de la decisión de primer grado, sin perjudicar el derecho del impugnante a que la decisión sea revisada atendiendo a los términos de su propuesta impugnatoria. Así, bien podría ser que se acredite que la conducta del perdedor ha sido ostensiblemente dilatoria durante la tramitación en primer grado. En tal situación, podría tornarse esencial poner fin a una conducta marginal respecto de los principios (buena fe, probidad y lealtad procesales) que orientan la tutela procesal⁶⁰.

⁵⁹ "Mediante la ejecución provisional se pretende evitar la utilización fraudulenta del sistema de recursos, es decir, que la parte condenada por una resolución no la impugne con el mero propósito de servirse del efecto suspensivo del recurso, para dilatar en el tiempo el disfrute del derecho que según la sentencia corresponde al acreedor". (CABALLO ANGELATS, Lluís. Op. Cit. p. 78).

⁶⁰ "Por otro lado, ese deseo de coherencia ha visto burlada sus aspiraciones cuando las partes condenadas se han refugiado en él para, interponiendo un recurso, dilatar al máximo posible el incumplimiento de las obligaciones que la resolución recurrida les imponía". (Ibidem. p. 31).

En una perspectiva más integral, una institución como la estudiada cumple un rol preventivo respecto de la conducta pre-procesal de los justiciables, en tanto tenderá a evitar procesos y defensas vanas sobre derechos muy definidos que van a tener una actuación (efectividad) mucho más cercana en el tiempo que lo que ahora viene ocurriendo⁶¹.

- c) **Tempestividad de la actuación de la sentencia impugnada ante la probabilidad objetiva de que sea confirmada.** Tanto el juez de primer grado como el litigante vencedor están en condiciones inmejorables de evaluar el grado de contundencia o solidez jurídica que tiene la sentencia expedida. Tal análisis, proyectado al futuro, equivale también a evaluar las posibilidades de revocación de la sentencia de primer grado⁶². Desde esta perspectiva, la actuación de la sentencia impugnada es una facultad procesal concedida al litigante vencedor pero, en ningún caso, una carga (imperativo de su propio interés) o un deber procesal de éste. Por lo demás, difícilmente puede haber una persona mejor preparada que él para poder discernir en torno al grado de certeza y fundabilidad que

⁶¹ “A regra de executividade provisória não servirá somente para garantir o acesso à Justiça e a efetividade do processo àquele que pede a tutela jurisdicional: prestar-se-a, também, à prevenção de futuros litígios, já que o simples fato de a sentença jurisdicional de primeiro grau dever necessariamente ser cumprida de pronto poderá importar na diminuição das pretensões resistidas”. (LEITAO TEIXEIRA DE FREITAS, Cristina. “Execução provisória ...”. Op. Cit. p. 698).

[La regla de la ejecución provisoria no servirá solamente para garantizar el acceso a la Justicia y la efectividad del proceso a aquel que pide la tutela jurisdiccional: se prestará también para la prevención de futuros litigios, ya que el hecho de que la sentencia de primer grado debe ser cumplida, podrá importar una disminución de las pretensiones resistidas”].

⁶² “Diremos más bien que los mismos son ‘tales hechos para los cuales aparezca sumamente improbable una utilización AFORTUNADA del segundo grado de jurisdicción por parte del vencido’; debilitándose el nexo entre los dos grados de jurisdicción, coordinados, en la idea de la ley, para el completo conocimiento de las causas (y concurriendo alguno de los otros presupuestos de la ejecución provisoria) se atenúa también el efecto suspensivo del segundo grado. Es éste el presupuesto general de la ejecución provisoria; toda cláusula provisional lleva implícita en sí esta anticipación, hecha por el juez inferior, de una declaración negativa de certeza de los presupuestos de la reforma en segunda instancia. Sería manifiestamente erróneo decir que el juez considera siempre y absolutamente improbable la reforma de su sentencia; quien es o ha sido juez sabe que esto tiene bien poco de cierto. Pero la probabilidad de una reforma puede aparecer al juez mayor o menor las circunstancias de la causa; y sólo éstas pueden guiar su inteligencia para fijar aquel grado de improbabilidad que le hará conceder la ejecución provisoria, dentro de los límites, se entiende, señalados por los otros presupuestos especiales”. (CABALLOL ANGELATS, Lluís. Op. Cit. pp. 80 y 81).

tiene la decisión que lo favorece, así como para evaluar el grado de responsabilidad que está asumiendo al pedir la actuación de la sentencia impugnada.

Precisamente es ese examen el que va a permitirle decidir si opta por actuar la sentencia con prescindencia de si es impugnada o no. Son muchos los casos, aunque habrá que admitir que no son necesariamente todos, en los cuales la decisión produce la convicción de ser incontrovertible. Será el vencedor quien, previo análisis de costo y beneficio, asumirá el riesgo de emplear la institución.

No debe olvidarse que se trata de una actuación de la sentencia tal y como si ésta fuera una decisión firme, es decir, el gravamen propuesto condiciona la eficacia última de la sentencia pero no su ejecución, la que ocurre con ánimo satisfactivo y no provisional.

Por cierto lo expresado debe ser entendido y extendido a otras hipótesis teóricas o normativas que se presentan respecto de la institución investigada. Así, la decisión de emplear el instituto puede no ser única y exclusivamente del litigante vencedor con exclusividad, sino que bien puede el sistema legal acoger una enumeración taxativa de procesos en los que ésta es o no procedente. Puede ocurrir también que la norma conceda al juez la decisión de amparar o rechazar el pedido, con lo cual lo dicho en los párrafos anteriores sobre el litigante vencedor es perfectamente atribuible al juez.

- d) Revalorización de la sentencia de primer grado.** Una consecuencia lógica de considerar que la sentencia de primer grado es simplemente un obligado tránsito a una futura decisión confirmatoria o revocatoria, "que es la que verdaderamente importa", ha determinado que exista una especie de consenso entre los operadores judiciales en torno a una apreciación minusválida de aquélla.

Lo absurdo de tal percepción es que, insólitamente, se reduce la importancia de la sentencia expedida por el juez que mejores posibilidades ha tenido de conocer los aspectos fácticos y jurídicos

del conflicto que es objeto del proceso⁶³. Así, se trata del juez que ha calificado la procedencia de la demanda; que ha resuelto las defensas de forma propuesta por el demandado; que ha recibido directamente la actuación de los medios probatorios ofrecidos por las partes e, inclusive, que ha decidido la actuación de medios probatorios para mejor determinar la certeza sobre los hechos propuestos por las partes pero insuficientemente acreditados con sus baterías probatorias. Finalmente, se trata del juez que, con base en los principios de concentración e inmediatez, ha mantenido una relación protagónica con los sujetos procesales del conflicto real, por lo menos en sede nacional⁶⁴.

Si quedara alguna duda sobre la considerable ventaja que tiene el juez “a quo” sobre el “ad quem” para el conocimiento del objeto del proceso, recuérdese que el órgano jurisdiccional de segundo grado sólo cumple regularmente una función revisora respecto de la sentencia impugnada, esto es, su ámbito de actuación está constreñido a la sentencia y no a las actuaciones procesales que se realizaron para llegar a ella. Inclusive no hay posibilidad de que se propongan nuevas defensas o nuevas pretensiones, y tampoco que se propongan nuevos medios probatorios, en tanto, tal posibilidad sólo está habilitada, en la mayoría de los ordenamientos procesales contemporáneos, cuando se afirma la ocurrencia de un hecho nuevo, sea propio o impropio⁶⁵.

⁶³ “Além disso, como foi acima salientado, o juiz de primeiro grau restará fortalecido, o que já é esperado há muito tempo, uma vez que é este juiz que tem contato direto com as partes e com os contornos da controvérsia”. (LEITAO TEIXEIRA DE FREITAS, Cristina. “Execução provisória ...”. Op. Cit. p. 697).

[Además de eso, como ya se destacó, el juez de primer grado quedará fortalecido, lo que es esperado desde hace tiempo, dado que es este el juez que tiene contacto directo con las partes y con los contornos de la controversia].

⁶⁴ Desde 1993 el Código Procesal Civil peruano ha asumido un procedimiento por audiencias, sustentado en los principios de inmediatez, concentración y economía procesales. En la práctica, esto se ha manifestado en un protagonismo trascendente del juez, quien llega a conocer –con el nivel de detalle que considere necesario– el conflicto de intereses y orienta su solución en base a su participación directa en la actividad procesal más importante que, por cierto, se desarrolla en las audiencias.

⁶⁵ Se denomina hecho nuevo a aquella ocurrencia que se presenta en la realidad con posterioridad a la presentación de la demanda, pero que, sin embargo, tiene una considerable importancia para el proceso iniciado. Sólo cuando se han acreditado ambos requisitos (su ocurrencia posterior a la presentación de la demanda y su trascendencia para la decisión a recaer en el proceso) el órgano

Con estos fundamentos, resulta evidente la necesidad de recuperar la trascendencia y valor que tiene la sentencia de primer grado. Es importante que el juez a cargo de este grado, adquiera conciencia de que su decisión no es parte de un trámite sino que, más bien, puede ser actuada de manera inmediata por lo que debe extremar su celo en la obtención de una resolución arreglada a derecho.

- e) **Humanización del trabajo judicial.** Esta finalidad puede ser perfectamente entendida como un efecto reflejo del fin preventivo de la actuación anticipada. Si la labor del juez "a quo" empieza a ser reconocida como importante, se reivindica al órgano que mayores esfuerzos realiza en un proceso para conducir éste al logro de sus fines.

Por otro lado, si se reduce de manera considerable el uso abusivo de los instrumentos impugnatorios, la calidad del trabajo de los órganos "ad quem" se verá considerablemente mejorada. No es un misterio que las demandas masivas de justicia determinan que los sistemas judiciales no puedan atenderlas aceptablemente, pero esta situación se advierte de manera más saltante en los órganos de segundo grado y en las cortes de casación, regularmente saturadas de expedientes que, al final, no sólo son vistos tardíamente sino, además, sin la necesaria reflexión que su importancia impone.

- f) **Finalidad satisfactiva.** Si las demás funciones que se han detallado pueden ser descritas como periféricas o consustanciales al instituto en estudio, no queda la menor duda que el hecho de conducir al proceso a producir eficacia sin dilaciones indebidas, constituye su fin más trascendente.

Si bien la celeridad no es en estricto un valor y, en nuestra opinión, ni siquiera un principio, no queda la menor duda que conseguir decisiones con eficacia (es decir, con capacidad de producir modificaciones o ratificaciones sobre el mundo exterior) en el

"ad quem" puede admitir medios probatorios que lo verifiquen. La descripción está referida al hecho nuevo propio; el impropio no es una ocurrencia posterior a la presentación a la demanda, sino que, siendo trascendente, el proponente está en posibilidad de poder probarlo documentalmente.

momento en que sea importante la tengan, convierte a la institución investigada en un aporte procesal de considerable importancia social⁶⁶.

Aspectos puntuales a estimar en una eventual regulación de la actuación de la sentencia impugnada en un ordenamiento procesal contemporáneo

A continuación vamos a detallar algunos aspectos que nos parecen trascendentes de ser tenidos para obtener el mayor provecho de una institución que nos parece bondadosa, aunque admitimos que una apertura a su uso sin parámetros normativos o jurisprudenciales, más o menos explícitos, puede ser peligrosa. Al margen de lo dicho, no será innecesario reiterar que nos encontramos ante una institución que, a la par de su extraordinaria utilidad, presenta aspectos de profunda complejidad, en tanto enfrenta valores que normalmente no aparecen como contradictorios⁶⁷.

- a) Nos parece esencial que, a diferencia de lo que prescribe excepcionalmente el Código de Procedimientos francés, la actuación anticipada sólo deba emplearse a pedido de parte. Siendo así, la parte vencedora debe asumir una cuota considerable de responsabilidad en su uso.
- b) El criterio del juez para darle contenido a conceptos jurídicos indeterminados dependiendo de las características particulares del caso concreto, como el Peligro en la demora o la Probabilidad objetiva de que la sentencia sea confirmada, constituye un elemento

⁶⁶ "Tanto en la ejecución provisional como en la definitiva se actúa el contenido de la sentencia a través de la realización de la prestación debida y sólo si ésta no es posible se procede al cumplimiento equivalente. Desde esta perspectiva la ejecución provisional satisface las pretensiones de las partes en la medida en que se han visto recogidas por el pronunciamiento impugnado e intenta salvar los perjuicios ocasionados por la necesaria duración del recurso". (CABALLOL ANGELATS, Lluís. Op. Cit. p. 81).

⁶⁷ "En este orden de cosas la consideración de este régimen en diversos ordenamientos y la reflexión sobre la realidad a la que afectan, revela que el legislador atiende y debe atender a criterios de variada naturaleza, en ocasiones contrapuestos entre sí, y que, cuando lo último ocurre, persigue, con diversas técnicas, establecer entre ellos un difícil equilibrio. Esto acaba por rodear a la ejecución provisional, precisamente en aquellos regímenes configurados mediante una técnica legislativa más depurada, de una extraordinaria complejidad". (ORTELLS RAMOS, Manuel. "Para la reforma de la ejecución provisional en el proceso civil". En: JUSTICIA, 91, No. II, p. 281. Barcelona: Librería Bosch. 1991).

de considerable trascendencia para darle al instituto el empleo que mejor satisfaga las necesidades de justicia de la Comunidad.

- c) Incorporar la institución a un sistema jurídico importa un tácito reconocimiento a la singular importancia que debe tener la Jurisprudencia en un Estado Social de Derecho. Es imposible introducir criterios objetivos para el empleo adecuado del instituto, en compensación, resulta indispensable una laboriosa construcción casuística que oriente a la judicatura. Por cierto, presupuesto de este renovado interés por la Jurisprudencia, es la existencia de márgenes de actuación del juez al emplear la institución, sin el corsé de un referente normativo.

Así, podría regularse la prohibición de que la actuación de la sentencia impugnada alcance a la destrucción de un bien, en tanto aparece evidente el agravio irreparable que sufriría el vencido en el primer grado si consigue la revocatoria de la decisión. Sin embargo, tal afirmación puede colisionar con la urgencia de actuar una sentencia de primer grado en un proceso interdictal de obra ruinosa.

Apreciemos otro caso, podría establecerse como regla que la actuación anticipada no puede consistir en la ejecución forzosa de un bien, dado que luego de su transmisión su retorno resulta jurídicamente imposible. Sin embargo, tal irreversibilidad es menos categórica de lo que parece. Así, si se trata de un bien que existe en el comercio actual no podría afirmarse que hay irreparabilidad. Entonces, el criterio no debe ser la prohibición de enajenar un bien en actuación anticipada, sino la fungibilidad de éste. Nótese cómo las reglas positivas son útiles para la seguridad jurídica pero son cargas pesadas para la justicia del caso concreto.

- d) Nos parece importante se prescriba la potestad del juez de exigir, en las circunstancias que estime pertinente y en base a una fundamentación adecuada, que el peticionante otorgue garantía. Este es el instrumento para asegurar que, en la hipótesis de que la sentencia fuera revocada, la afectación producida por la actuación anticipada de la sentencia sea reparada. Por cierto, deben prescribirse también los casos puntuales en los que el estado de necesidad y la situación del justiciable vencedor, determinen que sea exonerado de un eventual pedido de garantía, inclusive

descartando la potestad judicial de su exigencia. Nótese que en ambos extremos recusamos la exigencia de garantía como presupuesto del instituto, aunque nos parece necesario que el juez cuente con ella en los casos en que considere debe exigirse.

Lo que no nos parece adecuado es que se permita al vencido suspender la actuación anticipada con sustento en una garantía, fundamentalmente porque la institución queda así totalmente desprovista de su esencia, en tanto se afecta la autonomía que permitió su concesión.

Nos parece importante destacar que, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones –como la española, por ejemplo– se debe hacer referencia al género ‘garantía’ y no a la fianza. Y no se trata de un tema solamente nominal, sino que en el amplio espectro en que puede consistir la actuación anticipada, la reparación que debería recibir el ejecutado de producirse una revocación de la sentencia no tiene porqué ser necesariamente pecuniaria, la que, después de todo, sólo es una especie del ámbito de lo patrimonial⁶⁸.

- e) Sin perjuicio de lo expresado anteriormente, nos parece atendible que, aun cuando fuese en un número mínimo, se establezcan taxativamente los casos en que no procede la actuación anticipada. Una enumeración que puede contener temas tales como la filiación, el divorcio, la capacidad o algunas otras pretensiones relacionadas con el estado civil de las personas, para citar ejemplos. Como es evidente, el criterio del legislador debe estar alerta para evitar el empleo del instituto en aquellos casos en que se produzca irreversibilidad con su actuación, es decir, en aquellos en los que la actuación de la sentencia impugnada produzca efectos que la eventual sentencia revocatoria no podrá declararlos ineficaces ni ordenar su reparación, en tanto son efectos que no soportan retorno

⁶⁸ “La situación cambia, sin embargo, si se ha realizado una ejecución no pecuniaria o si la vía de apremio ha afectado a bienes distintos de los indicados en el párrafo anterior. En este caso la fianza no puede garantizar la restitución en forma específica de aquello de lo que el ejecutado haya sido privado, sino sólo el pago de su valor pecuniario y de la indemnización de daños y perjuicios. Esta situación podría considerarse insatisfactoria desde el punto de vista del ejecutado provisional, más interesado en un restablecimiento específico de su situación patrimonial alterada por la ejecución provisional de la sentencia luego revocada, que en obtener una satisfacción de carácter indemnizatorio”. (Ibidem. pp. 292 y 293).

y tampoco son pasibles de reparación patrimonial en atención a su particular calidad.

- f) En cuanto a su aspecto procedimental, nos parece que el pedido de actuación anticipada de la sentencia se hace ante el juez que expide la sentencia desde que se notifica ésta y debe proveerse sin traslado a la otra parte, sea porque se trata de un caso *ope legis* o porque tratándose de un caso *ope iudicis* el juez debe revisar el cumplimiento de los requisitos para su concesión. Además, debe formarse el cuaderno de actuación anticipada con copia certificada de la demanda y de la sentencia a actuarse, en tanto el principal deberá ser elevado al segundo grado o a la corte de casación, según sea el caso.

La decisión que ordena la actuación de la sentencia debe ser un auto apelable sin efecto suspensivo, debiéndose precisar normativamente los casos en que se concede (básicamente deben ser aquellos en los que se discuta la procedencia de la actuación anticipada por disposición legal en contrario). Es competente para actuar la sentencia el juez que conoció el caso en primer grado. Dado que la garantía no es requisito de su concesión, si fuese exigida por el juez, debe ser requisito de su actuación.

Si la sentencia de segundo grado revoca la que es materia de actuación, suspende este trámite si se encontrara en tal posibilidad. De lo contrario, determina el inicio de la restitución de lo actuado anticipadamente, siempre que se tratase de una sentencia firme; de lo contrario, nos parece que no produce ningún efecto, debiendo mantenerse todo con sujeción al medio de gravamen que proponga el vencido en el segundo grado.

