

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**POR UNA TUTELA ESPECÍFICA DE LAS OBLIGACIONES DE HACER
INFUNGIBLES Y DE NO HACER:**

Un estudio sobre la evolución histórica y comparada del *nemo ad factum praecise cogi potest*
y su vigencia en el Código Civil peruano de 1984

Tesis para optar el Título de Abogado que presenta el bachiller:

STEFAN ANTHONY ESPEJO MACEDO

ASESOR:

Mg. Renzo Ivo Cavani Brain

Lima, 2022

RESUMEN

El *nemo ad factum praecise cogi potest* es un viejo adagio de larga data, de origen medieval, y con amplia influencia en la doctrina francesa civilista de los ochocientos de manera previa y posterior al *Code Civil* de 1804. Dicho adagio fue clásicamente entendido como la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer (con el consecuente remedio material de la indemnización de daños y perjuicios) y la prohibición del uso de la violencia en la técnica de la ejecución forzada (que prohibía el uso de las técnicas de ejecución directa sobre el cuerpo de la persona y técnicas de ejecución indirecta como las *astreintes*), y ha tenido un impacto histórico sobre el numeral 1 de los artículos 1150 y 1158 del Código Civil peruano de 1984, a través de los Códigos Civiles argentino de 1871 y brasileño de 1916 que influenciaron a su antecedente directo (el artículo 1186 del Código Civil peruano de 1936).

En la presente investigación, a través del estudio histórico y la actualidad del *nemo ad factum* en el derecho francés y en las principales experiencias jurídicas y en los Modelos de Contratación europeo, se busca demostrar que dicho adagio ha perdido su sentido original, no siendo incompatible con la tutela específica de las obligaciones de hacer y no hacer infungibles ni con las *astreintes*. Conjuntamente con ello, mediante un estudio del fenómeno de la despatrimonialización del Derecho Civil y de las relaciones circulares entre derecho material y derecho procesal, se busca deconstruir el entendimiento mayoritario de la doctrina civilista peruana sobre los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158, buscando una reinterpretación que apunte hacia una tutela específica de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles como regla general. Asimismo, se pretende descartar la prohibición del uso de las *astreintes* como supuesto de violencia que estaría prohibido por el *nemo ad factum praecise cogi potest*.

Finalmente, se propone cuatro sentidos para entender la institución de la “*ejecución forzada*” en los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158 del CC peruano de 1984, para, posteriormente, optar por el sentido interpretativo más adecuado que sería entender que estas normas jurídicas regulan tanto el remedio material de la tutela específica para el incumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles como regla general y, además, la prohibición de la violencia a través de medios ejecutivos directos sobre la persona del deudor en la “*ejecución forzada*”, entendida ésta como una categoría doctrinaria y dogmática. Por lo tanto, sería una *norma híbrida* que regula aspectos materiales y procesales.

PALABRAS-CLAVE

Obligaciones de hacer y de no hacer infungibles, *nemo ad factum praecise cogi potest*, incoercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer, *astreintes*, cumplimiento in natura, tutela específica.

ABSTRACT

The *nemo ad factum praecise cogi potest* is and old adage in legal history with a medieval origin, and with a wide influence on the XVIIIth Century French Private Law and also the jurisprudence after the birth of the Civile Code of 1804. That adage was understood, originally, as the impossibility to enforce obligations to do and not to do (with the consequent remedy of compensation for damages) and the proscription of the use of violence in the enforcement (that prohibited, originally, the use of enforcement means on the body of the person and indirect enforcement or coercive means such as *astreintes*), and has had a historical impact section 1150.1 and 1158.1 of the Peruvian Civil Code

of 1984, being that the Argentinian Civil Code of 1871 and Brazilian Civil Code of 1916 determined its direct antecedent (that is, the section 1186 of the Peruvian Civil Code of 1936).

The present work, on the basis of a historical analysis and a study of the current legal context in French law and other legal systems, and the main European Contract Models, intends to demonstrate that adage *nemo ad factum* has lost its original meaning, neither being incompatible with the specific performance of obligations to do and not to do nor the *astreintes*. Together with that, on the basis of the awareness that just a monetary protection is not enough to get an appropriate performance of the rights in Private Law, and the circular relation between Private Law and Procedural Law, it is sought to deconstruct the understanding of a majority of the Peruvian Private Law jurisprudence about sections 1150.1 and 1158.1, searching for a reinterpretation that may be able to reach an specific performance of the obligations to do and not do as a general rule. Furthermore, it is intended to rule out the prohibition of the use of *astreintes* as a case of violence that would be covered by the *nemo ad factum praecise cogi potest*.

Finally, it is proposed four interpretative meanings to understand the legal term “*enforcement*” in sections 1150.1 and 1158.1, and, as a result of this, it will be proposed the most appropriate meaning, that is, that the remedy for personal obligations to do and no to do’s breach is indeed the specific performance as a general rule and, also, the prohibition of violence through direct enforcement means on the person of the debtor in the enforcement, that understood as a doctrinal and dogmatic category. Therefore, it would be a hybrid legal rule that contains elements of Private Law and Procedural Law.

KEYWORDS

Personal obligations to do and not to do, *nemo ad factum praecise cogi potest*, impossibility to enforce obligations to do and not to do, *astreintes*, specific performance

AGRADECIMIENTOS

Debo comenzar agradeciendo a mi asesor de tesis, Renzo Cavani, por toda la orientación, apoyo y paciencia en la realización de la presente investigación para la obtención del título de abogado. Desde que fui su alumno en el curso de Revisión e Impugnación Judicial de la Facultad de Derecho siempre me brindó su apoyo en las innumerables conversaciones sobre temas de la disciplina del Derecho Procesal, pero sobre todo su amistad y consejos de vida. Es, pues, más que un profesor un amigo y maestro en el aprendizaje que tuve sobre el Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Asimismo, debo agradecer al Grupo de Investigación Sobre Proceso, Derecho y Justicia (PRODEJUS-PUCP) con quienes pude intercambiar ideas y someter a debate lo desarrollado en esta investigación, que me permitió obtener el producto final.

Finalmente, nada de lo realizado en esta investigación hubiera sido posible sin el incommensurable apoyo de mis padres Carlos y Mercedes, pues fueron bastante pacientes a pesar del tiempo utilizado para la culminación de esta investigación. Muchas gracias por estar siempre conmigo en las diversas etapas de mi vida, y por la comprensión y paciencia en mis decisiones de la vida.

Índice

I. INTRODUCCIÓN.....	7
II. LAS OBLIGACIONES DE HACER INFUNGIBLES Y DE NO HACER EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984 BAJO LA SOMBRA DEL DOGMA <i>NEMO AD FACTUM PRAECISE COGI POTEST</i>	12
1. Noción de las obligaciones de hacer o de no hacer personalísimas, <i>intuitu personae debitor</i> o infungibles y su problemática para un cumplimiento <i>in natura</i>	12
2. El dogma de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer (<i>nemo ad factum praecise cogi potest</i>).....	23
2.1. <i>Nemo ad factum praecise cogi potest</i> : orígenes y fundamento	23
2.2. La evolución del <i>nemo ad factum praecise cogi potest</i> : las <i>astreintes</i> y la <i>primaute de l'exécution in nature</i>	38
2.3. La tendencia en el derecho extranjero y en los modelos del derecho contractual en Europa sobre la incoercibilidad de las obligaciones de hacer infungibles y de no hacer que comprendan situaciones vinculadas a la personalidad del deudor.....	52
3. La influencia del <i>Code Civil</i> francés de 1804 en los Códigos Civiles peruanos.....	58
3.1. La influencia del <i>nemo ad factum praecise cogi potest</i> francés a través del <i>Código Civil argentino de Vélez Sarsfield de 1871</i> y el <i>Código Civil brasileño de 1916 de Clóvis Beviláqua</i> sobre el Código Civil peruano de 1936 y de 1984.....	60
3.2. Evolución y actualidad del <i>nemo ad factum praecise cogi potest</i> en la doctrina civilista argentina y brasileña.....	65
3.3. El entendimiento mayoritario de la doctrina civilista peruana sobre el <i>nemo ad factum praecise cogi potest</i> en el Código Civil peruano de 1984.....	69
III. TUTELA ESPECÍFICA Y TUTELA POR EQUIVALENTE EN DINERO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984	73
1. Las relaciones entre el derecho material y el derecho procesal	74
2. Origen y noción de la idea del cumplimiento <i>in natura</i> desde el Derecho Civil y de la <i>tutela específica</i> desde el Derecho Procesal, y el fenómeno de la <i>despatrimonialización</i> a partir de la aparición de nuevos derechos que no soportan una tutela meramente patrimonial	81
3. Tutela específica y tutela por equivalente pecuniario en obligaciones de hacer y no hacer: una mirada general del ordenamiento jurídico peruano.....	93
4. Tutela material de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles y fungibles, ejecución forzada y la prohibición de la violencia en el deudor: hacia una reinterpretación del artículo 1219 y sus límites en los artículos 1150 y 1158 del CC peruano de 1984.....	100
4.1. ¿Qué significa la prohibición de “ <i>emplear violencia contra el deudor</i> ”?	107
4.2. ¿Cuáles son los sentidos del concepto “ <i>ejecución forzada</i> ” previsto en los incisos 1 de los artículos 1150 y 1158 del CC?.....	110
i) “ <i>Ejecución forzada</i> ” como tutela (material) del derecho de crédito (norma material)	111
ii) “ <i>Ejecución forzada</i> ” como técnica procesal para la realización de los derechos construida como categoría teórica de la ejecución civil (norma procesal y heterotópica).....	112

iii) <i>“Ejecución forzada” como categoría dogmática de la fase de cumplimiento (segunda fase) del diseño del “Proceso Único de Ejecución” peruano regulado en el CPC de 1993.....</i>	117
iv) <i>El remedio material de la tutela específica para el incumplimiento de obligaciones de hacer y de no hacer infungibles como regla general y la prohibición de la violencia en la “ejecución forzada” como categoría doctrinaria y dogmática (norma híbrida que regula aspectos materiales y procesales)”.....</i>	121
IV. CONCLUSIONES.....	125
V. BIBLIOGRAFÍA.....	127
Fuentes doctrinarias.....	127
Fuentes jurisprudenciales.....	133



I. INTRODUCCIÓN

El *nemo ad factum praecise cogi potest*¹ es un viejo adagio de larga data, de origen medieval, y con auge superlativo en la doctrina francesa civilista de los ochocientos de manera previa y posterior al *Code Civil* de 1804, que, tradicionalmente, ha representado el límite de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer. Es en la ejecución forzada de las obligaciones mencionadas en la que ha desplegado toda su fuerza generando que, ante el incumplimiento del deudor, necesariamente, el acreedor solo pueda recibir una indemnización de daños y perjuicios en forma equivalente, dado que no sería posible ejercer ninguna violencia sobre la persona en la ejecución forzada para poder conseguir el cumplimiento *in natura* de las obligaciones de hacer y de no hacer.

Dicha solución jurídica era reconocida en el artículo 1142² del *Code Civil francés* de 1804 y habría sido recogido por nuestros Códigos Civiles de 1936 y 1984³, aunque no de manera directa, sino que a través de la influencia del Código Civil argentino de Vélez Sarsfield de 1871 y el Código Civil brasileño de 1916 de Clovis Beviláqua, los cuales, a su vez, tenían una gran influencia francesa.

De dicha manera, tal como veremos más adelante, los civilistas de nuestro país, en su gran mayoría, han replicado el dogma que consiste en que ante el incumplimiento de las obligaciones de hacer infungibles (las que por su naturaleza, por pacto o por ley determinen que solamente el deudor puede satisfacer el interés del acreedor con su comportamiento) y de no hacer⁴ (en los casos que no sea posible deshacer lo realizado a través de un tercero),

¹ También es conocido este adagio como *Nemo potest praecise cogi ad factum*. Por esta razón, a lo largo del presente trabajo se utilizarán ambas expresiones indistintamente y otras según las denominaciones de las citas que realicemos.

² “Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur”.

³ E inclusive, como se mostrará en la presente investigación, algunas normas del Código Civil peruano de 1852 contenían disposiciones con similar tenor a las que siguieron en los Códigos Civiles de 1916 y 1984 en relación a la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles.

⁴ En adelante, existirán momentos en el que nos referiremos a las obligaciones de no hacer como infungibles, aunque ello pueda parecer una repetición, pues, por regla, las obligaciones de no hacer solamente pueden ser cumplidas por el deudor. Sin embargo, a efectos de una redacción más fluida nos tomaremos la licencia de referirnos a las obligaciones de hacer y de no hacer como infungibles.

no se pueda conseguir un cumplimiento *in natura*, puesto que no es posible ejercer violencia sobre la persona en la ejecución forzada de dichas obligaciones.

En efecto, el entendimiento mayoritario sobre los numerales 1 de los artículos 1550 y 1158 del Código Civil peruano de 1984 (en adelante, el “CC”) es que establecen un límite para la ejecución forzada de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles: se señala que, para que el acreedor opte por la ejecución forzada, se debe realizar *sin que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor* y, por lo tanto -aunque esto no es una consecuencia expresamente regulada- solo cabría una indemnización de los daños y perjuicios ante el incumplimiento del deudor.

Sin embargo, dicho entendimiento sería más bien una consecuencia directa del entendimiento clásico del *nemo ad factum praecise cogi potest* conforme a su auge en el derecho francés de los ochocientos, enmarcado por el respeto irrestricto de la autonomía de la voluntad y la libertad de las personas, valores que fueron defendidos por la Revolución Francesa. Dichas ideas, a su vez, se complementaron con el entendimiento de que en el mercado todo derecho podía ser convertido en dinero (conocida como la “visión patrimonialista de los derechos”).

A mi juicio, sin embargo, no ha existido un estudio adecuado de la evolución del dogma de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer en nuestro país que sea conforme a su desarrollo en el propio derecho francés, en el que ya desde el siglo XIX, por ejemplo, se hizo moneda corriente el uso de las *astreintes* como una técnica de ejecución. Esta técnica consistía en imponer una multa ante el incumplimiento del deudor de las obligaciones que debía cumplir para satisfacer el interés del acreedor, sobre todo en el caso en que la conducta del deudor sea necesaria para satisfacer dicho interés. Este es precisamente el caso de la infungibilidad de las obligaciones de hacer y de las obligaciones de no hacer, salvo en el supuesto en que hubiera sido posible deshacer lo hecho por un tercero en este último tipo de obligaciones.

Asimismo, en el propio derecho francés se construyó el verdadero supuesto de aplicación del artículo 1142 con la determinación de algunos casos en los que sería incoercible una

obligación de hacer y de no hacer infungible, que, a su vez, ha sido replicado en el derecho comparado y los modelos de contratación europeo contemporáneos. Esto demostraría, en mi opinión, que no en todos los casos de incumplimiento por un deudor de obligaciones de hacer infungibles y de no hacer el acreedor solamente debía contentarse con una indemnización de daños y perjuicios en forma equivalente, tal como lo entiende la doctrina civilista peruana. Procuraré mostrar, pues, que existen razones sólidas (a nivel histórico y de derecho comparado) para dudar la interpretación corriente de los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158 del Código Civil y que, por tanto, habría otras formas de reconstruir el sentido de dichas disposiciones.

Asimismo, no ha existido un adecuado dialogo entre dicha doctrina con los autores de los estudios del derecho procesal civil modernos que propugnan por la *efectividad* de una tutela jurisdiccional como pilar de la ciencia procesal y, sobre todo, en el proceso de ejecución en el que se busca conseguir la satisfacción de una situación jurídica material de diversa naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, vinculado a la ejecución forzada de las obligaciones de hacer infungibles y de no hacer. Pero no solamente ello: los procesalistas también han manifestado una gran preocupación por la idea de una *tutela específica* de las situaciones jurídico materiales que debe otorgar el proceso partiendo de la idea de *efectividad*.

En tal sentido, es necesario un diálogo a partir de dichas ideas formuladas en el derecho procesal para entender que en el derecho material regulado en nuestro Código Civil sí está plasmada la *tutela específica de las obligaciones de hacer infungibles y de no hacer*, y ello guiado por la idea de instrumentalidad en las relaciones entre el derecho procesal y material.

Como consecuencia de este planteamiento, será materia de investigación si el CC de 1984, inspirado por el dogma de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer (*nemo ad factum praecise cogi potest*), realmente limita la *tutela específica* para las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles, consagrando como único remedio la indemnización de daños y perjuicios en equivalente a la prestación incumplida a nivel de derecho material. Es decir, se analizará si la *tutela específica* estaría garantizada o no, en dichos casos, con la consecuente posibilidad de que se obtenga una condena en sede judicial o inclusive arbitral.

Es en ese sentido que también será abordada la pregunta respecto al significado de la disposición que prohíbe aplicar violencia sobre la persona del deudor. Procuraré precisar en qué grado y a qué tipo de violencia se refiere dicha norma, pues, por ejemplo, nuestro ordenamiento permite el lanzamiento ante casos de desalojo o incluso la entrega forzada para la ejecución de obligaciones dar bien mueble determinado, en los que se utiliza el uso de la fuerza pública (muchas veces con el uso de la violencia). Inclusive, el uso de las *astreintes*, de reconocimiento generalizado en el derecho francés, implica una presión psicológica que bien se podría considerar como un tipo de violencia psicológica y que al menos en el derecho procesal peruano, en mi opinión, sí estaría reconocido su uso.

Estas preguntas que han sido hasta el momento levantadas serán los ejes de nuestra investigación en la que, en el acápite II, se describirá la noción de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles en el CC en su vinculación con el viejo adagio *nemo ad factum praecise cogi potest* de auge en el derecho francés a través de un repaso histórico de los orígenes de este principio y de su actualidad. Asimismo, se explorará la exclusión de algunos supuestos de tutela específica de las obligaciones de hacer infungibles y de no hacer en el Derecho Comparado y Modelos de Derecho Contractual Europeo, su recepción en los códigos civiles peruanos y el entendimiento de la doctrina nacional civilista sobre el mismo.

En el acápite III será materia de desarrollo la *tutela específica* y la *tutela por equivalente en dinero* en el Código Civil peruano de 1984. Para ello realizaremos un breve comentario sobre las relaciones entre el derecho material y el derecho procesal, el origen y concepto del cumplimiento *in natura* desde el Derecho Civil y la *tutela específica* desde el Derecho Procesal, y el fenómeno de la *despatrimonialización* en ambas disciplinas. Posteriormente, reconstruiremos la *tutela específica* y la tutela por equivalente pecuniario en el ordenamiento jurídico peruano en lo que concierne a los deberes de hacer y de no hacer de origen contractual y extracontractual. Finalmente, se concluirá con el análisis de la tutela del crédito de las obligaciones de hacer y de no hacer fungibles e infungibles en los numerales 1 de los artículos 1150, 1158 y 1219 del CC peruano de 1984.

En este mismo acápite nos valdremos de, al menos, cuatro sentidos interpretativos de la institución de la “*ejecución forzada*” contenida los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158 y analizaremos el límite del uso de la violencia en las obligaciones de hacer y de no hacer. Estos cuatro sentidos analizados serán los siguientes: (i) “*ejecución forzada*” como tutela (material) del cumplimiento (por lo tanto, exclusivamente se trataría de una *norma material*), (ii) “*ejecución forzada*” como técnica de la tutela procesal para la realización de los derechos construida como categoría teórica de la ejecución civil (*norma procesal* y, por lo tanto, *heterotópica*), (iii) “*ejecución forzada*” como categoría dogmática de la fase de cumplimiento (segunda fase) del diseño del “*Proceso Único de Ejecución*” peruano regulado en el CPC de 1993 (*norma procesal* y, por lo tanto, *heterotópica*) y (iv) el remedio material de la tutela específica para el incumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles como regla general y la prohibición de la violencia en la “*ejecución forzada*” como categoría doctrinaria y dogmática (*norma híbrida* que regula aspectos materiales y procesales).

Desde ya alertamos al lector que este trabajo no propondrá una respuesta correcta respecto a la interpretación de dichas disposiciones normativas. Mi intención es mucho más modesta pues busco simplemente mostrar que la interpretación que comprende el entendimiento mayoritario de la doctrina civilista nacional no ha seguido propiamente la evolución del *nemo ad factum praecise cogi potest* en el derecho francés ni tampoco ha dialogado con la moderna doctrina civilista y procesal en el contexto de la despatrimonialización de los derechos, en la que se propugna por una *tutela específica de los derechos* y de la *efectividad* de la tutela jurisdiccional. Sobre esto precisamente consiste mi investigación⁵.

Asimismo, la propuesta acogida en el último acápite sobre el sentido de la “*ejecución forzada*” regulada en los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158 más allá de entenderse que es la interpretación correcta y adecuada, será una propuesta basados en los antecedentes históricos estudiados a lo largo de este trabajo que, por supuesto, debe ser sometida a debate.

⁵ La fase de la ejecución en sí misma y las técnicas de ejecución reguladas en el Código Procesal Civil peruano no serán materia de la presente investigación, sin perjuicio del desarrollo del concepto de “*ejecución forzada*” y de las respectivas menciones a las *astreintes*.

Finalmente, la metodología que usaremos será el estudio dogmático a partir de un estudio legislativo, teórico e histórico de las instituciones jurídicas mencionadas anteriormente tanto de derecho nacional como de derecho comparado⁶.

II. LAS OBLIGACIONES DE HACER INFUNGIBLES Y DE NO HACER EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984 BAJO LA SOMBRA DEL DOGMA *NEMO AD FACTUM PRAECISE COGI POTEST*

I. Noción de las obligaciones de hacer o de no hacer personalísimas, *intuitu personae debitor* o infungibles y su problemática para un cumplimiento *in natura*

El Código Civil peruano de 1984 (en adelante, “CC”) no ha regulado el concepto de obligación; sin embargo, es posible indicar que la noción de obligación es más o menos la misma en los diversos sistemas jurídicos y en variadas épocas⁷. Si bien es cierto que diversos

⁶ Principalmente la investigación abordará el derecho francés; sin embargo, existirán referencias a la doctrina extranjera en relación al derecho español, italiano, alemán, portugués, argentino y brasileño en los sistemas de *civil law* a propósito de la tutela específica o cumplimiento *in natura* de las obligaciones de hacer infungibles y de no hacer. Asimismo, existirán referencias al *common law*, especialmente, en Inglaterra.

⁷ Según Pereira (2020: 7-14), la evolución del concepto de obligación, habría transitado por diversos periodos que podrían entenderse en tres momentos fundamentales: una fase preromana, el concepto romano y después la noción moderna de obligación.

Inicialmente, no existió un derecho de obligaciones, pues en la primera fase de la civilización existía un ambiente de hostilidad y desconfianza de un grupo a otro, siendo que inclusive en el interior de cada grupo a falta del reconocimiento de derechos individuales se evitaba la constitución de relaciones jurídico-obligacionales entre sus miembros. Solamente con las relaciones de carácter colectivo en el que un grupo negociaba y establecía comercio con otros grupos es que la idea de obligación empieza a aparecer con la consecuente idea de sanción manifestada en violencia, comprometiendo a todo el grupo entero. Esta idea de sanción en sentido de pena dirigida al propio cuerpo del deudor sobreviviría a los inicios del Derecho Romano manifestándose ya en las relaciones de individuos y generando que la obligación tenga un componente personalizado.

Es así que ya en el Derecho Romano, y producto de la diferenciación entre el derecho de crédito y los derechos reales, se entendió que era posible la obligación como un *iuris vinculum* apto para que un deudor esté vinculado personalmente al acreedor. En efecto, esta idea se concretizaba en la fórmula concebida en la Tábula III: “*Tertius mundinis partis secanto; si plus minusve secuerunt se fraude esto*”, que sancionaba la idea de que era posible que se quite la vida al deudor y su cuerpo sea dividido entre sus acreedores. Todo ello en virtud de que el acreedor tenía un poder sobre el deudor (*nexum*) que le permitía someterlo en situación de esclavitud (*manus iniectio*) si faltase el rescate de la deuda.

Ya con la *Lex Poetelia Papiria*, de 428 a.C. es abolida la ejecución sobre la persona del deudor, con la consecuente proyección de la responsabilidad sobre los bienes.

Posteriormente, es en el derecho medieval que, a pesar de conservar la concepción de la obligación de la época clásica, se añade un elemento de espiritualidad, entendiendo que la falta de ejecución de la obligación era asimilada al *peccatum* (tal como una mentira y que era considerada como una ruptura de la fe jurada). En

factores, han podido influir en alguna diferenciación como el excesivo rigor individualista del Derecho romano, la notoria tendencia espiritualista medieval, o la influencia socialista marcante del derecho moderno, al analizar la estructuración dogmática de la obligación, no se encuentra, en la actualidad, diversidad esencial, pudiendo variar apenas los efectos o la intensidad del vínculo, su carácter personal o su proyección económica. A pesar de ello, las características fundamentales no pasaron por una metamorfosis radical (Pereira, 2020: 4).

La definición que predomina, en la actualidad, en los diversos países influenciados por el derecho francés y de tradición romano-germánico, proviene del *Code Civil* francés de 1804. René Demogue señaló que la definición de obligación de los Institutos de Justiniano⁸ fue reproducida por Pothier en el Código Civil francés; por ello, había sido una definición reproducida por muchos autores modernos de su época (1923: 2-3)⁹. De esa manera, es evidente que la influencia de la codificación civil francesa ha impactado en la concepción de muchos institutos jurídicos como la obligación y sus diversos aspectos como en nuestro país, como se mostrará en el presente y siguiente capítulo.

consecuencia, los teólogos y canonistas en función a la idea de la palabra empañada instituyeron el respeto a los compromisos (*pacta sunt servanda*).

Ya en el Derecho Moderno se retoma la noción romana de obligación con Pothier, reproduciendo la definición de las *Institutas*, siendo que dicha definición sería la que finalmente influiría en el Código Napoleónico (artículo 1101). Es en este período que se atribuye a la voluntad plena fuerza para generar el vínculo y se acepta sin ninguna duda la impersonalidad de la obligación, generando una responsabilidad de tipo patrimonial.

En el mismo sentido, véase Farias & Rosenvald (2017: 46-51).

⁸ “*Obligatio est juris vinculum quo necessitate astringimur alicujus solvendae rei secundum nostra civitatis jura*”, que significaría lo siguiente: “La obligación es un vínculo jurídico al cual nos sometemos coercitivamente, sujetándonos a una prestación, según el derecho de nuestra ciudad”. Inclusive, esta definición también es considerada por Marcel Planiol como la más usual en su *Traité élémentaire de droit civil* (1902: 51). Por otro lado, René Demogue indica que esta definición de origen romanística, inicialmente, era más bien un derecho del acreedor que estaba relacionado a la misma persona del deudor de la misma forma que el derecho de propiedad se relaciona con la cosa. Sin embargo, en una concepción más moderna y de acuerdo a la evolución de las civilizaciones la obligación implica que una persona está ligada a otra para prestarle una prestación de dar, hacer o no hacer (1923: 3).

⁹ En la actualidad, a pesar de que existen muchas definiciones de obligación, se puede definirla, en el sistema jurídico peruano, como una “vinculación intersubjetiva concreta de cooperación de contenido patrimonial. La obligación constituye la relación jurídico patrimonial” (Fernández Cruz, 1994: 55).

A pesar de que este carácter patrimonial de la prestación no ha sido establecido legislativamente en el Código Civil peruano (a diferencia, por ejemplo, del italiano), queda sobreentendido de la definición legislativa de la obligación (o, también, relación jurídica patrimonial) que se extrae de la interpretación sistemática de los arts. 1351 (concepto de contrato) y 1402 del Código Civil. La segunda parte del art. 1403 del Código Civil hace referencia a “la prestación en que consiste la obligación”, por lo que si la obligación es la relación jurídico- patrimonial y el contenido de ésta es la prestación, resulta forzoso el carácter patrimonial de la misma (Espinoza 2017: 27).

Las obligaciones en relación a su objeto se clasifican en obligaciones positivas (obligación de dar y hacer) y negativas (de no hacer). Esta clasificación viene desde el Derecho Romano y es acogida también por nuestro CC que la ha desarrollado de esa manera sin establecer sus definiciones (entre los artículos 1132 al 1160)¹⁰.

Se debe resaltar que, en la actualidad, las obligaciones de hacer cumplen un rol fundamental en el ámbito de la tutela de atributos de la dignidad de la persona humana. En ese sentido, bajo la óptica de la repersonalización o despatrimonialización del derecho civil es trascendental la efectividad de los contratos que comprendan intereses existenciales concretos que merezcan tutela, por ejemplo, la protección y la promoción de derechos fundamentales como la salud, integridad psicofísica, privacidad, etc. De esa manera, se impone una necesaria funcionalización de las obligaciones patrimoniales en pro de valores dignos de protección por el ordenamiento jurídico (Farías & Rosenvald 2017: 219). En tal sentido, también el concepto de obligaciones de hacer está relacionado a los derechos fundamentales, que normalmente generan deberes de hacer en el sujeto pasivo (el Estado o particulares).

Asimismo, respecto a las obligaciones negativas (o de no hacer), Barbosa Moreira indica que aquellas pertenecen a la acepción dogmáticamente rigurosa del *nomen iuris*, lo cual correspondería a la disciplina del derecho de obligaciones. Sin embargo, también se puede utilizar la noción de obligaciones negativas para comprender otras situaciones que son susceptibles de recibir el mismo tratamiento como, por ejemplo, el deber de no utilizar el nombre de otra persona como correlativo a los derechos vinculados a la personalidad de una persona¹¹. La razón de esta equiparación entre las obligaciones negativas (o de no hacer)

¹⁰ Otra clasificación no tomada en cuenta por nuestro Código Civil es la de las obligaciones monetarias (pecuniarias o dinerarias) y no monetarias (no pecuniarias o no dinerarias) en el que el criterio separador es si su prestación constituye dinero o contiene otro tipo de prestaciones. Es la clasificación seguida por *The Principles of European Contract Law* del año 2002, que establece en sus artículos 9: 101 y 102 el derecho al cumplimiento específico de las obligaciones monetarias (o pecuniarias) y no monetarias (o no pecuniarias). Las obligaciones monetarias serían aquellas en las que lo debido es esencialmente dinero, mientras que las obligaciones no materias con un criterio negativo serían aquellas que son diferentes a una obligación de suma de dinero. Es claro que respecto a estas últimas estarían comprendidas las obligaciones de hacer, de no hacer y de dar bienes determinados y/o en género conforme lo regula nuestro Código Civil de 1984.

¹¹ Estas otras situaciones pertenecerían a los siguientes deberes de abstención: (iv) correspondientes a los derechos absolutos que pueden ser los reales (por ejemplo, el deber de no ingresar a un inmueble ajeno sin autorización del propietario) o los relacionados a la personalidad (por ejemplo, el deber de no usar el nombre

civiles y otros deberes de abstención se justifica debido a que en el plano de la tutela los problemas son substancialmente homogéneos. Por ello, es perfectamente posible otorgar una apreciación unitaria (1980: 31).

Y ello puede extenderse perfectamente respecto a la idea de obligaciones de hacer que excede su pertenencia al Derecho de Obligaciones (como disciplina del Derecho Civil Patrimonial). Es decir, también se manifiesta en otras disciplinas jurídicas. Dicho tratamiento unitario es perfectamente comprensible pues la obligación, en general, puede originarse a través de una norma de sumisión que puede ser autodeterminada cuando el propio agente escoge la conducta dada, como puede también provenir de una heterodeterminación cuando el agente la padece como consecuencia o efecto de una norma que así lo establece¹². Posteriormente, este efecto puede ser establecido a través de una condena en una sentencia que bien puede, desde el punto de vista práctico, generar un comportamiento en el destinatario de una orden judicial que se asemeje a la naturaleza de los deberes de hacer y de no hacer (que, en dicho caso, pueden ser entendidos bajo el concepto de obligaciones de hacer y de no hacer infungibles en el que se requiera el necesario comportamiento del deudor para satisfacer al acreedor)¹³.

Ello confirma que las obligaciones pueden emerger tanto de relaciones negociales, de situaciones inmediatamente previstas en la ley y también de resoluciones judiciales (como sentencias) que establecen obligaciones. En efecto, las obligaciones de hacer y de no hacer podrán formarse tanto en el Derecho Civil Patrimonial, y en otras disciplinas (en su forma

de otra persona); (v) correspondientes a derechos subjetivos públicos (por ejemplo, deber de la Administración de no exigir tributo que no está previsto en la ley, de no despedir funcionario estable sino existe una sentencia judicial o un proceso administrativo en que se le asegure amplia defensa); (vi) impuestos para la salvaguarda de “intereses colectivos” o “difusos” (por ejemplo, deber de no perturbar el equilibrio ecológico, de no poner en circulación noticias no verídicas) (Barbosa Moreira 1988: 31).

¹² Así lo ha establecido Pereira (2020: 3-4).

¹³ En tal sentido, siguiendo a Araken de Assis, debe quedar claro que en todos los casos mencionados de obligaciones de hacer y de no hacer infungibles de origen contractual, por las circunstancias de la conducta o por la ley (incluyendo los deberes jurídicos de hacer y de no hacer derivados de otras normas del sistema jurídico fuera del Derecho de Obligaciones y Contractual), ante su amenaza o lesión, el acreedor, posteriormente, puede obtener una sentencia de condena favorable que tenga como objeto una prestación de hacer y de no hacer infungible. Estos deberes de hacer y de no hacer infungibles pueden ser equiparados al concepto de obligaciones de hacer y de no hacer infungibles desarrollado en el Derecho Civil, puesto que, desde el punto de vista práctico, el comportamiento de un destinatario de una orden judicial se asemeja a dicha naturaleza, pues solamente la parte destinataria de la orden, personalmente, podría cumplir la orden adecuando su actividad al comando expedido por el órgano jurisdiccional (2016: 814).

de deberes de hacer y de no hacer) como el Derecho Constitucional, Derecho Laboral, Derecho Comercial, etc.

Ahora bien, respecto del concepto de infungibilidad, el artículo 1149 del Título II sobre obligaciones de hacer de la sección primera sobre obligaciones y sus modalidades del CC establece que la prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que este fue elegido por sus cualidades personales¹⁴.

Esta disposición normativa expresa el principio general respecto del cual el cumplimiento de las prestaciones objeto de la obligación de hacer puede ser cumplida por el deudor o por persona distinta al deudor. Así, este principio es de aplicación a todos los tipos de obligaciones, salvo que su naturaleza, pacto o disposición legal lo impidan como en el caso de las obligaciones de hacer al tener carácter personalísimo (Osterling & Castillo 2008: 194)¹⁵.

En ese sentido, la regla general de nuestro Código Civil es la fungibilidad.¹⁶ Por tanto, la fungibilidad de una prestación existirá cuando otra persona distinta del deudor pueda dar cumplimiento a la obligación sin generarle ningún perjuicio al acreedor. De esa manera, serán hipótesis en las que el acreedor estará interesado ciertamente en el resultado de la

¹⁴ Cabe resaltar que en las Disposiciones Generales Capítulo Primero sobre el pago en el Libro VI (Obligaciones) se establece en el artículo 1222 regla similar mediante la cual se indica lo siguiente:

Artículo 1222.- “Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan. (...)”.

Se debe precisar como bien se ha señalado en la doctrina nacional que no se debe confundir el pago por tercero (reconocido en el artículo 1222 y artículo 1149) con la ejecución por tercero a costa del deudor (artículo 1150 numeral 2), pues la primera figura resulta ser un hecho jurídico realizado espontáneamente por un sujeto que no es deudor, mientras que la ejecución por tercero a cuenta del deudor es iniciada por el acreedor. Inclusive, el pago por tercero se sometería a las reglas del pago con subrogación o eventualmente al de enriquecimiento sin causa a diferencia del segundo supuesto (Vásquez 2022: 43-44).

¹⁵ De esa manera, su reconocimiento estaría dirigido a obtener la primacía de la satisfacción del interés creditorio, por lo que, si un tercero puede cumplir a través de su conducta con la satisfacción del interés del acreedor, no habría ningún motivo para que la ley niegue tal posibilidad (Vásquez 2022: 43). Asimismo, ello es conforme con la idea de que al acreedor le es indiferente quien cumpla con la obligación, pues su interés será satisfecho por el propio deudor o por un tercero (Osterling 2007: 67).

¹⁶ En el mismo sentido, en la doctrina nacional se ha señalado que la regla general es la fungibilidad de las obligaciones de hacer en razón de su impersonalidad y la excepción su no fungibilidad cuando sean personalísimas (Ferrero 2000: 55).

actividad sin importarle las cualidades personales de quien la ejecuta; es decir, le será indiferente la personalidad del deudor en la ejecución (Farias & Rosenvald 2017: 220)¹⁷.

En consecuencia, la excepción a la regla general de la fungibilidad en el cumplimiento de las obligaciones no será otra cosa que las obligaciones de hacer infungibles las cuales se pueden identificar cuando el interés del acreedor solo pueda ser satisfecho si la persona que realiza la actividad comprometida es el propio deudor; por ello, una consecuencia sería que el deudor no podría ser sustituido por otro (Diez-Picazo & Guillón 1992: 145)¹⁸. Las obligaciones de hacer infungibles también son conocidas en el derecho civil como *intuitu personae debitor* o *personalísimas*¹⁹.

¹⁷ En el mismo sentido, en la doctrina nacional se ha señalado que lo relevante para comprender la naturaleza y la configuración en el caso de la fungibilidad de una obligación se encuentra en el interés del acreedor que se puede calificar como indiferente o impersonal en relación a la persona del deudor, por lo que el interés será susceptible de ser satisfecho sin el concurso directo del deudor (Vásquez 2022: 47). Por lo tanto, una obligación de naturaleza fungible podrá ser satisfecha con: (i) la conducta del propio deudor, (ii) el pago espontáneo por tercero o (iii) la ejecución de un tercero a costa del deudor (esto último claramente en sede judicial).

¹⁸ Así también lo ha establecido otro sector de la doctrina española que indica que en la obligación de hacer y de no hacer infungible, *intuitu personae* o *personalísima*, lo fundamental para su configuración radicarán en que el resultado útil para el acreedor sea obtenido a través del desarrollo de la actividad del deudor, ya que el acreedor tiene interés especialmente en que la persona del deudor ejecute dicha prestación al estar vinculado por sus cualidades personales (Manrique 2001: 1174-1176).

En sentido similar, Araken de Assis que señala que en la infungibilidad la conducta personal del obligado se convierte en indispensable porque solamente de dicho modo se podrá satisfacer el interés del acreedor en el plano sustancial, mientras que en el caso de la fungibilidad, a partir de la prestación de un tercero bien podría darse una satisfacción total del objeto de la obligación (2016: 814).

¹⁹ En dicho sentido, se constituyen *intuitu personae debitor* cuando se toma en cuenta las condiciones especiales del deudor, sea porque se trate de un técnico o por poseer cualidades reputadas esenciales para el negocio y en dicho caso se les dice también *personalísimas* (Pereira 2020: 58). En sentido similar, Orlando Gomes ha establecido que la prestación de los hechos puede ser fungible o infungibles y será *personalísimo* siempre que deba ser ejecutado solamente por el deudor, porque depende de sus cualidades personales (2008: 50 – 51). Cabe preguntarnos cuál podría ser el criterio para poder identificar a las obligaciones fungibles o infungibles. En la doctrina española, se ha planteado que podrían ser dos criterios, uno de corte subjetivo y objetivo: (i) el subjetivo se establecería a partir de analizar qué llevó al acreedor a considerar al obligado como el sujeto especialmente idóneo para cumplir con la prestación; mientras que (ii) el objetivo tendría que ser analizado a partir del criterio de si no se puede sustituir al obligado por otra persona que pueda cumplir la obligación en condiciones similares (Di Commo 2009: 331).

Todo ello, por supuesto, debe ser analizado en cada caso concreto a partir de las circunstancias que así lo indiquen y podrían configurarse a pesar de que no exista convención expresa en ese sentido (Farias & Rosenvald 2017: 220). En el mismo sentido, Tiziana Di Commo plantea que la fungibilidad o infungibilidad no se puede establecer de manera apriorística basándose en una regla general y abstracta, sino que se debe analizar al caso concreto valorando las circunstancias de la obligación, el contenido, la intención de las partes, etc. (2009: 331-332).

Sin embargo, el análisis del caso en concreto deberá partir del interés del acreedor que no será aquel que está presente en el mero plano subjetivo de los motivos del acreedor, sino que deberá fluir y cobrar relevancia en el programa negocial concreto, valiéndose de los métodos de interpretación contractual (Vásquez 2022: 52-53).

Dicha infungibilidad puede resultar del acuerdo de las partes (infungibilidad convencional), de la naturaleza de la prestación (infungibilidad natural)²⁰ o provenir de la propia ley²¹ (infungibilidad legal)²².

Ahora bien, cabe resaltar que, si bien el artículo 1149 del CC se refiere a las obligaciones de hacer, para el caso de las obligaciones de no hacer no existe una norma similar. Ello es consecuencia de que como regla general las obligaciones de no hacer, que involucra una abstención específica del deudor, son infungibles por naturaleza, salvo en el caso de que sea posible deshacer o destruir lo hecho por un deudor de una prestación negativa. Esta es la razón por la que ante el incumplimiento de un deudor el inciso 2 del artículo 1158 del CC de 1984 permite exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor a través de la acción de un tercero.

Un ejemplo usual de las obligaciones de hacer infungibles en los manuales de derecho civil es el de aquel pintor reconocido que se compromete a realizar una determinada obra con características especiales para una exposición en una determinada fecha, la contratación de un jugador de fútbol, etc. Estos son ejemplos vinculados a la naturaleza personalísima de una obligación. No obstante, también puede darse la infungibilidad en el caso que se contrate a un determinado abogado para litigar respecto de un caso determinado debido a sus cualidades y experiencia en cierta disciplina del derecho, el diseño de un proyecto por un arquitecto con una expertise acumulada durante varios y años, y respecto de un tipo de proyecto, etc. Asimismo, la infungibilidad legal se manifiesta en los casos en los que un deudor (digamos, una empresa) es el concesionario de un servicio público con exclusividad en una condición que, por ser el único conocedor y el único proveedor en determinada zona, genera que sea el único que esté en condiciones de prestarlo²³.

²⁰ Theodoro Jr. (2000: 146).

²¹ En el mismo sentido, en la doctrina nacional Felipe Osterling y Mario Castillo Freyre indican que la regla establecida en el artículo 1149 tiene tres excepciones: (i) infungibilidad por la manifestación de voluntad de las partes, (ii) infungibilidad en razón de la naturaleza de la prestación (*intuitu personae*) y (iii) cuando la ley impide que un tercero ejecute la obligación (2008: 195).

²² Refiere Barbosa Moreira que existen casos en que la infungibilidad está configurada por mandato de la ley, lo que genera una imposibilidad jurídica y hasta material, de que la prestación sea realizada por otra persona que no sea el obligado (2012: 224).

²³ Ejemplo tomado de Barbosa Moreira (2012: 224).

Por otra parte, ejemplos sobre obligaciones de no hacer infungibles lo constituyen la prohibición a los trabajadores de revelar información sensible de una empresa (como cuando un químico farmacéutico se obliga frente a un laboratorio a no revelar la fórmula de elaboración de determinado medicamento²⁴), o que una empresa no pueda competir con otra empresa en determinado lugar del país por cierta cantidad de años por mutuo acuerdo, entre otras.

De otro lado, una segunda manera de enfocar la fungibilidad e infungibilidad es entender que su configuración radica exclusivamente en la posibilidad de subrogar²⁵ o no la actividad del deudor por parte de un tercero y a su costo con igual efecto satisfactorio para el acreedor. En consecuencia, cuando la prestación sea infungible no debería proceder la sustitución del deudor en el cumplimiento de la obligación y, ante su inejecución, debería solamente generar una tutela resarcitoria (indemnización de daños y perjuicios) (Manrique 2001: 1169)²⁶. En la doctrina nacional, se ha planteado la crítica a esta definición señalando que no capturaría la esencia de la categoría, sino que, en realidad, la definición sería una remisión a una de las consecuencias de la fungibilidad o infungibilidad: la posibilidad de sustitución de la ejecución de la prestación del deudor o no (Vásquez 2022: 46).

En tercer lugar, en la doctrina nacional y extranjera²⁷ se suele reconstruir también el concepto de prestación infungible, en relación a las obligaciones de hacer, indicando que,

²⁴ Ejemplo tomado de Osterling y Castillo Freyre (2008: 212).

²⁵ Se ha dicho en la doctrina nacional que este resulta ser el clásico entendimiento respecto a la fungibilidad de la obligación en la doctrina del *civil law*, por el cual se hace referencia a que una prestación de hacer pueda ser ejecutada por un individuo distinto al obligado, quien sería sustituible. De ese modo, en las prestaciones fungibles la ejecución del sustituto genera un contenido y resultado igual de satisfactorio que el cumplimiento del deudor (Vásquez 2022: 45-46). A manera de ejemplo de esta manera de entender los conceptos tratados, tenemos la definición de obligaciones personalísimas de Giovanni Priori, quien manifiesta que serían aquellas caracterizadas por el hecho de que, para satisfacer el interés del acreedor, no pueden ser ejecutadas por un tercero ni por un juez en nombre del deudor (2004: 134).

²⁶ El autor citado es español, por ello, cabe resaltar que dicha solución jurídica es conforme al Código Civil español de 1889 y la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881. Es a partir de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del 2001 que cambia totalmente la perspectiva sobre el cumplimiento en específico de este tipo de obligaciones. Véase al respecto Severin (2016), Di Ciommo (2019) y Montero Aroca (2014).

²⁷ Solo por traer algunos ejemplos, en la doctrina española, en consonancia con la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y el Código Civil español de 1889 se ha indicado que normalmente se asocia el principio de la incoercibilidad del *facere* a la idea de que la posibilidad de la ejecución *in natura* de la prestación de hacer infungible queda excluida, pues no es posible que, por su naturaleza, sean cumplidas por un tercero; por ello, el acreedor únicamente podrá obtener a cambio una prestación pecuniaria. En ese sentido, la ausencia de dispositivos de ejecución indirecta respecto de ese tipo de obligaciones trae como consecuencia la plena vigencia de la conexión entre la infungibilidad del *facere* y la incoercibilidad de la conducta o de la actividad que constituye su objeto (Manrique De Lara 2001: 1165-1666). Así también, en la

en dichos casos, cuando el deudor sea el único que pueda realizar el cumplimiento para satisfacer la obligación, no es posible obligarle a satisfacer al acreedor “*manu militari*” aplicando violencia a la persona del deudor para que realice aquello que no quiere hacer. De tal manera que rige el principio “*nemo cogi potest ad factum praecise*” siendo que cuando no se pueda exigir la prestación personal a través de la coacción física o corporal se resolverá la obligación con su conversión en daños y perjuicios (Costa 2000: 127)²⁸. Nuevamente, se quiere definir la naturaleza o concepto de la obligación infungible a partir de una de sus consecuencias según los límites que establece el ordenamiento jurídico material²⁹.

A partir de la segunda y tercera manera de abordar el concepto de fungibilidad e infungibilidad (que, a mi juicio, son definiciones cuestionables y no capturan el concepto más adecuado de la infungibilidad)³⁰, se genera la siguiente consecuencia: existe una vinculación entre la incoercibilidad del hacer infungible y del no hacer (que sería natural) y la exclusión de la posibilidad de que, a través de la técnica de ejecución, se pueda ejecutar *in natura* o específicamente aquello que es objeto de la obligación, siendo, por tanto,

doctrina civil brasileña se manifiesta que no es factible que el acreedor pueda exigir que la prestación de hecho sea satisfecha coactivamente en la forma específica si se tiene que sacrificar la libertad u otros derechos personalísimos del deudor. En consecuencia, regirá plenamente la regla del *nemo precise cogi potest ad factum* siendo que la obligación de hacer se convierte en una obligación de dar en un pago por daños y perjuicios si no es posible que puedan ser cumplidas por terceros (Gomes 2008: 48-49). Por su parte, en ese sentido, ya en la doctrina nacional, a propósito del artículo 1186 del CC peruano de 1936, se han pronunciado José León Barandiarán y Jorge Eugenio Castañeda y, más recientemente, defienden esa posición Osterling y Castillo Freyre, Espinoza, Ledesma, Barchi y Pimentel. Estas posturas nacionales serán abordadas en los puntos 3.1 y 3.3 del subacápite 3.

²⁸ El autor citado es un civilista brasileño y, como se verá en los puntos 3.1 y 3.2 del subacápite 3, propone una concepción que constituye un rezago del Código Civil brasileño de 1916 de Clóvis Beviláqua y la inserción del *nemo cogi potest ad factum praecise* traído desde el *Code Civil* francés de 1804 que, a la luz del Código Procesal Civil brasileño de 1973 y el Nuevo Código Procesal Civil del 2015, resulta una solución no acorde a la tutela específica garantizada a través de las técnicas procesales de dichos cuerpos normativos.

²⁹ De la misma manera, en la doctrina nacional, Walter Vásquez ha manifestado su desacuerdo al entendimiento según el cual la obligación infungible sería aquella en la que el cumplimiento *in natura* no es judicialmente coercible. En ese sentido, para dicho autor la obligación infungible es aquella en la que el interés del acreedor es uno específico y esencialmente dirigido hacia la persona del obligado en su relación al desarrollo de la prestación, todo ello en función de la programación concreta de intereses, las cualidades o características personales del deudor que han sido consideradas trascendentales para la satisfacción del interés creditorio (2022: 50).

³⁰ En mi opinión, ninguna de las definiciones captura la esencia del concepto de infungibilidad, puesto que lo importante en dicha categoría jurídica es que el interés del acreedor está enfocado en la conducta que debe realizar solamente el deudor para satisfacer dicho interés. Por lo tanto, el concepto de infungibilidad no debe ser construido sobre las posibles consecuencias como la insustituibilidad del deudor o la conversión de la obligación originaria (de hacer y de no hacer) en una indemnización de daños y perjuicios ante el incumplimiento del deudor a consecuencia prohibición del uso de la violencia en la ejecución forzada (incoercibilidad de dicho tipo de obligaciones).

únicamente posible obtener una conversión en daños y perjuicios (o, también, tutela resarcitoria manifestada en un equivalente monetario).

En otras palabras, bien podría entenderse que a partir de la combinación de la segunda y tercera concepción sobre infungibilidad se genera la restricción y exclusión de técnicas procesales que pretendan el cumplimiento en específico de dicho tipo de obligaciones e, inclusive, que a nivel de norma de derecho material solamente se otorgue una indemnización como tutela de corte material, cuando se requiera necesariamente de la conducta del deudor en obligaciones de hacer y de no hacer infungibles.

Por lo tanto, a partir de este entendimiento, las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles serían judicialmente incoercibles. Esta situación constituye un entendimiento mayoritario en la doctrina nacional civilista respecto a la tutela específica de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles, como será abordado en los puntos 3.1 y 3.3 del subacápite 3.

Empero, tal como explicaremos más adelante, debe ser separado y precisado en un análisis sustantivo de derecho material a partir de lo que indica nuestro Código Civil de 1984 que nos permita establecer, en primer lugar, si se reconoce o no la *tutela específica* o cumplimiento *in natura* para las obligaciones de hacer infungibles y de no hacer que requieran la conducta del deudor y no puedan ser satisfechas por un tercero, y, segundo, que nos permita establecer si un deudor puede ser condenado respecto ese tipo de obligaciones; y, de otro lado, un análisis procesal breve referido a la posibilidad de su ejecución forzada³¹.

Por otra parte, se debe enfatizar que, si bien el tema tratado está vinculado al Derecho Contractual y al Derecho de Obligaciones, teniendo en cuenta algunos de los ejemplos que hemos venido utilizando, no solo se generan deberes de hacer y de no hacer infungibles en dicho campo, sino también se producen en otras ramas como el Derecho Constitucional,

³¹ Dicho análisis procesal será breve y referido esencialmente a la institución de la ejecución forzada, dado que la presente investigación tiene como foco la tutela desde el derecho material de las obligaciones de hacer infungibles y de no hacer.

Derecho del Consumidor, Derecho Laboral, etc.³². Tal es el caso de una empresa que explota minerales o hidrocarburos que opera cerca de un distrito en nuestro país, en el que deberá cumplir el contenido del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado de los pobladores, y del derecho a la salud, que le impone obligaciones de no hacer respecto a la afectación del medio ambiente en determinada zona como no contaminar el agua ni el aire.

De la misma manera ocurre con los casos relacionados a los derechos de la personalidad de una persona, tales como el derecho al honor y buena reputación, que generará obligaciones de no hacer respecto de otras personas que puedan amenazarlos o lesionarlos. No es diferente el caso de obligaciones de hacer infungibles el caso en el que el Estado peruano se vea obligado a proporcionar determinada medicina a través del sistema de salud pública en razón del derecho a la salud³³.

Sin perjuicio de ello, debemos enfatizar que el presente estudio está enfocado en las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles principalmente según la regulación de nuestro Código Civil de 1984, y sus antecedentes históricos. Por ello, a fin de concluir el presente subcapítulo y poder desarrollar los siguientes cabe preguntarnos sobre el origen de la idea de la incoercibilidad judicial de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles (*nemo ad factum praecise cogi potest*) que genera que, ante el incumplimiento del deudor, solamente pueda otorgarse una tutela *material* meramente resarcitoria en equivalente,

³² En ese sentido, en la doctrina procesal brasileña, Eduardo Talamini manifiesta que muchos de los deberes de hacer y de no hacer no obligacionales (esto es, los que están fuera del Derecho Contractual y de las Obligaciones) son la contracara de derechos constitucionalmente consagrados como la vida, la integridad física, la libertad, la honra, la intimidad, seguridad social, la salud, el medio ambiente “ecológicamente equilibrado”, patrimonio histórico y artístico, entre otros (2003: 36). En sentido similar, en la doctrina constitucional, Carlos Bernal ha señalado que las posiciones de derechos fundamentales son relaciones triádicas conferidas por las normas vinculadas a derechos fundamentales (producto de la interpretación de disposiciones de enunciados de derechos fundamentales) que generar un derecho a algo, libertades y competencias, y que regulan las relaciones entre el individuo y el Estado y los particulares (2012: XXX) que generan tres elementos: “el titular del derecho (sujeto activo), el obligado por el derecho (sujeto pasivo) y el mandato iusfundamental (objeto del derecho), siendo que en esta última se generan deberes de hacer y de no hacer, por ejemplo, la norma que se extrae, a través de la interpretación, del enunciado normativo vinculado al derecho a la vida, genera deberes al Estado de garantizar dicho derecho, pero también a los particulares y al mismo Estado de evitar acciones (un no hacer) que lesionen dicho bien jurídico constitucional (Sosa Sacio 2018: 37-38).

³³ De hecho, en el caso Meza García (Exp. N° 2945-2003-AA/TC), en el que el Tribunal Constitucional ordenó que a una paciente con VIH/SIDA el Estado le brinde la provisión de medicamentos y análisis correspondientes para tratar su enfermedad por carecer de recursos económicos.

repetida en la doctrina nacional mayoritariamente e internacional, y, de ser así, si se trata de una interpretación que aún es mantenida por el propio país donde más se difundió (Francia). Ello nos permitirá analizar, posteriormente, si está justificada dicha posición en el contexto histórico actual de los estudios del derecho civil y del derecho procesal civil que, en el caso especial de estos últimos, propugnan por una *tutela específica* y cumplimiento *in natura* como regla para todo tipo de deberes jurídicos de hacer y de no hacer sin mayor diferencia, incluyendo las de tipo contractual.

2. El dogma de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer (*nemo ad factum praecise cogi potest*)

2.1. *Nemo ad factum praecise cogi potest*: orígenes y fundamento

Se ha dicho que el proceso evolutivo de los diversos instrumentos de realización forzada de los deberes jurídicos en la tradición jurídica continental, desde el derecho romano hasta la actualidad, debe ser analizado bajo dos criterios: (i) la humanización de tales mecanismos³⁴ y (ii) la tendencia a la identificación entre el objeto originario de la deuda y el instrumento de la responsabilidad³⁵ (Talamini 2003: 42).

Detrás de estos criterios que permiten analizar los instrumentos de realización forzada de los deberes jurídicos de hacer y de no hacer, se encuentra la preocupación histórica en el derecho romano, el derecho medieval, la edad moderna y la industrialización y, en la actualidad, respecto al cumplimiento en específico o el cumplimiento a través de un equivalente pecuniario como respuesta al incumplimiento de dichos deberes (desde el punto de vista sustantivo) y, a su vez, de la posibilidad a nivel de la ejecución (desde el punto de vista procesal) de conseguir lo que el derecho material establece (Pérez-Ragone 2014: 360-361).

³⁴ Y ello es algo remarcado por Eugenia Ariano al comenzar a explicar la ejecución forzada en el período más antiguo del derecho romano, respecto del cual indica que, como en todas las manifestaciones jurídicas de los pueblos de la antigüedad, la tendencia de esas técnicas era representar un sentimiento de venganza, de sanción, de pena, que el acreedor no satisfecho imponía a su deudor (1998: 12).

³⁵ Esta afirmación hace referencia a la tendencia de buscar una tutela específica de la prestación que tiene que otorgar el deudor, pues debe existir una coincidencia entre dicha prestación y lo que realmente el derecho le permite conseguir al acreedor a través del reconocimiento de tutelas materiales y técnicas de ejecución procesal que tiendan al cumplimiento en específico.

Dicho problema también ha sido abordado de la siguiente manera por parte de Liebman, (1980: 231):

“En el caso de las obligaciones de hacer y de no hacer, que tienen por objeto una actividad o abstención del deudor, y que requieren y necesitan para su cumplimiento la voluntad y disposición de practicarse tal actividad o abstención, se genera la problemática de que parecería que, por ser insustituibles, no existiría la posibilidad práctica de darle al acreedor la satisfacción en forma específica por los medios ejecutivos. Esta dificultad material añade otra de carácter jurídico, pues mientras que el empleo de la fuerza es legítimo cuando el órgano de ejecución realiza los actos materiales sobre las cosas del mundo exterior, suscita mayores reacciones por parte de la doctrina jurídica la idea de que la fuerza pueda ser empleada sobre la persona del obligado para inducirlo a cumplir con su obligación”.

Justamente es en dicho panorama que el *nemo ad factum praecise cogi potest* ha sido utilizado generando la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer.

En la doctrina se ha indicado respecto a este adagio que podría encontrar sus fuentes más remotas en el derecho romano³⁶; sin embargo, ello, en realidad, no habría sido fruto del

³⁶ Este entendimiento se desprende del análisis histórico de Enrico Tullio Liebman sobre el problema de la idea de que la fuerza sea empleada sobre la persona del deudor para llevarlo a cumplir las obligaciones de hacer y de no hacer, y su relación con la consecuencia de que ante el incumplimiento siempre debía dar lugar a una simple indemnización. Es así que ya en el Digesto se encontraría la siguiente afirmación: “*quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*” (Celso, D., 42, 1, 13, 1) (1980: 231-232).

Esta idea también es respaldada en la doctrina brasileña por Moacyr Amaral Santos, quien señala que entre los romanos regía el principio de que el incumplimiento de las obligaciones *faciendi vel non* resultaría siempre en una indemnización por daños y perjuicios. En ese sentido, ello estaría reconocido en el conocido texto de Celso (D. 42. 1. 13. 1). Dicha doctrina romana habría pasado a los glosadores Bartolo y Favro. Posteriormente, ya en el derecho francés cercano al *Code Civil* de 1804, Pothier sería quien utilizaría la fórmula según la cual toda obligación de hacer y de no hacer, en caso de incumplimiento, se resuelve en daños y perjuicios porque nadie puede ser coaccionado a cumplir obligaciones de esa naturaleza. Sería de ese modo que el Código Napoleón incluiría el artículo 1142 que se transmitió a la generalidad de las legislaciones contemporáneas que fueron influenciadas por el derecho francés (1999: 375). Esta posición, también, es reafirmada por Humberto Theodoro Jr. (2000: 146).

En sentido similar, Guilherme Amaral plantea que es común en la doctrina la idea de que la actuación de los medios de coerción en el derecho romano se habría inclinado a la realización principalmente de las prestaciones pecuniarias. De ese modo, las obligaciones de entrega de cosa, de hacer y de no hacer se convertían en pecunia a través del procedimiento denominado *arbitrium litis aestimandi*. Posteriormente, el mismo autor indica también que habría sido un error de interpretación de los glosadores en la Edad Media quienes, a partir de la constatación que la ejecución *in natura* era más sencilla en las obligaciones de dar y más difícil, casi que imposible, en las obligaciones de hacer, entendieron que el texto de Celsus autorizaría la mencionada distinción. Sería así que, posteriormente, en el siglo XVI, Favre plantearía el brocardo *Nemo praecise potest cogi ad factum* (2010: 30-31).

Respecto a este tema, Alvaro Pérez Ragone indica que en el Derecho Romano predominó la condena pecuniaria que tuvo su origen en el procedimiento formulario, siendo posteriormente recibida por el emperador Justiniano en el procedimiento de la cognición extraordinaria. No obstante, existió una única constitución de Justiniano que hacía referencia al cumplimiento en especie en el Cod. Ius. 7,4,17, mientras que el principio de condena pecuniaria aparecía en su versión clásica en las *Instituciones* de Gayo del siglo II

espíritu del derecho romano sino más bien obra de la interpretación de los glosadores y comentaristas del derecho intermedio, entre los que destacan, en Italia, Accursio (1184-1263) y Bartolo da Sassoferrato (1314-1357); en Holanda, Di Vinnio (1588-1657); y, en Francia, Doneau (1527-1591) y Cujas (1522-1590), quienes interpretaron y reelaboraron un pasaje del Digesto³⁷ que informa la opinión de Celso (D., 42, 1, 13,1)³⁸ (Giabardo 2022: 130).

Existía, pues, en las reflexiones de estos autores respecto a la tipología de las obligaciones de hacer en general y, también, sobre las obligaciones infungibles en particular, una opinión basada en que, en el contexto del iusnaturalismo, la incoercibilidad debía ser la solución a la tutela de las obligaciones mencionadas con la finalidad de evitar que la violencia sea aplicada a un hombre libre, ya que, de otro modo, la compulsión reduciría al ser humano, por naturaleza libre, a una situación de servidumbre y sería tratado como un objeto. En consecuencia, la fórmula del *nemo ad factum* expresó un enunciado de tipo *normativo* respecto a cómo deberían tutelarse las obligaciones de hacer en general, lo cual no era otra cosa que un juicio de valor, axiológicamente caracterizado, basado en el progreso histórico del iusnaturalismo, luego de cuestionadas las estructuras feudales (Giabardo 2022: 130-131).

d.C. En consecuencia, en el sentido expresado por Gayo, a opinión del autor, es posible leer e interpretar el principio sentado por Celso en Dig. 42, 1, 13, 1. Cabe también añadir que según dicho autor la disposición y mención del Dig. 6, 1, 68, aun cuando era excepcional, permitía que el acreedor *manu militari* obtenga la cosa que le es debida.

Finalmente, no es posible afirmar que a partir del texto del Digesto de 42,1,13,1 se pueda concluir que el único principio haya sido el de la condena pecuniaria, aunque sí el prevalente, pues regulaba un supuesto muy especial relacionado con la estipulación y no con las obligaciones en general, no pudiendo afirmarse de manera categórica si el acreedor podía demandar solamente la reparación o algo más (2014: 362-363).

³⁷ La palabra “Digesto” proviene del latín *digestum*, derivado de *digerere*, que significa distribuir, ordenar. El origen del Digesto se remonta al 530 d.C, época en la que el emperador bizantino Justiniano I ordena la compilación y codificación de las obras jurídicas de los jurisconsultos romanos. En ese contexto, el primer Digesto, fue codificado por Triboniano entre el 530 y 533 d.C. conocido como el *Digesta sive Pandecta iuris*. Su objetivo fue compilar, para según los deseos de Justiniano, restaurar el antiguo Imperio romano, permitiendo rescatar aquella tradición jurídica e imponer un conjunto de leyes uniforme sobre el imperio. En general, en dicho cuerpo normativo se contenían respuestas de los juristas a casos planteados (Universidad Nacional de San Luis). Disponible en: <http://digesto.unsl.edu.ar/digesto.html>

³⁸ Esta interpretación indicada por Carlo Vittorio Giabardo también es señalada por Eduardo Talamini, para quien en el derecho romano jamás se formuló el brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest*. En realidad, esto se habría dado hacia el final de la Edad Media por obra de los glosadores y comentaristas, quienes pretendieron extraerlo de las fuentes romanas (2003: 47). Así también, entre nosotros, se ha manifestado que, a consecuencia de una indebida interpretación de los textos romanos, los glosadores acuñaron el principio *nemo ad factum cogi potest*; sin embargo, ello no fue suficiente para consagrarlo a nivel de la praxis (Zela 2008: 66).

De manera que, en realidad, el reconocimiento y concepción del adagio estudiado devendría del periodo del Derecho Común y Canónico en la época medieval. En efecto, su antecedente más próximo en dicho periodo sería la lectura del jurista y juez francés Antoine Favre (1557-1624) durante el siglo XVI, quien, por primera vez, expresaría la regla de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y no hacer bajo la idea de que nadie puede ser forzado a hacer un acto específico (*nemo precise ad factum cogi potest*) (Hallebeek 2013: 218)³⁹.

Posteriormente, dicha fórmula estereotipada fue acogida en Francia por Pothier, uno de los principales juristas que influyeron el Derecho Civil anterior y posterior a la codificación de 1804⁴⁰. En ese sentido, este entendimiento respecto a la posibilidad o no de coaccionar al deudor a cumplir las obligaciones de hacer y no hacer es confirmado por la doctrina del derecho civil de Pothier, quien señalaba que:

“El efecto de la obligación de una persona que ha sido contratada para hacer alguna cosa, es que ella debe hacer lo que se obligó hacer; y que, si no lo hace, después de haber sido requerida para que lo haga, debe ser condenada al pago de daños y perjuicios a aquel con quien ha sido contratada (...)

El juez, en vista de esta demanda, otorga un cierto tiempo dentro del cual el deudor venga obligado a hacer lo que ha prometido; y en caso de que no lo haga dentro de dicho término se le condenará en costa, al pago de daños y perjuicios (...)

El efecto de la obligación de una persona que ha sido contratada para un no hacer es que, si lo realiza, estará obligada al pago de daños y perjuicios que resultan del daño que ha sido causado haciendo aquella cosa (1764: 164-166).

Asimismo, dicho autor manifiesta que cuando alguien se obliga a hacer alguna cosa, ello no otorga al acreedor el derecho de obligar al deudor exactamente a lo que se ha obligado

³⁹ En sentido similar, Marcel Planiol manifestaba que el adagio *Nemo praecise cogi potest ad factum* es bastante antiguo, teniendo como supuesto antecedente la fórmula pronunciada por Bartolo quien señalaba “*Quando est in obligatione rem dari, quis praecise compellitur; in obligationibus autem facti quis non praecise compellitur, sed liberatur solvendo interesse*” (Sur la loi 1, De act. Empti). Ya según dicho autor existiría una primera huella en el Digesto “*In pecuniam numeratam condenatur sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*” (Celsus, Dig., libro XLII, tit. 1, fr. 13, § 1). Sin embargo, la fórmula actual se encontraría en la máxima de Antoine Favre, quien fuera presidente del Senado de Savoie, muerto en 1624: “*Nemo praecise potest cogi ad factum, quia sine vi et impressione id fieri non potest, ideoque in obligationibus faciendi succedit praestatio ejus quod interest*” (Rationalia, Genève, 1626; sur la loi 6, § 2, liv. VIII, tit. 5) (1902: 57, nota a pie de página 1).

Ello también es señalado por Enrico Tullio Liebman, quien señala que Antonio Fabro, en el siglo XVII, escribió, forjando una fórmula hasta la actualidad repetida, lo siguiente: “*Nemo praecise potest cogi ad factum, quia sine vi et impressione id fieri non potest, ideoque in obligationibus faciendi succedit praestatio eius quod interest*” en (Rationalia, Ginebra, 1626, en comentario a la Ley 6, párrafo 2º, D., Lib. VIII, Título. 5). Sin embargo, dicho autor plantea que esta fórmula tendría sus orígenes en el derecho romano (1980: 232).

⁴⁰ Giabardo (2016: 146-147).

a hacer sino tan solo a que sea condenado a los pagos de daños y perjuicios, en virtud del famoso *Nemo ad factum praecise cogi potest*. De la misma manera, para el caso de una obligación de no hacer, solo otorga el derecho de perseguir en la justicia al deudor y condenarlo por daños y perjuicios, salvo en el caso que sea posible la destrucción de la cosa hecha (1764: 175-176)⁴¹.

En ese sentido, habiendo ya encontrado los orígenes del adagio estudiado y primer sentido inicial, corresponde estudiar los fundamentos que se desarrollaron en el período de la Revolución Francesa y el *Code Civil* de 1804. Fue en dicho período en el que la doctrina más ha hecho hincapié sobre su aplicación, negando la posibilidad de una *tutela específica* (o, también, cumplimiento *in natura*) de las obligaciones de hacer y de no hacer, inclusive de manera general, es decir, siendo irrelevante si eran infungibles o fungibles.

Al respecto, no se debe dejar de tomar en consideración que la economía del mundo en el siglo XIX se formó principalmente en virtud de la Revolución Industrial inglesa; en cambio, el aspecto político e ideológico que predominó en el mundo se formó, principalmente, bajo la influencia de la Revolución Francesa. Tanto es así que en relación al aspecto jurídico los códigos legales de muchos países fueron influenciados directamente por la Revolución Francesa (Hobsbawm 2009: 61). Uno de estos referentes fue el *Code Civil* de 1804⁴².

⁴¹ Lo mencionado también es resaltado por Enrico Tullio Liebman, quien indica que el *Nemo potest praecise cogi ad factum* era repetido por Pothier, en su Tratado de las Obligaciones, bajo la siguiente fórmula en idioma francés: “*C’est en cette obligation de dommages et intérêts que se résolvent toutes les obligations de faire quelque chose car nemo potest praecise cogi ad factum*”, que posteriormente el Código Civil francés fiel a esta tradición repitió en su artículo 1142 (1980: 232).

Más de un siglo después, a pesar de la aparición de las *astreintes*, Marcial Planiol, conocido jurista de la doctrina del derecho civil francés clásico, señalaba que cuando el deudor se niegue a cumplir las obligaciones de hacer, la ejecución forzosa es imposible y ello está fundamentado en el viejo adagio *nemo potest cogi ad factum*. La razón de ello estaría, a su juicio, en que la ejecución obtenida por la fuerza casi siempre sería defectuosa sobre todo porque requeriría el uso de medios violentos contrarios a la libertad individual. De ahí que todos serían libres de rechazar el cumplimiento de sus obligaciones, excepto de las consecuencias pecuniarias (equivalente en dinero al acreedor). Empero, el mismo autor aclara que ello no impide que si un tercero puede ejecutarlo (cuando no se trate de obligación de hacer infungible) se realizará la ejecución forzada a expensas del deudor. Por otra parte, el mismo autor señala que este viejo adagio es completamente aplicable a las obligaciones de no hacer (1902: 58).

⁴² Si bien existieron otros proyectos anteriormente, fue a partir de Napoleón Bonaparte que comienza a concretizarse el proyecto del *Code Civil* de 1804 con el nombramiento de una comisión de cuatro miembros responsables de su redacción: Tronchet, Bigot du Préameneu, Portalis y Malleville (Planiol 1904: 27). Finalmente, se promulga dicho cuerpo normativo el 21 de marzo de 1804.

De dicho modo, aunque ya han pasado más de 200 años desde que ocurrió uno de los más grandes hitos de la historia de la codificación⁴³, aún siguen vigentes las bases teóricas y presupuestos filosóficos en los diferentes códigos legales de diversos países que fueron influenciados por Francia, principalmente los países de la Europa Continental y América. El *Code Civil* de 1804, propio de su época, reflejó valores del contexto filosófico e histórico en el que se desarrolló: iluminismo racionalista y liberalismo decimonónico.

En efecto, el Código Napoleónico expresaba las ideologías del iluminismo racionalista y el liberalismo que fueron también sostén para las conquistas de la Revolución Francesa. Respecto a la primera, poseía las características de ser racionalista y secular, pues se tenía un convencimiento de la capacidad del hombre en principio para poder entenderlo todo y resolver los problemas utilizando la razón. Asimismo, para el liberalismo, el mundo humano estaba formado por átomos con particulares pasiones y necesidades, que procuraban, por encima de todo, las máximas satisfacciones y las mínimas contrariedades. Por ello, cada hombre estaba naturalmente poseído de vida, libertad y afán de felicidad (Hobsbawm 2009: 239-242).

En resumen, en estas conquistas burguesas se manifestaron los siguientes valores defendidos y conseguidos producto del proceso social y político de la revolución: la libertad, la propiedad⁴⁴ y la igualdad⁴⁵. La libertad, debido a los abusos y arbitrariedades del régimen monárquico y antecedentes anteriores, se concibió de una manera exacerbada entendiéndose como un valor absoluto que debía ser protegido junto a la voluntad y autonomía del ser humano, siendo todos estos valores intangibles.

⁴³ Según Planiol, la codificación en Francia significó algo más que la unificación del derecho, pues es posible que la ley se una en un Estado sin que esté codificada. Sin embargo, en el caso francés se creó un código uniforme y sencillo aplicable a todos los ciudadanos contenida en un solo cuerpo normativo, en lugar de dispersarse en varias leyes (1904: 7).

⁴⁴ Uno de los artífices del *Code Civil* de 1804, Portalis, en el discurso de explicación sobre dicho proyecto, manifiesta que el derecho de la propiedad es una institución directa de la naturaleza y la manera como se ejerce es un accesorio, un desarrollo que es consecuencia del propio derecho (2014: 49). Esta visión manifiesta la importancia que tenía este derecho y además como la visión burguesa de la Revolución Francesa influyó sobre la valoración de este derecho en el propio *Code Civil*.

⁴⁵ Por influencia de la Revolución Francesa, en el derecho privado los principales avances fueron la protección de la libertad individual y el respeto por la propiedad individual. Asimismo, se buscó eliminar todo rastro de privilegios con la correspondiente ascensión del principio de igualdad ante la ley (Planiol 1904: 24).

Dicha exacerbación de la autonomía de la voluntad en Francia estuvo marcada por el movimiento político-social de liberación de la persona humana de las relaciones serviles y de rompimiento con el sistema feudal anterior, que tuvo como una de las consecuencias más importantes, en el plano jurídico, la prohibición de medidas de coacción sobre la persona del deudor que eran típicamente usadas para el cumplimiento en específico en aquel momento histórico (Guerra 1998: 108-109)⁴⁶.

Ciertamente, en el Derecho Común y Canónico, en el que rigió el sistema feudal, en los países de la tradición jurídica continental o *civil law*, como Francia, Alemania⁴⁷, Italia, entre otros, se difundió un sistema riguroso de medidas tanto patrimoniales como personales contra la contumacia (en sentido lato) que abarcaba tanto el no comparecimiento en el proceso como el incumplimiento de las determinaciones del juez (como el rechazo deliberado a cumplir la sentencia cualquiera sea su prestación). En esta tradición jurídica, era utilizado un sistema complejo y organizado de multas (*multactio*), prisiones (*captura* o *carceratio*), el exilio (*bannitio* o *bannum*)⁴⁸, cauciones (especialmente en el derecho estatutario italiano), la *missio in possessionem*⁴⁹ de origen en el derecho romano, *confiscación de bienes*, *blasmus*⁵⁰, *excommunicatio*, la *tortura* (aplicado especialmente a los mercaderes en materia de quiebra para que revelen la ubicación del dinero perdido y reconozcan las deudas que negaron haber asumido), etc., que se aplicaban progresivamente, de manera general, del más leve al más grave cuando persistía la contumacia, hasta llegarse a la *bannitio* o *bannum* cuando no se conseguía atrapar al deudor y el *blasmus* no tenía efectos en la práctica⁵¹.

⁴⁶ En el mismo sentido, Humberto Theodoro Jr. indica que la Revolución Francesa, dominada por el liberalismo decimonónico, otorgó a la voluntad individual una dimensión mayor en el plano de los reglamentos jurídicos y al Estado una participación mínima. En tal sentido, para romper con el viejo régimen aristocrático no existía un mayor valor que la libertad cuyo carácter casi absoluto pasó a dominar la teoría de los negocios jurídicos (2001: 89).

⁴⁷ Tal como se mencionará más adelante, cabe resaltar que la multa y prisión utilizadas en el derecho territorial alemán aún están vigentes, aunque con ciertos matices, en su régimen vigente de ejecución de obligaciones de hacer y no hacer (Talamini 2003: 47).

⁴⁸ La *bannitio* o *bannum* consistía en la declaración pública de exilio.

⁴⁹ Dicha *missio in possessionem* permitía al acreedor poder poseer los bienes del deudor hasta que cumpliera con su obligación, que viene desde el Derecho Romano y que fue bastante difundida en el derecho común (Talamini 2003: 47).

⁵⁰ El *blasmus* era una especie de sanción en forma de amonestación o reproche moral.

⁵¹ En dicho sentido: Chiarloni (2005: 100 nota 64); Giabardo (2022: 131); Talamini (2003: 47).

Dichas medidas tenían una función eminentemente pública, pues no buscaban, en principio, la tutela del derecho de la contraparte a obtener aquello que esperaba, sino más bien tutelar el prestigio de la jurisdicción que sería perjudicada con la inobservancia de las órdenes del juez (Giabardo 2022: 131).

Pero no solamente en dichos países de la tradición del *civil law* se utilizaron medidas de ese tipo. También en Inglaterra, país perteneciente al *common law*, las actuales *contempt of court*⁵² (desacato o desobediencia a la corte con una respuesta, principalmente, a través de multas o la prisión) de origen germánico⁵³ fueron utilizadas en plena época medieval; inclusive, a diferencia de otros países del *civil law*, se han mantenido con una similar intensidad en la actualidad en países basados en la tradición del *common law*⁵⁴. Y ello es comprensible, pues la idea de la búsqueda de un cumplimiento en específico es un problema que es transversal a las tradiciones jurídicas del *common law* y *civil law* en las distintas épocas en el Derecho occidental.

⁵² Marcelo Lima Guerra señala que con este concepto se hace referencia a una variedad de conductas que pueden ser calificadas como *contempt* que pueden ser realizadas por las partes, abogados, testigos, jurados y hasta meros espectadores de la audiencia. Entre los muchos ejemplos que pueden atribuirse a dicha categoría se encuentra intentar agredir a un juez, un abogado u otra parte, interrumpir una audiencia, amenazar testigos, jueces, oficiales de justicia, no cumplir órdenes judiciales, etc. Por lo tanto, dicho instituto está principalmente pensado para preservar la autoridad y garantizar una correcta prestación de la tutela jurisdiccional en países del *common law* (1998: 72-73).

La clasificación más reconocida en la doctrina respecto a la *Contempt of court* es la que la divide en *Civil Contempt* y *Criminal Contempt*. La primera sirve para inducir (coaccionando) a una parte a cumplir una orden judicial, mientras que la segunda busca principalmente sancionar una conducta irrespetuosa. Por ello, se señala que el *Criminal Contempt* mira al pasado y el *Civil Contempt* se dirige al futuro (Guerra 1998: 95).

Para un estudio más profundo de la institución del *Contempt of Court*, véase: De Rossi (1934); Giabardo (2016, 2022 89-124); Cordray (1998: 407-462); Livingston (2000: 345-428); Guerra (1998: 70-108); Ariano (2015: 107-110).

⁵³ Michelle de Rossi señala que normalmente se manifiesta que el *Contempt of Court* tendría origen romano en el instituto del *Contemptus Curiae* (1934: 31-33); sin embargo, en realidad: “no se puede hablar de una semejanza más íntima entre el instituto de la contumacia romana y el *Contempt of Court* anglosajón. El nombre del *Contemptus Curiae* es más un ejemplo de la influencia formal del derecho romano sobre el inglés que otra cosa, como se desprende del hecho de que en el derecho anglosajón aquello que del siglo XII fue constantemente llamado *Contempt of Court*, antes fue llamado *oferhyrnes*, o también, con el nombre latinizado, *oversennessa*, ambos términos con raíces germánicas y coincidente en el concepto con las ideas germánicas, especialmente con aquellas de los germanos del Norte, y de la Langobardi.

Dicho ello se aprecia el gran valor que puede tener una investigación de los primeros orígenes de nuestro instituto, no en función de los conceptos romanos, sino a través de las antigüedades, con frecuencia, oscuras de aquel *Allgemeine Deutsche Rechtsgeschichte*, que ha tenido un amplio desarrollo recientemente en Alemania.” (1934: 34-35).

⁵⁴ En ese sentido, Carlo Vittorio Giabardo manifiesta que el *Contempt of court* era parte de la administración de justicia desde los primeros tiempos de la existencia de las Cortes inglesas (inmediatamente después de la conquista normanda de Inglaterra en 1066) en pleno período feudal. Inclusive, a pesar de sus claras raíces medievales y feudales, se han mantenido hasta la actualidad, a diferencia de países del *Civil Law* como Francia en los que han desaparecido la mayoría de institutos coercitivos de la época medieval (2022: 95).

Asimismo, es necesario enfatizar que, si bien se ha señalado que en los sistemas de *civil law* se utilizaron, mayoritariamente, medidas coactivas de naturaleza indirecta que se dirigían a disuadir al deudor psicológicamente, como las multas para buscar el respecto a las órdenes dictadas en sede jurisdiccional en el derecho medieval (canónico y común), también existieron ejemplos de medidas coactivas directas⁵⁵ (dirigidas sobre la persona del deudor para que realice el deber de hacer y de no hacer) en el caso del copista⁵⁶ y del novio refractario a casarse con su novia (Hallebeek 2013: 219-224).

En el primer caso, el copista que no quería cumplir con realizar la copia de alguna obra era encadenado a su escritorio hasta que terminara su trabajo, mientras que, en el segundo caso, se casaba al novio a pesar de estar en contra⁵⁷. Es manifiesto que en ambos casos se ejercía una clara afectación sobre la persona del deudor, pues en el primer caso se afectaba su integridad física y en el segundo su integridad psicológica o mental.

La explicación de la existencia de dichas medidas coercitivas indirectas y directas en la época medieval se justificaba por la transición de un sistema esclavista a un sistema feudal, con lo cual las prestaciones de trabajo que constituyen el más frecuente tipo del *facere* pasan del campo material de la coerción material al campo de la coerción jurídica. De dicho modo, se hizo necesario construir todo un aparato específico sancionatorio de acuerdo al contexto de dicha época dominada por el sistema feudal para satisfacer las necesidades económicas⁵⁸.

⁵⁵ Estas medidas no están relacionadas con el concepto de ejecución directa, ejecución sustitutiva o medidas subrogatorias del Estado, pues esta última se realiza solamente sobre el ámbito patrimonial del deudor (ligado al principio de responsabilidad patrimonial) con la actividad del Estado sin necesidad de pedir la colaboración del deudor con su participación. Por ejemplo, dicha ejecución directa se produce con el típico esquema de la ejecución forzada (embargo-remate). En ese caso, el Estado no necesita de ninguna colaboración del deudor para el cumplimiento de la prestación que solicita el acreedor.

⁵⁶ Durante la época medieval un copista era una persona que tenía por oficio copiar escritos u obras literarias.

⁵⁷ La justificación en el primer caso radicaba en que la función del copista estaba vinculada a un interés público que debía prevalecer de difusión del conocimiento, mientras que en el segundo caso el fundamento se encontraba en que el matrimonio era de carácter sagrado e irrevocable, generando que por la naturaleza del matrimonio no se pueda valorar económicamente el perjuicio causado a la parte perjudicada (Hallebeek 2013: 224).

⁵⁸ Chiarloni (2005: 82).

De dicho modo, a juicio de Sergio Chiarloni, en el contexto de la Revolución Francesa que rechazaba y reaccionaba negativamente al sistema feudal anterior, se generó la siguiente consecuencia:

“La canonización, en la cultura iusnaturalista francesa, del principio *nemo ad factum praecise cogi potest* constituye, de hecho, un reflejo del secular proceso de disolución de la sociedad feudal y de la consecuente afirmación ‘también en las relaciones entre privados’ de los valores de la autonomía, libertad e igualdad que serán luego recogidos por la revolución y analíticamente codificados en la legislación napoleónica (2005: 85)”⁵⁹.

Todo este contexto descrito influyó directamente en la redacción del artículo 1142 del *Code Civil* de 1804 que regulaba: “*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur*”⁶⁰. En efecto, dicha regulación se construyó bajo la premisa, como se muestra en la exposición de motivos de obra de Bigot-Préameneu (uno de los autores del *Code Civil* de 1804), que nadie puede ser constreñido en su persona a hacer o a no hacer una cosa en cuanto de otro modo debería ponerse en práctica una violencia que no puede ser un modo de ejecución de los contratos (Chiarloni 2005: 118).

Aplicar violencia significaba precisamente valerse de medios ejecutivos directos (que se dirigían contra el cuerpo de la persona) o indirectos (que buscaban disuadir al deudor) para conseguir el cumplimiento en específico. Por ello, en la ejecución forzada no podía ser aplicada esa violencia a través de esos medios.

En tal sentido, dicho artículo recogía el principio del *nemo ad factum praecise cogi potest* o, también, el de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer que generaba la

⁵⁹ A pesar de que esta tendencia al respeto absoluto de la libertad humana es reconocida como el triunfo de la Revolución Francesa, se ha señalado que esta idea no habría surgido propiamente en el Siglo de las Luces, o en el contexto de los derechos fundamentales del constitucionalismo decimonónico, pues ya en la doctrina jurídica medieval existieron ejemplos de autores que planteaban esta idea para evitar el efectivo cumplimiento de obligaciones de hacer que generaran el empleo de medidas coactivas que implicarían violencia física o psicológica sobre el deudor. Es el caso del jurista italiano Dino del Mugello (1253-1298) y Bártolo de Sassoferrato (1314-1357). El primero propugnaba por la idea de que el cumplimiento forzoso de una obligación de hacer sería un acto de esclavitud injustificable fundamentándose en el Digesto (D.43.29.1-2), mientras que el segundo autor planteaba que como regla general en las obligaciones contractuales de mero hacer no pueden ser forzadas a ser cumplidas en *specie* y, en lugar de ello, era posible que el deudor ofreciera una indemnización pecuniaria (Hallebeek 2013: 217-218). Sin embargo, también se debe resaltar que fueron posiciones minoritarias pues la importancia que se le dio en el derecho medieval influenciado por el derecho canónico, al cumplimiento de la palabra dada, llevó a que se utilizarán todo tipo de medidas coactivas inclusive directas que implicaban afectación a la integridad física y psíquico de los deudores.

⁶⁰ Toda obligación de hacer o no de hacer se resuelve en daños y perjuicios e intereses, en caso de incumplimiento del deudor.

imposibilidad de obligar o constreñir al deudor al cumplimiento específico a través de una ejecución in natura, por ello, solamente se podía obtener una prestación pecuniaria a cambio⁶¹ (Marinoni, Arenhart & Mitidiero 2015: 675)⁶².

De ese modo, esta norma del ordenamiento francés era una norma radical que, al menos en apariencia e, inicialmente, bajo una lectura del dato normativo, rechazaba el principio de la prioridad del exacto cumplimiento para las obligaciones de hacer y de no hacer, generando que su cumplimiento sea absorbido por el resarcimiento del daño (Giabardo 2016: 146).

En ese sentido, el entendimiento del *nemo ad factum praecise cogi potest* del Derecho Común y Derecho Canónico en la época medieval y con la vigencia del sistema feudal es el antecedente directo de la regulación legal del artículo 1142 del *Code Civil*.

Como he indicado, dicha regulación era guiada por una *lógica privatista-individualista* legitimada por la ideología liberal del siglo XIX⁶³, que llevó a que en la comprensión de la

⁶¹ Y ello era una consecuencia directa del principio de la libertad y de defensa de la personalidad, que eran ideas propias del iusnaturalismo y del racionalismo iluminista (Marinoni, Arenhart & Mitidiero 2015: 675).

⁶² De manera similar, Manrique (2001: 1165). También Humberto Theodoro Jr. señala que no había ningún espacio para la ejecución específica de las prestaciones de hacer y de no hacer, ni ninguna posibilidad de afectar la libertad personal deudor, por lo tanto, solo cabía la reparación por pérdidas y daños (2001: 89-90). En esta línea se encuentra también Araken de Assis, para quien, como consecuencia de la revolución burguesa en Francia, se generalizó el brocardo *nemo potest cogi ad factum*, objeto de las glosas en el derecho intermedio, que consagró el principio de la intangibilidad de la voluntad del ejecutado. Desde aquella época, a partir de una receta que representa determinados valores y no de una razón que sea universalmente válida, está vigente la prohibición de aplicar los medios ejecutorios sobre el propio ejecutado (2016: 815). A través de dicho adagio fue prohibida la ejecución del *facere* a través de constricciones personales sobre el deudor (2016: 822). Esto también lo confirma Carlo Vittorio Giabardo, quien indica que el brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest* que confluyó con el artículo 1142 del Código Napoleónico de 1804, reclamaba simbólicamente principios ético-políticos propios del mensaje de la Revolución Francesa (1789-1795) tales como la incoercibilidad del hecho humano y, por consecuencia, manifiesta que se generó una exaltación de la libertad personal, del libre albedrío y de la dignidad humana como valores inclusive superiores al respeto de la palabra dada. De ese modo, el centro de la experiencia jurídica se ubicó en favor del ser humano como sujeto libre e igual, que poseía derechos innatos, en claro rechazo al *droit coutumier* en uso del *ancien regime* (2016: 147).

Posteriormente, en una publicación más reciente, el mismo autor manifiesta que el artículo 1142 del *Code Civil*, según los redactores del Código, tenía por finalidad evitar cualquier tipo de violencia o coacción sobre la persona y la voluntad del deudor conforme al principio de inviolabilidad y de la dignidad de la persona humana. Por ello, dicho artículo en la práctica se traducía en el antiguo adagio del *nemo ad factum praecise cogi potest* que, conforme a la lectura iusnaturalista francesa, nadie puede ser constreñido a realizar un comportamiento preciso (2022: 129).

⁶³ En ese sentido, en la doctrina civilista brasileña se ha señalado que la lógica privatista-individualista, en el *Code Civil* de 1804, era legitimada por la ideología liberal en el siglo XIX. Ello generó que el Estado no deba interferir en las relaciones jurídicas para asegurar la ejecución en forma específica. Dicha incoercibilidad de

tutela de las obligaciones de hacer y de no hacer exista un rechazo exacerbado y extremo respecto a la posibilidad de la coacción del demandado, estando totalmente prohibido que el Estado intervenga en las relaciones jurídicas para asegurar la ejecución específica, inclusive, a través de medidas de ejecución indirecta, siendo solamente posible la indemnización⁶⁴.

En consecuencia, se puede establecer que esta norma del Código Civil francés tenía un impacto sobre la ejecución a nivel judicial basado en la prohibición de uso de medios ejecutivos directos e indirectos sobre la persona para buscar un cumplimiento específico de la obligación de hacer y de no hacer; sin embargo, a juicio de Giabardo, esta norma de *derecho sustancial* estaba referida a la ejecución de la obligación en el derecho material, pues el artículo 1142 del *Code Civil* se refiere a la palabra *inexécution* con referencia a la obligación originaria y *no a la sentencia*. En tal sentido, cuando el deudor no hubiere cumplido con la obligación de hacer o de no hacer, aun cuando ella podía ser posible, el objeto de la obligación, en el mundo material y antes incluso de llegar al proceso, se convertía en una indemnización de daños y perjuicios (obligación pecuniaria)⁶⁵.

Inclusive, hubo un entendimiento de aquella época respecto a que la obligación de hacer tenía un objeto jurídicamente imposible y que, dado que una obligación natural no era jurídicamente obligatoria, entonces la obligación de hacer y de no hacer era una obligación facultativa del deudor a la que se obligó a título principal a un equivalente pecuniario y de la cual podía liberarse cumpliendo con esta última⁶⁶. Dicha interpretación también nos llevaría a pensar que el artículo 1142 era exclusivamente una norma material que convertía la obligación de hacer y de no hacer originaria en un resarcimiento en equivalente pecuniario.

las obligaciones, que impedía la afectación de la esfera personal y de la prohibición de uso de medios coercitivos sobre ella, generó que cualquier sanción solamente pudiera recaer sobre el patrimonio del deudor (Farias & Rosenvald 2017: 236).

⁶⁴ Chiarloni (2005: 115-124). Lo cual posteriormente es matizado por la propia doctrina y jurisprudencia francesa que permiten la utilización de la técnica de ejecución indirecta de las *astreintes*

⁶⁵ Giabardo (2022: 129).

⁶⁶ Guerra (1998: 109).

Es evidente que existe una relación entre el dogma de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y no hacer (*nemo ad factum praecise cogi potest*) y el reconocimiento a nivel de normas de derecho material (como las contenidas en un código civil) de la *tutela específica* o no de las obligaciones de hacer y de no hacer. Del mismo modo, el adagio estudiado tiene un impacto y una relación con las técnicas de ejecución que poseían los jueces, pues estos quedaron limitados solo a dirigirse al ámbito patrimonial del deudor con la prevalencia de la técnica de la ejecución forzada (expropiación) vinculada a la técnica de la sentencia condenatoria. Como veremos en adelante, esto ha tenido repercusiones hasta nuestros días en legislaciones civiles y procesales.

En todo caso, partiendo de que en la época de promulgación del *Code Civil* no existía propiamente una autonomía científica de la disciplina del derecho procesal y sus instituciones respecto del derecho material (con la consecuente separación conceptual entre normas de derecho material y de derecho procesal)⁶⁷ y que, debido a la tradición, instituciones que después se consideraron procesales estaban reguladas en normas materiales, se puede concluir que el artículo 1142 bien podía referirse a lo siguiente: ante la inejecución de una obligación originaria de hacer o de no hacer, esta se convertía en una indemnización de daños y perjuicios *antes de una sentencia* (y, por lo tanto, tenía una incidencia inicial sobre aspectos materiales), pero, además, por el peso de sus antecedentes históricos e ideológicos a través del *nemo ad factum praecise cogi potest*, generaría también una prohibición del uso medios ejecutivos directos e indirectos sobre la persona para procurar un cumplimiento específico de la obligación de hacer y de no hacer reconocida en una

⁶⁷ En el periodo de promulgación del *Code Civil* de 1804 la disciplina del Derecho Procesal aún no había conseguido su autonomía respecto del Derecho Civil, pues el debate entre los profesores alemanes Windscheid y Mutter respecto a la *actio* ocurrió recién en el año 1856.

En ese sentido, se menciona que el Derecho Procesal en la época de los códigos napoleónicos habría estado en la etapa del “procedimentalismo”, en el que la *procédure* era el conjunto de formas de las que los ciudadanos debían valerse para obtener justicia, siendo que estas formas eran establecidas por ley. Por ello, el método de estudio era el de la exégesis a través de la descripción de los dispositivos legales (Montero, Gómez & Barona 2014a: 28-29).

En ese contexto histórico, no se puede referir que existirían estudios procesales que diferenciarían con nitidez las normas de derecho material respecto de las normas de derecho procesal, siendo que inclusive por tradición muchas instituciones que ahora consideramos como procesales, podían estar reguladas en las normas materiales. Y este bien podía ser el caso de la referencia a la ejecución procesal.

sentencia de condena en un proceso judicial. En consecuencia, en términos más actuales, bien podría haberse considerado como una *norma híbrida*⁶⁸.

Por lo señalado hasta el momento, queda establecido que una de las preocupaciones en el derecho francés residía en evitar que se utilice la violencia sobre la persona del deudor para obtener un *cumplimiento específico* en las obligaciones de hacer y no hacer (convirtiendo la obligación originaria en un equivalente pecuniario), a través del uso de medidas ejecutivas directas e indirectas sobre el deudor (de ahí que estas medidas hayan sido prohibidas).

Sin embargo, también es importante resaltar que la premisa detrás del artículo 1142 del *Code Civil* no solo tenía un fundamento en la exacerbación de la autonomía de la voluntad y libertad, sino también tenía un fundamento de tipo económico, marcado por la Revolución Industrial y la concepción burguesa en el Estado Liberal respecto al mercado, del cual Francia era parte.

Es así que a las situaciones sustanciales se les confería contenido patrimonial y, así, el valor del daño podía ser medido en dinero, bastando la tutela resarcitoria por equivalente, pues en el mercado todo tenía un valor en dinero y todo podía ser intercambiado. En ese sentido, en el plano obligacional no era admitida la tutela *in natura* de la prestación no cumplida, sea en razón de que al Estado le bastaba transformar en dinero el valor de lo incumplido para mantener en funcionamiento los mecanismos de mercado, sea porque el principio de libertad personal constituía un obstáculo a la posibilidad de coaccionar al obligado a prestar la prestación en forma específica (Marinoni, Arenhart & Mitidiero 2015: 674-675)⁶⁹.

⁶⁸ Este concepto será desarrollado más adelante a propósito de las relaciones entre el derecho material y derecho procesal, pero podemos adelantar que es aquella que tiene incidencia sobre aspectos materiales y procesales.

⁶⁹ En la línea de lo mencionado, Marinoni ya había indicado anteriormente que la tutela por equivalente monetario tiene una íntima relación con los valores del derecho liberal-burgués, pues no importaba la diferencia entre las personas y los bienes. El Estado liberal no debería preocuparse en corregir las distorsiones sociales sino solo asegurar la libertad de los ciudadanos. Para ello, debía entender como iguales a las personas y los bienes. De ese modo, si todos los bienes son iguales, todos ellos podrían ser expresados por un valor en dinero. Es en esa dirección, que desaparece, obviamente, la necesidad de pensar en la tutela específica de los contratos. En consecuencia, en términos de forma procesal, bastaba simplemente una técnica que confiriere al acreedor el valor en dinero permitiendo que el mercado se mantuviese en funcionamiento. Es comprensible entonces que la técnica de la sentencia condenatoria-ejecución forzada fuera la principal y suficiente para representar en pecunia el valor del bien negado (2010: 282-283).

De manera similar, también Eric Hobsbawm, respecto a la economía de dicha época, señala que otra característica en el ámbito del mercado estaba basada en la permuta, que implicaba que nadie debía depender

Y dentro de ese razonamiento económico toda sanción legal destinada a garantizar el cumplimiento de la obligación debía recaer exclusivamente sobre el patrimonio tal como lo proclamaba el artículo 2092⁷⁰ del Código Napoleón (“Todo aquel que se obliga personalmente está sujeto a las consecuencias de su obligación sobre todos sus bienes presentes y futuros”) (Theodoro Jr. 2001: 89-90) que, dicho sea de paso era una conquista desde el derecho romano tardío, el cual buscó separar la ejecución sobre el patrimonio de la persona del deudor siendo solamente posible dirigirse contra el patrimonio.

En efecto, esta es la idea de la *patrimonialidad ejecutiva* en la que existía una orientación del legislador hacia una *mercantilización de los derechos*, reduciendo todas las situaciones sustanciales a situaciones patrimoniales expresables en dinero, generándose una tutela judicial por equivalente monetario. Ello viene claramente motivado por la idea de la sacralización de la autonomía individual y de su incoercibilidad (*nemo ad factum praecise cogi potest*). De esta manera, detrás de la patrimonialidad señalada late, en realidad, una protección al valor de la libertad individual. En consecuencia, la concretización de dichos valores resultó en que, en el proceso civil, la ejecución esté limitada apenas al patrimonio del ejecutado, con medidas subrogatorias que no fueren la voluntad del deudor (Mitidiero 2016: 42-43)⁷¹.

de la benevolencia de los demás, sino que todo se adquiría a cambio con la entrega de algún equivalente (Hobsbawm 2009: 241-242).

⁷⁰ Art. 2092.- "*Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir*".

⁷¹ En sentido similar en la doctrina nacional y ya respecto a la influencia de estos valores sobre los estudios científicos del proceso, se ha señalado que el iluminismo racionalista, el cual tiene una maduración en su evolución durante el siglo XVIII, posee como característica que la máxima expresión del ser humano es la razón y es a partir de ella que se debe intentar construir un mundo distinto. El instrumento por excelencia en el área jurídica bajo el influjo de esta corriente de pensamiento filosófico es la ley, que es, también, el punto de partida de la codificación. Por otro lado, sobre el campo de la concepción política y económica, el liberalismo manifestaba que la actuación del Estado debía ser mínima en lo económico y social, pues de esa manera se garantizaba la libertad individual en aras de tutelar su vigencia absoluta. Es en el ámbito del proceso civil que la ideología liberal impuso como principio ordenador y sistematizador de la actividad judicial a la seguridad jurídica. Esto llevó a cuatro consecuencias: (i) neutralidad del juez (que solamente cumple una función secundaria asegurando el mandato expreso de la norma positiva), (ii) defensa de la autonomía de la voluntad (existe una defensa irrestricta de la autonomía de la voluntad, debido a que se entiende que los procesos civiles solo contienen conflictos sobre derechos de naturaleza privada; por ello, el Estado no debe tener mayor injerencia), (iii) incoercibilidad del hacer (el juez civil tenía severas limitaciones para ejecutar una sentencia firme cuando contenía una prestación de hacer y no hacer) y (iv) repudio a las formas sumaria de tutela procesal (Monroy Gálvez & Monroy Palacios 2001: 159-160).

Dicha técnica de ejecución era conforme a la tutela por equivalente pecuniario que generó que la técnica procesal de la condenación ante el incumplimiento del deudor se valga de la expropiación y transformación de bienes en dinero como parte de la ejecución forzada (actividad substitutiva del Estado). Es así que la tutela por equivalente pecuniario necesitaba un vehículo procesal idóneo que era el binomio condenación-ejecución forzada (Marinoni, Arenhart & Mitidiero 2015: 676).

2.2. La evolución del *nemo ad factum praecise cogi potest*: las *astreintes* y la *primauté de l'exécution in nature*

Ahora bien, habiendo establecido los orígenes y fundamentos del *nemo ad factum praecise cogi potest* y su recepción en el artículo 1142 del *Code Civil* de 1804, corresponde analizar las variaciones interpretativas doctrinarias y jurisprudenciales en el derecho francés respecto al mencionado artículo que significaron su evolución y la utilización de la *astreinte* para el cumplimiento específico de las obligaciones de hacer y de no hacer.

En tal sentido, el primer entendimiento del artículo 1142 estaba basado en el *nemo ad factum praecise cogi potest* (tal como era entendido en el Derecho Canónico e Intermedio de la época medieval) de que, ante el incumplimiento del deudor, un acreedor de una obligación de hacer y de no hacer nunca podía obtener el objeto específico de lo pactado, lo cual también excluía el uso de medios ejecutivos indirectos y con mayor razón de los directos.

No obstante, posteriormente, ello fue atemperado bajo la idea de que en el caso de que el verdadero interés del acreedor tenga por objeto un resultado práctico de la actividad o la abstención del obligación y no la propia conducta en sí del obligado, es posible que la prestación voluntaria del obligado sea producida por un tercero, obteniéndose, así, una satisfacción en forma específica del derecho del acreedor cuando las obligaciones de hacer y de no hacer sean fungibles con la ayuda de la actividad de un tercero y a costa del deudor⁷².

⁷² Liebman (1980: 232). No obstante, ello dicho autor hace aclaración de que dicha solución no podía alcanzar a los casos en los que para la satisfacción del interés del acreedor necesariamente debe el propio obligado realizar la actividad, no siendo posible la ejecución en forma específica para obligaciones de hacer y de no hacer infungibles en el ordenamiento civil francés de aquella época (1980: 232-233). Así también lo reconoce

Dicha opinión está basada en la existencia de los artículos 1143⁷³ y 1144⁷⁴ del *Code Civil* de 1804. En tal sentido, también se ha pronunciado Marcadé, jurista francés del Derecho Civil de fines del siglo XIX, señalando que el artículo 1142 no debía ser entendido literalmente, y que es una regla demasiado amplia e inexacta, dado que los artículos 1143 y 1144 permiten obtener la ejecución forzada cuando la naturaleza de las cosas lo permite como es el caso de obligaciones de hacer o de no hacer cumplidas por un tercero, y con mayor razón en las obligaciones de dar (1892: 442-444)⁷⁵.

Marcadé, resaltando que a partir de los efectos de la obligación se autoriza al acreedor a demandar a su deudor para obtener el cumplimiento específico, y en caso de su negativa obstinada podría obtener por la fuerza pública siempre y cuando las circunstancias lo permitan o en su defecto obtener solo daños y perjuicios. En ese desarrollo, remarca que la ejecución forzosa tendrá lugar, en el derecho francés, siempre que se pueda efectuar sin ejercer violencia sobre la persona del deudor; es decir, siempre que la ejecución no sea de tal naturaleza que solo pueda efectuarla el deudor personalmente (1892: 442).

⁷³ Art. 1143.- "*Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu*".

Art. 1143.- "Sin embargo, el acreedor tiene el derecho de solicitar que sea destruido lo que se ha hecho en contravención a la obligación; y puede ser autorizado a destruirlo a costa del deudor, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios, si lo hubiere".

⁷⁴ Art. 1144.- "*Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur*" (texto según la versión original del *Code Civil* de 1804).

Art. 1444.- "El acreedor puede también, en caso de inejecución, ser autorizado a hacer ejecutar él mismo la obligación a expensas del deudor".

⁷⁵ En ese mismo sentido, Humberto Theodoro Jr, comentando los artículos 1143 y 1144, señala respecto al primero, en caso de incumplimiento de una obligación de no hacer fungible se aseguraba al acreedor el derecho de demandar la destrucción de todo aquello que fuese realizado por el deudor en contradicción al pacto, y se le permitía obtener la autorización para que él mismo proceda a la destrucción, a expensas del deudor. Respecto del segundo artículo, a propósito del incumplimiento de una obligación de hacer fungible, se daba al acreedor la posibilidad, en caso de inejecución del deudor, de ser autorizado a que pueda ejecutar la prestación a expensas del deudor (2001: 101).

Esta es una solución que no posee ninguna controversia y es recogida en la mayoría de ordenamientos influenciados por el Derecho Continental (en específico, la tradición francesa). De hecho, es una solución recogida en nuestro Código Civil (numeral 2 artículo 1219, numeral 2 artículo 1150 y numeral 2 artículo 1158, y Código Procesal Civil (artículo 706, 707, 708, 711 y 712) vigentes.

Inclusive, en el derecho moderno la ejecución de las obligaciones de emitir una declaración de voluntad ha sido garantizada de forma específica a pesar de ser una de tipo infungible con la particularidad, finalmente, de no requerirse del deudor. Bajo el entendimiento francés de la fórmula del *nemo potest praecise cogi ad factum* (contenido en el artículo 1142 *Code Civil* 1804) la solución habría sido la conversión en un equivalente pecuniario.

Si bien se dice que es una obligación de tipo infungible, tiene un punto en común con las de prestación fungible puesto que el interés del acreedor no se dirige a la actividad del deudor, considerada en sí misma, sino en el resultado de ella (producción de efectos jurídicos, en lugar de efectos materiales como normalmente producen las obligaciones infungibles). Lo que busca el acreedor es la formación de situación jurídica igual a la que surgiría si el deudor emitiera la declaración de voluntad que estaba obligado. En ese contexto, en el derecho moderno, se ha garantizado que el juez, prescindiendo de la colaboración del deudor, emitiendo una sentencia consiga el mismo resultado al acreedor, pues la propia sentencia contiene los efectos de la voluntad que habría tenido que emitir el deudor (Barbosa Moreira 2012: 225-226). Esta última solución es similar a la de nuestro Código Civil y Código Procesal Civil vigentes.

De esta manera, en el propio *Code Civil* de 1804 se encontraban casos de ejecución *in natura* de las obligaciones de hacer y no hacer que se podían ejecutar sin coacción física sobre la persona o la voluntad del deudor, a través del cumplimiento a través de un tercero para casos de obligaciones de hacer y de no hacer fungibles. En otras palabras, sí que se regulaba la *tutela específica de las obligaciones de hacer y de no hacer* cuando sean fungibles a través de un tercero. Por lo tanto, la primera aproximación de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer que implicaba que, necesariamente, ante el incumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer (regulada en el artículo 1142), se tuviera que resolver en un equivalente pecuniario, no se concedía con el resto del cuerpo normativo del *Code Civil*.

Esta evolución se corresponde con lo que Chiarloni indica:

“Las premisas o principios que inspiran esta regla (se refiere al *Nemo ad factum praecise cogi potest*) nos deben permitir percatarnos que el mismo no se debe a una abstracta regla de la razón dictada por una imposición de la naturaleza, sino, por el contrario, es el resultado de una elección que se ha impuesto históricamente y cuya irrevocabilidad es ahora solemnemente declarada. Así, como a menudo ocurre con la decidida voluntad de romper con un pasado que se quiere ver definitivamente sepultado puede conducir a exageraciones inútiles con respecto a un objetivo (2005: 119-121)”.

Es así que la idea del *Nemo potest praecise cogi ad factum* en el derecho francés de la Revolución Francesa que derivó en el *Code Civil* de 1804 simplemente responde a un período histórico y a sus valores dominantes, no constituyendo una verdad absoluta ni irrevisable. Prueba de ello es la forma como se fue atemperando o mudando el alcance de dicho adagio en el propio derecho francés.

Además, este debilitamiento de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer llevó a la creación y uso de las *astreintes* por parte de la jurisprudencia francesa e inclusive a su reconocimiento en la doctrina civil francesa⁷⁶. La *astreinte* es una condena pecuniaria

⁷⁶ Ya Marcel Planiol señalaba que cuando se buscaba obtener el cumplimiento efectivo de la obligación original se podía recurrir, según la jurisprudencia francesa, al uso de las *astreintes* actuando sobre la voluntad del deudor mediante la amenaza de una pérdida pecuniaria considerable (1904: 59).

Respecto a sus orígenes en la doctrina civil francesa, se dice que el hábito de pronunciar condenas puramente amenazantes para obligar a que una parte cumpla una orden judicial con la opción de levantarse tal amenaza pecuniaria es probablemente muy antiguo, siendo que solamente llamó su atención a principios del siglo XIX

pronunciada por el juez que obliga al deudor a pagar por un período de tiempo (días, semanas o meses) por su retraso en el cumplimiento y que está destinada a vencer la resistencia del deudor recalcitrante, siendo un accesorio de la condena principal de la que se busca su ejecución por parte del acreedor (Chabas 2011: 1)⁷⁷.

Asimismo, a través de ella se ejerce una presión sobre la voluntad del deudor a fin de que ocurra el cumplimiento sin proceder *in executivis* (Giabardo 2016: 143)⁷⁸. En su origen este instituto se inspiró en la prevalencia de la ejecución *in natura* de la obligación (*primauté de l'exécution en nature*) sobre el resarcimiento del daño, que es un principio que refleja – en el ámbito contractual – la idea iusnaturalista, y moralmente conocida del sagrado respeto a la palabra dada (*pacta sunt servanda*) como un emblema de la justicia (Giabardo 2016: 144).

a propósito de si la capacidad de revertir tales decisiones era un acto contrario a la cosa juzgada (cuestionamientos que habrían sido realizados por autores franceses en los años 1809, 1811, etc.). Posteriormente, algunas décadas después, su aplicación generó cuestionamientos en relación a la teoría de los daños, pues podría constituir un enriquecimiento sin causa en que el acreedor recibiera el monto del valor de la *astreinte* y, además, los daños y perjuicios generados por el incumplimiento.

Ya el primer ejemplo citado sería el de la sentencia del Tribunal de Cray, del 25 de marzo de 1811, en el que se condenó a una persona a realizar una retractación pública por 3 francos por día de retraso. Asimismo, otro ejemplo lo constituye la sentencia del Tribunal de Metz, del año 1824, en el que se ordenó la devolución de los documentos bajo apercibimiento de una multa de 10 francos por día de retraso. El deudor, finalmente, devolvió los documentos teniendo que pagar más de 11,000 francos por su retraso, suma que se redujo a los 400 francos.

Algunos años después, en 1834, se admitió que se podía pronunciar sentencias con multas por día de retraso, aunque ningún perjuicio hubiera resultado de la demora en la ejecución (Cass., 29 de enero de 1834, S. 34. 1. 129, D. 34. 1. 81). Luego de ello, la jurisprudencia comenzó a utilizar dicha técnica y desarrollar sus aplicaciones prácticas (Planiol 1904: 69-70).

No sería hasta el 20 de octubre de 1959 que la Primera Cámara Civil de la Corte de Casación (*Première Chambre Civile de la Cour de Cassation*) determinó que las *astreintes* constituyen medidas totalmente distintas de los daños y perjuicios, pues no tienen por objeto compensar los perjuicios sufridos por el demandante como resultado del atraso en el cumplimiento del deudor, sino simplemente su finalidad es vencer la resistencia del obligado. Finalmente, a pesar de la evolución jurisprudencial, el derecho francés reconoció legalmente a las *astreintes* recién en el año 1972 a través de la Ley N° 72-626, del 5 de julio de aquel año (Amaral 2010: 34-35).

⁷⁷ En sentido similar, Marcel Planiol señalaba que es una condenación pecuniaria pronunciado en razón de una suma por día de retraso y destinada a obtener del deudor la ejecución de una obligación de hacer bajo la amenaza de una pena considerable, con probabilidades de crecer indefinidamente. De ese modo, lo que caracteriza a la *astreinte* es la exageración del monto, que no representa en absoluto al perjuicio que se causa al acreedor por efecto de la demora, y que ni siquiera asume la existencia de ese perjuicio. Es así que la jurisprudencia francesa creó esta técnica sin previsión de la ley como un nuevo medio bastante contundente para vencer la resistencia de un deudor obligado por una obligación de hacer (1904: 69).

Para una mayor profundización del tema, véase (Amaral: 2010).

⁷⁸ Según el autor, la *astreinte*, de creación jurisprudencial *contra legem* del siglo XIX, después ratificada por primera vez por el legislador francés en los años setenta del siglo pasado, es definida como una amenaza a una condena pecuniaria con una cantidad progresiva por cada unidad de tiempo escogida, que se actualiza solamente en caso de inejecución (o ejecución tardía) de una orden judicial, y que se agrega a la condena principal. Esta actuará como presión sobre la voluntad del deudor a fin de que cumpla (2016: 143).

A su vez, la *astreinte* es un típico medio de ejecución indirecta⁷⁹ de carácter patrimonial⁸⁰ dirigido a disuadir al deudor buscando que cumpla (Guerra 1998: 108); es decir, que pretende la participación del deudor para el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer (naturalmente, de tipo infungible, en donde, como vimos, es fundamental que el deudor cumpla con su comportamiento). No obstante, la *astreinte* en Francia ha venido siendo usada para cualquier tipo de obligación, inclusive para obligaciones de dar suma de dinero⁸¹, aunque inicialmente fuera usada como medio para garantizar la ejecución específica de las obligaciones de hacer y de no hacer como respuesta al artículo 1142 del *Code Civil*⁸².

Por ejemplo, la *astreinte* se ha usado para restablecer la prestación de energía eléctrica abusivamente cortada, restituir objetos de arte, cambiar el nombre de un periódico para evitar confusiones, respetar una cláusula de exclusividad, efectuar trabajos de reparación, reintegrar a un trabajador en su centro de labores, impedir actos de competencia desleal, prohibir a una emisora de televisión emitir algún tipo de programas, prohibir a un actor realizar una cena, etc⁸³.

⁷⁹ Ello en contraposición a las típicas técnicas de ejecución forzada directa (o subrogatorias) como la expropiación y transformación en dinero de un bien, que prescinde de la colaboración y voluntad del deudor, con una actividad sustitutiva por parte del Estado en la realización de la ejecución forzada. Cabe resaltar que estas medidas subrogatorias de ejecución directa son diferentes a las medidas de ejecución directa que se realizaban directamente sobre el cuerpo del deudor en la época medieval, como el caso del copista (avaladas por el Derecho Canónico e Intermedio), puesto que la técnica de la ejecución directa (subrogatoria o substitutiva) está restringida al ámbito patrimonial efectivizándose a través de la actividad del Estado que reemplaza al deudor para satisfacer al acreedor ejecutando los bienes del deudor (principio de responsabilidad patrimonial).

⁸⁰ Dentro de la ejecución indirecta en la que se busca la participación del deudor para el cumplimiento de la prestación del deudor (típicamente el caso de obligaciones de hacer infungibles y de no hacer) bajo la disuasión a través de las medidas de coerción (medidas coercitivas) pueden ser de carácter personal o patrimonial. Las primeras se pueden dirigir a la persona, como en el caso de la prisión civil que está regulada en el Derecho Procesal Alemán como la (*Zwangshaft*) y el en *common law* a través del *civil contempt of court*, mientras que en el segundo caso están dirigidas contra el patrimonio del deudor típicamente la *astreinte* (Assis: 2016: 185-192).

⁸¹ En ese sentido, Guilherme Amaral manifiesta que dicho instrumento ejecutivo no está necesariamente vinculada a alguna obligación en Francia, puesto que tenía como finalidad el cumplimiento de una decisión, inclusive la Corte de Casación francesa, en el año 1990, en el juzgamiento de la apelación N° 87-40182, estableció que la *astreinte* puede ser accesoria a la condenación al pago de una cuantía, siendo incluso acumulable a los intereses legales aplicables sobre la referida condenación (2010: 34). También Marcelo Guerra indica que el uso de la *astreinte* fue extendida ilimitadamente a cualquier tipo de obligación, y ello porque la práctica jurisprudencial entendió que dicha técnica era más eficaz para la satisfacción del derecho del acreedor con la colaboración del deudor (inducida por la coerción) (1998: 128-129).

⁸² En ese sentido, Guerra (1998: 127-128).

⁸³ Ejemplos mencionados por Guerra (1998: 129-130).

Por lo tanto, es evidente que el alcance de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer, conforme a la idea medieval del *nemo ad factum praecise cogi potest* en el Derecho Común y Derecho Canónico, que inclusive no permitía el cumplimiento en específico de las de naturaleza infungibles a través de ninguna técnica de ejecución, quedó descartada ya en el propio derecho francés del siglo XIX, pues la jurisprudencia francesa comenzó a valerse de las *astreintes*.

Sin embargo, es necesario aclarar que, a pesar del debilitamiento del adagio estudiado, el entendimiento detrás del artículo 1142 del *Code Civil* de 1804⁸⁴ generó que, conforme explica Ovídio Baptista da Silva, “los medios de coerción procesal sean rigurosamente limitadas a tímidas medidas de naturaleza patrimonial”. Inclusive, la propia presencia de las *astreintes*, que debería mostrar una resistencia opuesta, constituye, en realidad, instrumentos de índole igualmente patrimonial demostrándose la exacerbación del concepto de autonomía de la voluntad y de la sacralidad del principio de que nadie podría ser compelido a hacer o dejar de hacer alguna cosa, sino a través de un acto libre y consciente de deliberación del agente (2002: 341)⁸⁵.

Es evidente que el *principio de patrimonialidad de la ejecución*, regido por la idea de que los bienes presentes y futuros responden por las obligaciones de un deudor, aún está vinculada con dicha técnica de ejecución (*astreinte*). En otras palabras, si bien dicha técnica representa una respuesta y salida de origen jurisprudencial francés a la necesidad del cumplimiento *in natura* de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles, no es menos cierto que se construyó siempre enmarcada dentro del principio de patrimonialidad de la ejecución vinculado al artículo 1142 del *Code Civil* francés.

⁸⁴ Respecto a la *astreinte*, Carlo Vittorio Giabardo ha señalado que, inicialmente, en defecto de su elaboración teórica, por ser de creación jurisprudencial, fue muy natural que los jueces entendieran dicho instituto a partir del concepto del resarcimiento del daño (*dommages-intérêts*). Inclusive, con la finalidad de darle mayor legitimidad al mencionado instituto, en un primer momento, se afirmó que no era más que una *exagération du taux des dommages-intérêts*, siendo la manera inicial de diseñar su mecanismo. Además, esta manera de concebir a la *astreinte* significaba que el tenor del artículo 1142 era formalmente respetado, dado que las Cortes no hacían otra cosa que convertir el comportamiento del hacer o el no hacer en un resarcimiento (aun cuando fuera exagerado) del daño (2022: 141-142).

⁸⁵ En el mismo sentido se encuentra Alexandre Câmara, para quien la aplicación de la multa por atraso en el cumplimiento de un precepto judicial incide solamente sobre el patrimonio (bastando para confirmar ello, que su ejecución se da por la ejecución de cuantía cierta), todo ello como consecuencia de que el principio de la patrimonialidad de los medios ejecutivos sea incorporado en la *Lex Poetelia Papiria* en el año 326 a.C. (2016: 90).

Ello ha generado que hasta la actualidad en Constituciones como la peruana subsista la prohibición del arresto como medida ante el incumplimiento de deudas civiles pecuniarias (artículo 2 numeral 24 inciso c)⁸⁶, aunque ello no constituye una realidad en todos los países⁸⁷. Solo por mencionar un ejemplo, países como Alemania, que comparte principios y reglas de nuestra tradición jurídica, contemplan la técnica del arresto o prisión (*Zwangshaft*) como técnica de ejecución indirecta para inducir o presionar psicológicamente al deudor al cumplimiento de obligaciones de hacer y de no hacer infungibles, aunque siempre de manera subsidiaria al uso de la multa (*Zwangsgeld*)⁸⁸ (§ 888.1)⁸⁹.

⁸⁶ Artículo 2.- “Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...)

c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios”.

⁸⁷ Así también en Inglaterra, y otros países del *common law* como Estados Unidos, el *civil contempt of court*, dirigido al cumplimiento de las órdenes de los jueces a través de multas o inclusive la prisión civil, entre otras, permaneció desde el derecho medieval hasta la actualidad.

Comentando respecto a por qué en países de influencia del Derecho Continental eliminaron las técnicas de ejecución indirecta, a diferencia de Inglaterra, Giabardo entiende que ello se debe a que en la Revolución Francesa el punto de gravedad de la experiencia jurídica se movió del respeto por la jerarquía y las relaciones de sujeción y privilegio hacia la consideración del hombre entendido como *persona* en su significado pleno y auténtico, como un sujeto libre e igual a los otros, portador de derechos innatos. Ocurrió que la fractura con el derecho en uso del *Ancient Régime* provocó la disolución de las relaciones de dependencia, de subordinación y de obediencia entre los hombres para la exaltación iluminista de la autodeterminación, la autonomía, la libertad personal, el libre albedrío, de la dignidad humana y de la incoercibilidad del hacer humano, convirtiéndose en valores irrevocables. Por lo tanto, los institutos que podían, en algún modo, representar un peligro para la libertad individual fueron totalmente abolidos (2022: 133).

En sentido similar, entre nosotros, Aldo Zela ha señalado que la solución jurídica del artículo 1142 del *Code Civil* de 1804 tuvo un impacto directo sobre los países de la tradición del *civil law* o del derecho continental en Europa y América; sin embargo, ello no sucedió en países como Alemania y otros países pertenecientes a la tradición del *common law* (2008: 70).

⁸⁸ De ese modo, Renato Beneduzi señala que en el proceso de ejecución alemán se usan ambas técnicas, pero la prisión es utilizada de manera subsidiaria a la multa, como *ultima ratio*. Asimismo, resalta que ninguna de ellas tiene carácter punitivo o represivo; en realidad, ambas constituyen instrumentos de disuasión. Por ello, para su utilización se dispensa la verificación de la culpa. Por su parte, se aplica una sistemática similar a la obligación de no hacer y de tolerar (2018: 138).

⁸⁹ § 888. “Prestación de hacer no fungible:

- 1) En caso de que una prestación de hacer no pueda ser realizada por un tercero, cuando esta dependa exclusivamente de la voluntad del deudor, entonces se debe declarar a petición en el tribunal del proceso de primera instancia, que al deudor se le puede imponer una multa dineraria como medio coercitivo para obtener el cumplimiento de la prestación de hacer y, para el caso de que esta no pueda ser realizada, lograr la imposición de un arresto. La multa no puede superar el monto de veinticinco mil euros. Para el arresto rigen las disposiciones del apartado 4 sobre arresto, en lo que corresponda.
- 2) No es admisible la amenaza de medios coercitivos”.

Esta diferencia entre el ordenamiento civil francés y alemán se fundamentaría en la diversa evolución del sistema feudal en dichas sociedades, pues en el derecho alemán las medidas coercitivas de prisión y del arresto constituyen rezagos del derecho medieval que fueron acondicionados a su nueva realidad en el Código Procesal Civil Alemán (*Zivilprozessordnung*) (ZPO) de 1879⁹⁰.

Pues bien, en el caso del derecho francés, en relación al artículo 1142, la jurisprudencia francesa posterior al *Code Civil* de 1804 ya venía aplicando dicha regla de manera diferente, pues, más bien, la consideraba como excepción. Esta interpretación se basaba en el artículo 1184, inciso 2⁹¹, del mismo cuerpo normativo, según el cual la parte respecto de la cual no

⁹⁰ Según Sergio Chiarloni, se debe resaltar “el hecho de que en Francia (mucho más rápido que en Alemania) se da el paso de una estructura social basada en la servidumbre a un sistema de créditos inmobiliarios. Ya desde los siglos XI y XII se inicia un movimiento por el que los señores feudales tendieron a exigir de los súbditos ya no más el trabajo sobre la *pars dominica* en el curso del año agrario sino el pago de cánones, primero *in natura* y luego en dinero: la renuncia a la ‘valorización personal’ hizo a los campesinos irse rápidamente transformando en productores, duramente tasados, pero económicamente autónomos. A esto debe ser añadido el hecho de que reiteradas emancipaciones disminuyeron de modo ostensible, a partir del siglo XII, el número de siervos franceses. En Alemania, el desarrollo procede de otra manera, tanto en el tiempo como en el modo. ‘La evolución germánica debió quizás, en el fondo, su originalidad a un desplazamiento en el tiempo’, que se calcula en dos o tres siglos. Las relaciones de dependencia, que atan a los campesinos a sus tierras y a su señor, se precisan y se consolidan más tarde, en la alta Edad Media, pero también ‘con lentitud incomparablemente mayor y no sin contradicciones y abundantes giros’ se inicia el proceso de su disolución con el cambio del vínculo personal al laboral y con el vínculo económico al pago de las rentas: todavía en el siglo XVIII y en gran parte del XIX, con el prevaleciente predominio de la estructura feudal agraria y del sistema político de las ‘órdenes’, es normal que los campesinos realicen la prestación de *corvées* en las tierras del señor.

No es irrazonable pensar que, en Francia, tanto la desaparición del principio según el cual la contumacia en sentido estricto concreta un comportamiento punible en sí (por la ofensa a la autoridad del juez que ésta implica) como la reafirmación del principio *nemo ad factum cogi potest* (en tanto expresión de la renuncia a las medidas coercitivas respecto del deudor del *facere*) constituyen un reflejo, indirecto y mediato si se quiere, del grandioso proceso histórico por el cual (mediante la reducción general de los *corvées* y la sustitución de estas últimas por cánones de pagos en dinero) el súbdito tiende a transformarse en un contribuyente, que responde con su patrimonio por sus obligaciones civiles, y no con su persona.

Por el contrario, no es arriesgado creer que, en Alemania, tanto la persistencia de medidas sancionatorias contra el demandado contumaz, como la perpetuación de medidas indirectas de coacción *al facere* sobre la persona del deudor, constituyen un reflejo evidente del peculiar atraso alemán, que proyecta también sus sombras sobre la evolución de los institutos procesales” (2005: 110-113).

⁹¹ Article 1184.-

"La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances".

Artículo 1184.-

“La condición resolutoria será entendida implícita en los contratos sinalagmáticos, en el caso de que una de las partes no cumpla con su prestación.

se ha ejecutado el compromiso podría elegir entre obligar a la otra a la ejecución del contrato *cuando sea posible* o pedir que se resuelva en daños (François 2016)⁹².

En tal sentido, aunque el entendimiento de la doctrina y jurisprudencia apuntaba que la regla general era la *primauté de l'exécution en nature* de las obligaciones de hacer y de no hacer, inclusive las de tipo infungibles, aún el ámbito de aplicación del artículo 1142 ya con interpretación restringida debido a la aplicación de las *astreintes*, tenía supuestos a los que podía servir de sustento para evitar el cumplimiento en específico.

En efecto, se ha considerado que dentro de la tutela del género de las obligaciones de hacer o de no hacer infungibles (en las que se requiere la necesaria participación del deudor para la satisfacción del acreedor) solamente estarían excluidas de una *tutela específica* o del cumplimiento *in natura* aquellas conocidas en la doctrina francesa como *obligations de faire à caractère personnel, qualités irréductiblement individuelles du débiteur* (esto es, aquellas que ponen en juego una cualidad irreduciblemente individual del deudor), *liberté essentielle* (que hacen referencia a su libertad esencial) o *tréfonds de la personnalité* (o que, de cualquier forma, se refieran a aspectos profundos de su personalidad). Por ejemplo, casos de prestaciones artísticas e intelectuales o que impliquen relaciones de carácter de alta confianza (la imposibilidad de constituir forzosamente una relación societaria que requiere, por su naturaleza, la *affectio societatis* o de forzar a determinados tipos de voto al interior de una sociedad) o también casos referidos a relaciones estrechamente personales (la imposibilidad de forzar a una esposa a retornar al domicilio familiar del cual ha huido) (Giabardo 2022: 136-137)⁹³.

En este caso, el contrato no se resolverá de pleno derecho. La parte a la cual no se le haya cumplido, tiene la opción de solicitar al deudor la ejecución de lo convenido cuando sea posible, o de demandar la resolución más los daños y perjuicios. La resolución debe pedirse judicialmente, y al demandado se le puede conceder un plazo de acuerdo a las circunstancias” (el énfasis es nuestro).

⁹² En dicho sentido, precisamente la jurisprudencia francesa en la *Cour de Cassation* validó el principio de la ejecución forzada en especie sobre la base del antiguo artículo 1184, párrafo 2, del *Code Civil* de 1804 en la (*Cass. 3 civ, 11 mayo 2005, n° 03-21136*) (Renault-Brahinsky 2019: 135). De manera similar, ya de la mitad del siglo XIX en adelante, Marcadé señala que el efecto de la obligación es autorizar al acreedor a demandar a su deudor para obtener de él el cumplimiento de la obligación como regla, siempre que la naturaleza de las cosas lo permita (es decir, cuando no sea una obligación de hacer y de no hacer infungible que requiera uso de la violencia sobre la persona del deudor para que cumpla) (1892: 442).

⁹³ Es decir, solamente estarían excluidas de la tutela específica un subtipo dentro del género de las *obligaciones de hacer y de no hacer infungibles*.

Todo ello ha sido reconocido por las cortes francesas a partir del caso *Whistler* (1900)⁹⁴. Este caso fue iniciado por Sir William Eden contra el famoso pintor estadounidense James Abbott McNeill Whistler. Este último había sido contratado para realizar un retrato de Lady Eden (esposa de Sir William Eden), para lo cual las partes habían acordado un precio “entre cien y ciento cincuenta guineas” sin definir exactamente el monto específico. En el año 1894 cuando se debía realizar el pago, Sir Eden solamente entregó la suma de cien unidades, por lo que el pintor, de personalidad artística bastante susceptible, se ofendió al haberse elegido el valor más bajo entre lo pactado y decidió no entregar el cuadro (que ya había sido expuesto al público en una muestra parisina del *Salon du Champ-de-mars* y que, posteriormente, fue dañado por el pintor con la desfiguración del rostro de la persona retratada).

El señor Eden inició la causa solicitando la restauración del retrato, la entrega del mismo y el resarcimiento del daño. En la primera instancia, el pintor fue condenado por todas las pretensiones, pero la *Cour d'appel* de Paris y, después, la *Cour de cassation* anularon la sentencia (salvo mantener la obligación de resarcir los daños), ya que ni la restauración del cuadro ni la entrega eran comportamientos que podían ser forzados contra la voluntad del artista.

Respecto a ello, Carlo Vittorio Giabardo comenta lo siguiente:

“En cada caso, sin embargo, sería siempre imposible de forzar al autor a entregar su trabajo, al menos en el caso de todas las prestaciones de obras que hoy que recaen bajo la protección concedida por la legislación sobre derechos de autor. La creación artística es de tal naturaleza que el artista tiene un *derecho moral (droit moral)* sobre ella, de naturaleza personalísima. Si decide que no quiere cederla – porque, por ejemplo, no la considera a la altura de las precedentes o por cualquier otra razón, o también en ausencia de motivos – ninguno podrá forzarlo y la *astreinte* debe aquí ser siempre excluida (salvo, naturalmente, la obligación de resarcimiento de los daños).

Este principio fue argumentado y establecido por primera vez por la *Cour de cassation*, y nunca más puesto en duda, al inicio del año 1900, en el célebre caso *Whistler*, causa intentada por Sir William Eden contra el famoso pintor estadounidense James Abbott McNeill Whistler” (2022: 138-139).

De esta manera, en un sector de la doctrina francesa se ha reconocido dicho límite como la imposibilidad de tipo moral en la que no podría ser posible obligar a alguien como un

⁹⁴ Este caso es estudiado por Carlo Vittorio Giabardo (2022: 138-139).

pintor a cumplir con su obligación de hacer porque ello sería intrusivo en las libertades individuales, debido al carácter eminentemente personal de la obligación⁹⁵ (François 2016)⁹⁶, y esta constituirá uno de los verdaderos supuestos de relevancia del artículo 1142⁹⁷, en las que inclusive se descartaría, *exceptionalmente*, el uso de las *astreintes*.

En esa línea de la evolución de la interpretación del artículo 1142, luego de la reforma en el Derecho de los Contratos y de las Obligaciones del 2016 operada sobre el *Code Civil*, el artículo 1221 establece como regla general la *primauté de l'exécution en nature* (la ejecución en especie o tutela específica) para todas las obligaciones en los siguientes términos:

Article 1221.- Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.⁹⁸

Como ya he explicado, esta transformación ya venía siendo el entendimiento de un sector de la doctrina civil francesa posterior a la promulgación del *Code Civil* francés de 1804, y también era reafirmada en la jurisprudencia con el uso de la técnica de la *astreinte* como técnica procesal para inducir el cumplimiento en específico de las obligaciones de hacer y de no hacer.

En efecto, se ha dicho que a pesar de que este nuevo artículo parece indicar una revolución en el derecho civil francés respecto a su antecesor (el artículo 1142), en la doctrina francesa civilista, desde que se analizaba el *avant-projet* del nuevo Código Civil, ya se manifestaba que, si bien la elección de la ejecución en especie como principio general está en desacuerdo

⁹⁵ Este autor hace referencia a dicho supuesto a propósito del nuevo artículo 1221 luego de la reforma del año 2016 del *Code Civil* de 1804; sin embargo, como se viene explicando este supuesto ya estaba siendo desarrollado en la jurisprudencia francesa posterior al Código de Napoleón.

⁹⁶ Yves-Marie Laithier, comentando a propósito del *Avant Projet*, ha señalado también que en dicho proyecto tal prohibición respondería al respeto de la libertad del deudor y a su dignidad. Asimismo, agrega que lo que se buscaba con esta prohibición es limitar el uso de la técnica de ejecución indirecta, y con mucha más razón la técnica de ejecución directa. El autor indica que la definición de “personal” parece restringirse a la creación de obras de valor intelectual. Finalmente, el autor cuestiona la inclusión de una regla de tal naturaleza en un Código Civil pues la afectación a la dignidad no está relacionada con el objeto de la obligación; en efecto, de ser así, se podría entender que el contrato es contrario al orden público. Más bien, dicho compromiso con la dignidad debería estar en la actuación de la ejecución forzada (2009: 133-135).

⁹⁷ Giabardo (2022: 134-136).

⁹⁸ Artículo 1221.- “El acreedor de una obligación puede, previo aviso formal, exigir la ejecución en especie a menos que la ejecución sea imposible o el costo sea manifiestamente desproporcional entre el costo del deudor y el interés del acreedor”.

con el artículo 1142 y la interpretación que generalmente se le daba por la doctrina tradicional o clásica, esta nueva elección del *avant-projet* se encontraba conforme a la jurisprudencia predominante de la *Cour de Cassation* y a la idealización de la ejecución en especie por parte de la mayoría de comentaristas franceses, siendo también conforme a la tradición de la Europa continental. En consecuencia, la nueva elección del principio general de la ejecución en especie como regla no ha sido para nada una sorpresa en el *avant-projet* (Laithier 2009: 131-132)⁹⁹.

Ahora bien, por un lado, dentro del artículo 1221 existe claramente una excepción a la *primauté de l'exécution en nature* que se configura cuando exista una situación de imposibilidad. La doctrina ha señalado que dicha imposibilidad puede ser de tipo *material* (por ejemplo, cuando el deudor se compromete a entregar un bien que ha perecido), *moral*¹⁰⁰ (referida a los supuestos de comportamientos vinculados a la personalidad del deudor) y *jurídica* (por ejemplo, si un arrendador celebra dos arrendamientos sucesivos sobre un mismo inmueble, pero con dos arrendatarios distintos, si el primero ocupará el inmueble, el segundo no podría a través de la ejecución forzada obtener el inmueble, pues tendría que desalojar al primero)¹⁰¹.

⁹⁹ En el mismo sentido se encuentra Lucinda Miller, para quien en la comparación entre el nuevo artículo propuesto en proyecto de modificación del Código Civil francés y el artículo 1142 del Código de 1804 podría parecer que ocurre un cambio radical de la política respecto al tema de la ejecución *in natura*. Sin embargo, la posición de la *exécution en nature* en Francia desmentiría la literalidad del artículo 1142, pues, a través de la interpretación jurídica de la doctrina y jurisprudencia de dicho artículo, convirtiéndose en una excepción a la *primauté de l'exécution en nature* en el principio general y a la conversión de la obligación en daños y perjuicios (esto es, la interpretación literal del artículo 1142) como una excepción. Incluso ya cuando se leía tal artículo al lado del artículo 1 de la ley de 1991 sobre reforma del Procedimiento Civil de Ejecución era casi imposible afirmar que el artículo 1142 sería la regla general del cumplimiento en las obligaciones de hacer y no hacer. Dicha ley (art. 1 *Loi no. 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution*) establecía que el acreedor, de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley, podía obligar al deudor a cumplir con sus obligaciones. Asimismo, reconocía el uso formal de las *astreintes* ante la desobediencia de una orden judicial (Sección VI, arts. 33-37).

Es en ese sentido, que el *Avant projet* solamente venía a reconocer de manera transparente la posición actual de la doctrina y jurisprudencia respecto a la ejecución *in natura* en Francia (2009: 144-145).

¹⁰⁰ Carlo Vittorio Giabardo establece como supuestos de imposibilidad moral las obligaciones de carácter personal, las que tienen cualidades individuales del deudor, las que pueden comprometer su libertad esencial o que, de cualquier forma, se refieran a aspectos profundos de personalidad (que, constituirían el verdadero supuesto regulado del artículo 1142 del *Code Civil* luego de la evolución en su interpretación doctrinal y jurisprudencial) están comprendidos dentro de la imposibilidad del artículo 1221 (2022: 134-136).

¹⁰¹ François (2016).

Por otro lado, según un sector de la doctrina francesa, se han reconocido otros límites de tipo económico que se pueden reconocer en el artículo 1221 del Código Civil Francés reformado en el 2016 en el límite a la regla general del cumplimiento específico a través del fraseo “si hay una desproporción manifiesta entre el costo para el deudor y el interés para el acreedor”. En ese sentido, dicha excepción pretendería evitar ciertas decisiones jurisprudenciales en las que sea sumamente oneroso la ejecución forzosa en especie para el deudor sin que el acreedor tenga un interés real en ella, lo cual hace la regla general injustificable¹⁰²

Finalmente, si bien se ha descrito los aspectos de una visión contemporánea del *nemo potest praecise cogi ad factum*, cabe establecer definir dichos límites. En ese sentido, el primer límite natural sería que en nuestro mundo actual y con toda la tecnología desarrollada, sería materialmente imposible que se adopten mecanismos que utilicen el cuerpo del obligado contra su voluntad a fin de que cumpla con el deber de hacer que le incumba. Además, también resultaría otro límite de corte ético-jurídico por el cual existe la prohibición de que algún mecanismo convierta el cuerpo de un ser humano (también su mente) en un objeto, a fin de concretizar el deber de hacer, todo ello en atención a la dignidad humana de la persona (Talamini 2003: 32).

En consecuencia, debe quedar claro que el *nemo potest praecise cogi ad factum*, desde una perspectiva procesal, en una visión contemporánea no puede significar que estén prohibidos técnicas de ejecución procesales indirectas como la *astreinte* (que, esencialmente, es una multa pecuniaria)¹⁰³. En realidad, la prohibición apunta a que la técnica de ejecución

¹⁰² François (2016). Según un ejemplo colocado por el autor, si un individuo ordena un automóvil de cierto modelo a un fabricante que durante el contrato cese la producción de dicho modelo y se exigiera el cumplimiento *in natura*, el deudor tendría que poner en marcha la línea de producción de la fábrica, lo cual sería sumamente costoso. Por otro lado, si un contratista fallara en la construcción de una parte de la casa generando un mal posicionamiento por algunos centímetros a lo efectivamente pagado, no sería razonable que se ordene la destrucción y la reconstrucción y, por tanto, simplemente tendría que existir una indemnización.

En dicho sentido también se ha señalado que este nuevo límite será conocido en cada caso y que se configurará cuando el cumplimiento sea excesivamente gravoso para el deudor, o cuando el acreedor pueda realizar una operación de reemplazo (Severin 2016: 183).

¹⁰³ Respecto a la prisión civil, como se ha señalado, esta técnica es admitida con naturalidad en en Alemania y en países de *common law*, aunque de manera subsidiaria y limitada. En ese sentido, bien podría reflexionarse sobre su posibilidad de ser regulada y si es que sería constitucional (en relación a la prohibición de prisión por deudas, es decir, si dicha limitación alcanza a todos los supuestos de obligaciones que requieran una tutela específica) en países como el Perú.

pueda dirigirse directamente sobre el cuerpo de una persona, e inclusive aplicándole violencia para forzarlo a realizar una prestación de hacer infungible y de no hacer, que son los casos más sensibles, pues las de tipo fungibles bien pueden obtener un cumplimiento en específico con la satisfacción a través de un tercero y a costa del deudor. Ahora bien, según el estado de la doctrina y jurisprudencia, en Francia existen supuestos relacionados al género de *las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles* (como los vinculados a aspectos de la personalidad individual de una persona) que no podrían tampoco ser coercibles, ni siquiera a través de la *astreinte*, pero ello se da siempre *exceptionalmente*.

De dicho modo, la tutela procesal de dicho tipo de obligaciones sí puede valerse, como regla general, de técnicas de ejecución indirecta, sobre todo en el caso de las infungibles que necesitan de la colaboración y participación del deudor para la satisfacción de los derechos del acreedor.

Por otra parte, desde una perspectiva sustancial, dicho adagio, nunca puede significar que la obligación originaria de hacer y de no hacer (e inclusive las de tipo infungibles) se conviertan en una obligación de resarcimiento en equivalente pecuniario ante el incumplimiento, al menos, como regla. Sin embargo, habrán supuestos, según la doctrina y jurisprudencia francesa ya desarrollada, que sí permitirían la conversión en una indemnización en equivalente pecuniario en una condena, aunque de manera *exceptional*. Cabe resaltar que ello no necesariamente se desprende del dato normativo del artículo 1221 del *Code Civil* reformado, pero que así ha sido determinado mayoritariamente por un sector de la doctrina y jurisprudencia francesa.

Por tanto, como regla general, existe una *primauté de l'exécution en nature* en la tutela material de todas las obligaciones de hacer y de no hacer, y con mayor razón de las infungibles (en las que se quiere la conducta del deudor)¹⁰⁴, aunque con excepciones que tendrán que ser establecidas caso por caso.

¹⁰⁴ Respecto a dicho tema, en la doctrina brasileña, Moacyr Amaral Santos ha indicado que: “Modernamente, la doctrina se ha orientado en el sentido de que se creen condiciones procesales capaces de llevar al deudor de la obligación de hacer y de no hacer a realizar el cumplimiento de modo específico. De dicho modo, se debe considerar que, si nadie puede ser coaccionado a la realización de una prestación de un hecho, de ello no se sigue que no se puede inducir al cumplimiento de la prestación, o, en otras palabras, de que la voluntad del obligado no puede ser violentada no resulta que este no pueda ser convenido o conducido, a través de

2.3. La tendencia en el derecho extranjero y en los modelos del derecho contractual en Europa sobre la incoercibilidad de las obligaciones de hacer infungibles y de no hacer que comprendan situaciones vinculadas a la personalidad del deudor

Habiendo establecido los supuestos excluidos de la *primauté de l'exécution en nature* por la doctrina y jurisprudencia francesa de ciertas obligaciones infungibles referidas a los aspectos más íntimos a la personalidad de una persona, se debe señalar que esto último parece ser una tendencia en el derecho comparado y en los modelos europeos de contratación y de obligaciones. La configuración de dicha incoercibilidad ha sido regulada en los códigos civiles e inclusive en los códigos procesales civiles en los principales países de referencia del *civil law* y del *common law*, salvo en el caso español en el que no se puede concluir tal cosa al menos a partir del dato normativo.

En Alemania, el *Zivilprozessordnung* (ZPO) de 1879 establece que en algunos casos están prohibidas las técnicas de ejecución indirecta de la multa (*Zwangsgeld*) y la prisión civil (*Zwangshaft*) para conseguir un cumplimiento en específico de la celebración de un matrimonio, para la reposición de la vida conyugal y en los casos de prestación de servicios sobre la base de un contrato de servicio (§ 888.3)¹⁰⁵. Respecto a estos supuestos de prohibición de aplicación de dichas técnicas de ejecución indirecta, Eduardo Talamini señala que el ordenamiento procesal civil alemán ha excluido por voluntad del legislador la tutela específica en dichos supuestos mediante aquellas medidas de coerción e, inclusive,

medios coercitivos indirectos a cumplir una obligación. (...) El obstáculo representado por el aforismo *Nemo ad factum praecise cogi potest* no es extensivo a todas las obligaciones de hacer, sino solamente a las de carácter infungible, ya que las fungibles bien podrían ser ejecutadas de forma específica por un tercero, contra la voluntad del obligado. Además, aún en el caso de las obligaciones infungibles, inejecutables en forma específica sin adhesión de la voluntad del deudor, el obstáculo es antes de orden natural que, de tipo jurídico, pues ocurre por la imposibilidad material o moral de substituirse al obligado por un tercero en el cumplimiento de la prestación” (1999: 376). Ahora bien, cabe resaltar que no estoy de acuerdo a la simple referencia de la infungibilidad porque, como ya he explicado, según la doctrina y jurisprudencia francesa, es excepcional la conversión en una indemnización en equivalente pecuniario de las obligaciones de hacer infungibles y de no hacer, quedando restringido solo a supuestos referidos a prestaciones de hacer y de no hacer vinculados a aspectos de la personalidad de un deudor.

¹⁰⁵ § 888. “Prestación de hacer no fungible:

(...)

- 3) Estas disposiciones no pueden ser aplicadas en caso de condenas para la celebración de un matrimonio, para la reposición de la vida conyugal y en caso de prestación de servicios sobre la base de un contrato de servicio”.

indica que, para la doctrina y jurisprudencia alemana, tal prohibición se extiende a las obligaciones cuya prestación presuponga especial capacidad científica, artística, etc. (2003: 79). Asimismo, es de resaltar que dichas técnicas de ejecución indirecta (medidas coercitivas) solamente pueden ser usadas ante obligaciones de hacer infungibles y de no hacer (con excepción de las fungibles), puesto que el procedimiento ejecutivo alemán diseñado para ese tipo de obligaciones es excluyente y típico¹⁰⁶.

En el caso de Portugal, el artículo 829-A¹⁰⁷ del *Código Civil* de 1967 establece que las *sanções pecuniárias compulsórias* (que es, en esencia, una multa pecuniaria) solamente se aplican a prestaciones de hacer infungibles, positivas o negativas, salvo a las que exijan cualidades científicas o artísticas del obligado.

Por su parte, en España, la doctrina ha señalado que bajo los artículos 1098¹⁰⁸, 1161¹⁰⁹ y segundo párrafo del 1166¹¹⁰ del Código Civil de 1889, sumado al primer párrafo del artículo 924¹¹¹ de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ante la ausencia de la posibilidad de ejecución de la prestación de hacer infungible el legislador solamente

¹⁰⁶ En ese sentido, se manifiesta Marcelo Guerra (1998: 137-139).

¹⁰⁷ Artigo 289-A (Sanção pecuniária compulsória):

“1. Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso. (el resaltado es nuestro)

2. A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar.

3. O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em parte iguais, ao credor e ao Estado. (...).”

¹⁰⁸ Artículo 1098.-

“Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa.

Esto mismo se observará si la hiciera contraviniendo al tenor de la obligación. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho”.

¹⁰⁹ Artículo 1161.-

“En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación”.

¹¹⁰ Artículo 1166.-

“El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida.

Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor”.

¹¹¹ Artículo 924.-

“Si el condenado a hacer alguna cosa no cumpliere con lo que se le ordene para la ejecución de la sentencia dentro del plazo que el juez al efecto le señale, se hará a su costa; y si por ser personalísimo el hecho no pudiera verificarse en esta forma, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios.

(...).”

otorgaba la indemnización de daños y perjuicios generados por el deudor, teniendo vigencia el viejo adagio latino *nemo ad factum praecise cogi potest*. Con ello se asumía la reciprocidad entre la infungibilidad de la prestación y su incoercibilidad negándose la posibilidad de alguna constricción ante la conducta infungible del deudor (Manrique 2001: 1180-1181).

No obstante, la doctrina española recientemente ha indicado que el artículo 1098 del Código Civil establece consecuencias aplicables únicamente a las obligaciones de hacer no personalísimas o fungibles. Por ello, nada se puede desprender de dicho artículo en relación con el derecho al cumplimiento específico si es que la obligación es personalísima. Además, dicha norma sería de naturaleza procesal, no regulando nada respecto a la posibilidad de condenar a alguien a realizar una prestación de hacer o de no hacer infungible¹¹².

Por lo tanto, la posibilidad de la coercibilidad de las obligaciones infungibles dependerá de la configuración legal y, en particular, de sus límites (la doctrina española recurre actualmente a los modelos de modernización de los contratos, que como se verá más adelante, no permiten la coercibilidad de obligaciones de hacer cuando tenga relación aspectos de la personalidad del deudor). No obstante, insisto, esto último no se puede desprender explícitamente del marco normativo español pertinente.

Además, el artículo 709¹¹³ de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, en el marco de la ejecución no dineraria, reconoce la ejecución de la condena de hacer

¹¹² Severin (2016: 187-189).

¹¹³ Artículo 709. "Condena de hacer personalísimo:

1. Cuando el título ejecutivo se refiera a un hacer personalísimo, el ejecutado podrá manifestar al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el artículo 699, los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone y alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida. Transcurrido este plazo sin que el ejecutado haya realizado la prestación, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo. El tribunal resolverá por medio de auto lo que proceda, accediendo a lo solicitado por el ejecutante cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706.

2. Si se acordase seguir adelante la ejecución para obtener el equivalente pecuniario de la prestación debida, en la misma resolución se impondrá al ejecutado una única multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711.

3. Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente por el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero. Si, al cabo del año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para

personalísima; en consecuencia, se puede obtener una condena de prestaciones de hacer y de no hacer infungibles, de manera general, e inclusive aplicar multas dinerarias para conseguir su cumplimiento¹¹⁴. En ese sentido, Montero Aroca indica que ese tipo de obligaciones ocurren frecuentemente en la práctica (como los casos ya mencionados del cantante, el futbolista, el actor, etc.), pero que no se judicializan exigiéndose su cumplimiento en específico puesto que económicamente carece de sentido tener que sobrellevar un proceso judicial de largos años para conseguir dicha solicitud; por ello, normalmente se formulan pretensiones de indemnización de daños y perjuicios (2014: 1617). En consecuencia, bajo la ley material y procesal española sería posible exigir, en general, la tutela específica a través de la condena de los deudores de obligaciones de hacer y de no hacer infungibles, e inclusive valerse de multas pecuniarias.

Por otra parte, en Italia, luego de la reforma del año 2009, se reguló el artículo 614-bis¹¹⁵ del *Codice di Procedura Civile* de 1942 creando las *misure di coercizione indiretta* (multa dineraria) que, según el penúltimo párrafo, no son aplicables a las controversias laborales subordinadas del sector privado ni público ni las relaciones de colaboración coordinada y continuada¹¹⁶ (artículo 409¹¹⁷ del CPC italiano). Asimismo, no sería aplicable dicha multa

la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el Tribunal.

4. No serán de aplicación las disposiciones de los anteriores apartados de este artículo cuando el título ejecutivo contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor. En tal caso, se estará a lo dispuesto en aquél”.

¹¹⁴ Existiría, pues, en virtud del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva una cierta preferencia por la ejecución in natura, siendo la vía sustitutiva excepcional operando solo en los casos de la imposibilidad (Severin 2016: 212).

¹¹⁵ Art. 614-bis.- *Misure di coercizione indiretta*:

“Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, *salvo che cio' sia manifestamente iniquo*, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. *Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.*

Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, *della natura della prestazione*, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile” (el resaltado es nuestro).

¹¹⁶ En la doctrina procesal italiana se ha dicho que dicha exclusión causa mucha perplejidad (incluso de relevancia constitucional), puesto que la diferencia entre el tratamiento de dichas prestaciones es cuestionable al ser aquellas que merecerían la aplicación de la multa pecuniaria por razones de solidaridad social (Mandrioli & Carratta 2015: 121)

¹¹⁷ Art. 409.- “Controversie individuali di lavoro:

Si osservano le disposizioni del presente capo nelle controversie relative a:

- 1) rapporti di lavoro subordinato privato, anche se non inerenti all'esercizio di una impresa;

pecuniaria o dineraria respecto de prestaciones establecidas en condenas que sean manifiestamente injustas (*iniquo*).

Es de resaltar, conforme dice Sergio Chiarloni¹¹⁸, que es una fórmula un tanto infeliz, debido a su imprecisión, pero que bien podría hacer referencia a casos en los no exista equilibrio entre buscar forzar que se cumpla una prestación diversa al pago de una suma de dinero si para ello el sacrificio que se le impone al deudor es mucho mayor que el beneficio al deudor¹¹⁹. Inclusive, se ha considerado que también estarían excluidas aquellas prestaciones de naturaleza personal del deudor que podría fundamentarse en la referencia a la “*natura della prestazione*” contenida en el último párrafo del artículo 614-bis del CPC italiano, como elemento para determinar el monto de la multa¹²⁰. En todos estos supuestos señalados, según dicha norma, no cabería la tutela específica para las obligaciones distintas de la de dar suma de dinero a través de la multa pecuniaria.

En Inglaterra, en general, cada vez que un contrato haya previsto prestaciones de carácter laboral o que pueda tener como contenido obligaciones de hacer de carácter personal (*contracts for personal service*) o que se refieran a habilidades personales (*contracts involving personal skills*), hasta la actualidad, las cortes inglesas no han concedido un remedio *in natura* para dichas prestaciones. Ello ha sido fundamentado por tres razones principalmente: (i) el peligro que se generaría, a través de la imposición forzada, a la libertad del deudor creando una suerte de esclavitud involuntaria (*involuntary servitude*) o esclavitud por orden del juez

2) rapporti di mezzadria, di colonia parziaria, di compartecipazione agraria, di affitto a coltivatore diretto, nonche' rapporti derivanti da altri contratti agrari, salva la competenza delle sezioni specializzate agrarie;

3) rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato (La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa);

4) rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica;

5) rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici ed altri rapporti di lavoro pubblico, sempreche' non siano devoluti dalla legge ad altro giudice”.

¹¹⁸ Chiarloni (2012: 4)

¹¹⁹ Por su parte, Carlo Vittorio Giabardo, considera que este supuesto de exclusión constituiría una injusticia de tipo subjetiva (*iniquità soggettiva*) en tanto se debe valorar concretamente, en cada caso, las consecuencias del comportamiento forzado. De esa manera, cuando exista una desproporción intolerable entre el interés del acreedor a obtener la prestación y el sacrificio monetario al deudor, se debe excluir la posibilidad de otorgar una tutela específica del comportamiento del deudor (diferente de una de dinero) a través de la técnica de la multa pecuniaria del artículo 614-bis del *Codice di Procedura italiano* de 1962 (2022: 190-191).

¹²⁰ Giabardo (2022: 191).

(*servitude by injunction*) fundamentado en un *principle against selfenslavement* (principio contra la auto esclavitud); (ii) la intrínseca inoportunidad de obligar a las partes a continuar una relación duradera de naturaleza personal, que al menos, para uno de las partes puede convertirse en intolerable; y (iii) el gran riesgo que se generaría por la ejecución de una obligación que no satisface el interés del acreedor (Giabardo 2022: 73-74)¹²¹.

Por último, en los modelos europeos de Derechos de los Contratos también se repite la tendencia de la exclusión de la tutela específica de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles para los casos en que se refieran a supuestos vinculados a aspectos de la personalidad del deudor y cuando exista una desproporción entre el beneficio del acreedor y el perjuicio al deudor en el cumplimiento en específico (límite económico).

En ese sentido, en los *Principles of European Contract Law* de 2002, el artículo 9: 102, numeral 2: 102 sobre obligaciones no monetarias (capítulo 9, sección 1) establece que el acreedor no podrá obtener el cumplimiento específico cuando se genere al deudor un esfuerzo o gasto irrazonable, cuando la prestación consista en servicios o trabajos de carácter personal o dependa de una relación personal, o inclusive cuando la parte afectada puede razonablemente obtener el cumplimiento de otra fuente¹²².

De la misma manera, los supuestos excluidos de tutela específica señalados son repetidos en los *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* de 2016, en el artículo 7.2.2 (sobre cumplimiento de obligaciones no monetarias) de la sección 2 del libro 7 que

¹²¹ Véase los casos *Lumley v Wagner* (1852) en Inglaterra, estudiado y comentado por Carlo Vittorio Giabardo (2022: 76). De la misma manera, el caso *Warner Brothers Pictures Inc. v Nelson* (1936) estudiado y comentado por el mismo autor (2022: 77). De ambos se desprende la tendencia señalada.

¹²² Chapter 9: Particular remedies for non-performance:

Section 1: Right to performance:

Article 9: 102: “Non-monetary obligations:

(1) The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to pay money, including the remedying of a defective performance.

(2) Specific performance cannot, however, be obtained where:

(...)

(b) performance would cause the obligor unreasonable effort or expense; or

(c) the performance consists in the provision of services or work of a personal character or depends upon a personal relationship, or

(d) the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source.

(...)”.

Disponibile en: https://www.trans-lex.org/400200/ /pecl/#head_128

establece que no se podrá obtener el cumplimiento en específico cuando: (b) el cumplimiento es excesivamente oneroso o caro para el deudor, (c) el acreedor puede obtener el cumplimiento de otra fuente, y (d) el cumplimiento se refiere a una prestación exclusivamente personal¹²³.

Así también en el caso del *Draft Common Frame of Reference* en el libro III, capítulo 2 de la Sección 3 sobre el derecho de ejecutar el cumplimiento (*right to enforce performance*), se establece en los incisos b y c del numeral 3 del artículo 3: 302 (sobre cumplimiento de obligaciones no monetarias) los mismos supuestos ya mencionados: no podrá ejecutar la prestación cuando para el deudor signifique un costo oneroso o excesivo (b), y cuando el cumplimiento de la prestación del deudor se refiera a aspectos de carácter personal que haga irrazonable su ejecución (c)¹²⁴ (Von Bar, Clive & Schulte-Nölke 2009: 243).

3. La influencia del *Code Civil* francés de 1804 en los Códigos Civiles peruanos

Como ya habíamos adelantado, el Código de Napoleón ha tenido una gran influencia sobre diversos códigos legales, y nuestro país no ha sido la excepción, siempre enmarcada en la recepción que tuvo nuestro continente de dicho cuerpo legislativo. Luego de la independencia del Perú en el año 1821, se mantuvo la vigencia de antiguas leyes españolas como las Partidas, la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680, que era un conjunto de

¹²³ Chapter 7 – Non-performance:

Section 2: Right to performance:

Article 7.2.2 (Performance of non-monetary obligation):

“Where a party who owes an obligation other than one to pay money does not perform, the other party may require performance, unless

(...)

(b) performance or, where relevant, enforcement is unreasonably burdensome or expensive;

(c) the party entitled to performance may reasonably obtain performance from another source;

(d) performance is of an exclusively personal character; or

(...)”.

Disponible en: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>

¹²⁴ III- 3: 302: “Enforcement of non-monetary obligations:

(3) Specific performance cannot, however, be enforced where:

(...)

(b) performance would be unreasonably burdensome or expensive; or

(c) performance would be of such a personal character that it would be unreasonable to enforce it”.

normas provenientes del siglo XVIII bajo la dominación borbónica y, también, la Novísima Recopilación, llegando esta hasta el año de 1852¹²⁵.

Entre ese lapso de tiempo, el Perú, al formar parte de la Confederación Perú-boliviana, adoptó en 1836 el Código Civil boliviano de 1831 (el así llamado “Código Santa Cruz”¹²⁶), de notable influencia del *Code Civil* de 1804, para los estados norte y sur peruanos; no obstante, ello duró apenas dos años, debido a que se tuvo que dejar en suspenso el 16 de noviembre de 1838 debido al gran rechazo y repudio que existía por un sector de la población que lo consideraba como una imposición extranjera¹²⁷. En tal sentido, este Código no es considerado y reconocido como parte de nuestra historia, aunque, de hecho, efectivamente estuvo vigente en nuestro país. Aunque ello haya sido de manera breve, es innegable que permitió ingresar al Perú en la órbita de la influencia intensa del código francés¹²⁸.

Posteriormente, al reconocerse que las viejas leyes españolas poseían un grave problema para el ejercicio operativo del Derecho debido a su variedad, heterogeneidad, incoherencia y dispersión, a la confusión producida por el exceso de comentarios por parte de los autores y a la antigüedad del lenguaje¹²⁹, en el Perú se promulgó el Código Civil de 1852 con una influencia de normas específicas del Código Napoleónico, pero en concurrencia con otras normas tales como las viejas leyes españolas (derecho vernáculo) que aún algunos conservadores en nuestro país señalaban que tenían algunos aspectos que bien podían ser rescatados¹³⁰.

Asimismo, si bien no se puede referir exactamente cuáles fueron las fuentes del Código Civil de 1852 pues no existen actas, memorias, exposición de motivos ni notas que se refieran a sus fuentes, se puede señalar que entre ellas se podrían encontrar en las

¹²⁵ Basadre (1992: 147-148).

¹²⁶ Se conoce también por este nombre por los impulsos realizados por el General Andrés de Santa Cruz en Bolivia por buscar su implementación y promulgación en el año 1831 en dicho país.

¹²⁷ De Trazgenies (2008: 252-253). En el mismo sentido, se ha señalado que este código sufrió de un repudio general por los abogados y juristas peruanos que lo veían como una imposición extranjera (Guzmán 2004: 37).

¹²⁸ Guzmán (2004: 37).

¹²⁹ Guzmán (2004: 19).

¹³⁰ Guzmán (2004: 44-45).

siguientes: (i) el derecho romano de Justiniano y algunas obras de romanistas como de Savigny, (ii) el Código Civil de Napoleón y algunos de los comentaristas de su texto como Pothier, Delvincour y Domat, y (iii) las Partidas, el Fuero Real y la Novísima Recopilación, que eran el vaso conductor del sistema jurídico castellano¹³¹.

Posteriormente, los Códigos Civiles de 1936 y 1984, si bien recibieron una influencia del *Code Civil* también lo hicieron respecto del derecho alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* de 1900, (*BGB* o Código Civil alemán) e italiano (esto es, el *Codice Civile* de 1942)¹³². En dicho contexto, el libro de obligaciones VI de CC de 1984, redactado por Felipe Osterling Parodi, se basó fundamentalmente en el Código Napoleónico, así como en los códigos civiles peruanos de 1852 y 1936, el Código Civil Español, el Código Civil Alemán, los Códigos Argentino y Brasileño, entre otros¹³³.

3.1. La influencia del *nemo ad factum praecise cogi potest* francés a través del Código Civil argentino de Vélez Sarsfield de 1871 y el Código Civil brasileño de 1916 de Clóvis Beviláqua sobre el Código Civil peruano de 1936 y de 1984

¹³¹ En ese sentido, Basadre (1992: 151). Otras fuentes indicadas serían: el *iusnaturalismo* como filosofía jurídica imperante en la búsqueda de la racionalización y generalización de las formas del derecho, y que se encontraron en el derecho romano; la propia versación jurídica de legisladores como de Andrés Martínez Orihuela; el Código de la Confederación Perú-boliviana sobre todo en lo referente a la herencia de los colaterales al cuarto grado y otros principios que se pueden haber filtrado o irradiado a través del Código de Napoleón; el derecho canónico sobre las formalidades del matrimonio, impedimentos matrimoniales y causales de nulidad, y el régimen de las capellanías y del clérigo; la influencia que pudo venir indirectamente por el derecho español a través del intento de codificación de 1821 y los proyectos de 1836-1851; y, finalmente, el derecho alemán a través de la influencia del jurista Juan Teófilo Heinicio en el uso de conceptos jurídicos como la definición del matrimonio y el criterio para la división de las personas. Por otra parte, también se señala que otros autores indican que el *Code Civil* y el Código Civil de la Confederación Perú-boliviana habría servido de patrón único al texto civil de 1852 (todo ello según Basadre 1992: 151).

¹³² De Trazegnies (2008: 267).

¹³³ Osterling (2007: 23). De hecho, cuando uno revisa la nota preliminar de la segunda edición del Libro “Derecho de Obligaciones” del año 2008 de Felipe Osterling se puede percatar la evidente influencia de autores franceses como Planiol y Ripert, Henri, Leon y Jean Mazeud, etc. (2008: 11-20). Posteriormente, en el libro sobre Derecho de Obligaciones elaborado en coautoría de Castillo Freyre, se utiliza la doctrina francesa clásica contextualizada en el *Code Civil* de 1804, por ejemplo, citando a Planiol, Pothier, Demogue, etc. (2008: 31-70).

Respecto a ello, respecto al Libro de Obligaciones de nuestro CC de 1984, Leysser León opina que en las universidades se enseña la teoría de la relación obligatoria a la alemana, pero nuestro texto del CC (el vigente) ha sido confeccionado de acuerdo al esquema francés, solo que a través de una distorsión realizada a partir de la legislación argentina y española, que es incoherente con el régimen de los contratos que se basó en el Código Civil italiano de 1942 (que, a su vez, es una síntesis de las codificaciones francesas y germana) (2007: 24-26).

Algo importante a ser señalado es que no existe ninguna norma en ninguno de los Códigos Civiles peruanos (1852¹³⁴, 1936 y 1984)¹³⁵ que tenga el mismo tenor literal del artículo 1142 del *Code Civil* de 1804. Sin embargo, como ya hemos señalado, existe una vinculación histórica entre la concepción de la infungibilidad de una obligación de hacer y de no hacer y el impedimento para poder forzar al deudor al cumplimiento en específico, pues estaría prohibido el uso de la violencia sobre el cuerpo del deudor y hasta los medios ejecutivos indirectos. Esto es, se interpreta el CC según el entendimiento del *nemo ad factum praecise cogi potest* según su diseño original e inicial del *Code Civil* y que, como vimos, tenía origen medieval, que generaba la conversión de todo incumplimiento de una obligación de hacer y de no hacer en una indemnización en equivalente pecuniario.

En efecto, en los casos de infungibilidad de la obligación de hacer y de no hacer, ocurre que se requiere la necesaria participación del deudor, por lo tanto, el *nemo ad factum praecise cogi potest* ha tenido su aplicación histórica en esos supuestos, ya que se tendría que forzar o coaccionar al deudor para que cumpla; y ello ha sido precisamente lo históricamente prohibido, pues aplicar violencia era entendido como aplicar medidas directas y medidas ejecutivas indirectas sobre el cuerpo de la persona.

¹³⁴ En el CC peruano de 1852 no existen normas que señalen explícitamente la solución acogida por el artículo 1186 del CC de 1936; sin embargo, existían los artículos 1265 (“el que celebra un contrato, , no solo está obligado a cumplirlo, sino también a resarcir los daños que resulten directamente de la inejecución o contravención por culpa o dolo de la parte obligada”), 1276 (“cuando la parte obligada a hacer o no hacer alguna cosa, falta por omisión o contravención, tiene la otra parte el derecho de pedir que se le autorice que se le autorice para que, a costa de la otra persona obligada, se haga lo convenido, o se destruya lo que hizo contra el pacto”) y 2217 (“la obligación de hacer, no puede cumplirse por un tercero si el acreedor no lo consiente; excepto si fuera indiferente la calidad del ejecutor”). A partir de estos artículos se puede llegar a una solución similar a la desarrollada en el CC de 1936 de una interpretación conjunta indicando que en las obligaciones de hacer infungibles, dado que solamente pueden ser cumplidas por un deudor, y de que no es posible realizar una coerción judicial (aplicándose violencia), se debe resolver en una indemnización de daños y perjuicios, todo ello fundamentado en el contexto histórico y por la influencia del *Code Civil* de 1804.

¹³⁵ No tomamos en cuenta el Código Civil de Santa Cruz, puesto que no ha tenido una repercusión de gran magnitud en nuestra formación jurídica civil, ya que solamente estuvo vigente dos años y fue repudiado por la mayoría de juristas y operadores jurídicos de la época al ser un código extranjero impuesto.

En tal sentido, los incisos 1¹³⁶ de los artículos 1150 (sobre obligación de hacer) y 1158¹³⁷ (sobre obligación de no hacer) del CC peruano de 1984 establecen que el acreedor no estará facultado a “*exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor*”. Lo que se explicará a continuación tiene aplicación general para ambos artículos.

El primer artículo señalado encuentra su antecedente más próximo en el artículo 1186¹³⁸ del CC peruano de 1936¹³⁹. Este artículo tenía una correspondencia con los artículos 736¹⁴⁰ y 739¹⁴¹ del Código de Procedimientos Civiles peruano de 1911. Esta correspondencia claramente llevaba a una solución similar a la del artículo 1142 del *Code Civil*, al menos en lo correspondiente a obligaciones de hacer y de no hacer infungibles.

Respecto al artículo 1186, que claramente indicaba que, si se tenía que aplicar violencia, la solución jurídica era que el acreedor reciba una indemnización de daños y perjuicios, Leon Barandiarán¹⁴² ha señalado que “en suma, el artículo citado defiende el principio de *nemo ad faciendum cogi potest*”. Asimismo, Jorge Eugenio Castañeda¹⁴³, respecto al mismo artículo, señala:

¹³⁶ Artículo 1150.-

“El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

1. Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. (...).”

¹³⁷ Artículo 1158.-

“El incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

2. Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor”.

¹³⁸ Artículo 1186.- “Si el deudor rehusare ejecutar el hecho prometido, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. En este caso, el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios”.

¹³⁹ Así lo señala Osterling (2008: 68).

¹⁴⁰ Artículo 736.- “Solo se puede exigir del demandado la ejecución forzada de la obligación de hacer, cuando para ello no haya de emplearse violencia contra su persona”.

¹⁴¹ Artículo 739.- “Si el hecho del demandado, por ser personalísimo, no puede ser practicado por otro, ó es imposible la destrucción de lo que se ha hecho contra el pacto, se resolverá la obligación en el resarcimiento de perjuicios, observándose lo dispuesto en el artículo anterior”.

¹⁴² León Barandiarán (1992: 74). Asimismo, el mencionado autor cita directamente a Clóvis Beviláqua, quien fue redactor del Código Civil brasileño de 1916, para justificar que cuando no se pueda ejecutar forzadamente una obligación de hacer en la que se tendría que aplicar violencia (típicamente las infungibles) se debe recurrir al remedio de la indemnización de daños y perjuicios, pues prima la libertad individual (1992: 75).

¹⁴³ Castañeda (1957: 135-136). Asimismo, el autor es claro al entender que la ejecución forzada no puede comprender en la actualidad la privación de la libertad, pues solo se dirige contra el patrimonio del deudor,

“La ejecución de la obligación de hacer por un tercero es admisible. Pero si la persona del deudor fue elegida por sus aptitudes personales y éste no cumple la obligación, no cabe coerción persona contra él. Ella se resuelve en la indemnización de daños y perjuicios para el acreedor. De lo expuesto se sigue que el acreedor tiene dos caminos:

(...)

b) La indemnización de daños y perjuicios, si la obligación se contrajo en atención a la persona del deudor.

(...)

La coerción contra el deudor, aunque se estimare eficaz, no se concilia con el principio de la libertad individual”.

De ello se sigue que, para la doctrina civilista peruana que comentó el Código Civil de 1936, existe vinculación entre obligaciones de hacer infungibles y su imposibilidad de ser coercibles en sede judicial, y, ante el incumplimiento del deudor, se generaba la indemnización de daños y perjuicios en equivalente.

El artículo 1186 del CC peruano de 1936 tenía, a su vez, como una de sus fuentes, el artículo 629¹⁴⁴ del Código Civil argentino de Vélez Sarsfield de 1871¹⁴⁵. Respecto a dicho artículo en la nota de su redactor¹⁴⁶ hace referencia explícitamente al artículo 1142 del *Code Civil* y cita a un autor francés para explicar dicho artículo: Victor-Napoleón Marcadé (1810-1854). En ese sentido, explica que, a partir de dicho autor, solamente se convertirá un incumplimiento de obligación de hacer y de no hacer en indemnización de daños y perjuicios cuando¹⁴⁷:

debiendo obtenerse el cumplimiento por equivalente. Por ello, indica que cuando la ejecución se promueva con el objeto de que el deudor cumpla una obligación de “capital la persona misma del deudor quedará fuera del campo ejecutivo, ya que el derecho de agresión del acreedor se dirigirá tan solo contra el patrimonio del deudor” (1957: 135).

De igual manera, posteriormente, en otro de sus libros, el mismo autor indica que la ejecución forzada de obligaciones de hacer no será posible si para ello hubiere que emplearse la violencia contra la persona del deudor, siendo solo posible la indemnización: “Se refiere la ley a las obligaciones de hacer personalísimas, que solo el deudor puede cumplir y no aquellas otras obligaciones de hacer corrientes, como la de construir un edificio, levantar un muro. Estas obligaciones pueden ser ejecutadas por un tercero (inc. 2° del art. 1233)” (1963 :76).

¹⁴⁴ Artículo 629.- “Si el deudor no quisiere o no pudiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesaria violencia contra la persona del deudor. En este último caso, el acreedor podrá pedir perjuicios e intereses”.

¹⁴⁵ León Barandiarán (1992: 73); Osterling (2008: 68).

¹⁴⁶ Nota de Vélez Sarsfield al artículo 629 (Machado 1898: 349-350). En dicha nota, también se aclara, basándose en Marcadé, que no es que en todos los casos ante el incumplimiento de la obligación de hacer y de no hacer se resuelva en una indemnización de daños y perjuicios, pues el propio artículo 1144 del *Code Civil* permite que el acreedor pueda ser autorizado a hacerlo ejecutar él mismo a costa del deudor. Por lo tanto, el artículo 1142 no debe ser tomado literalmente, siendo solamente aplicable en la cita literal señalada.

¹⁴⁷ Esta postura también es revalidada por José Machado, jurista contemporáneo a Vélez Sarsfield, en su comentario al artículo 629, indicando que, en el caso de las obligaciones de hacer, será imposible que se pueda obtener el cumplimiento contra la voluntad del deudor, puesto que la libertad individual se vería

“Esto no sucede sino en dos casos: 1º, cuando la ejecución forzada no podría resultar sino de violencia dirigida contra la persona del deudor; y 2º, cuando el acreedor, aunque pudiendo obtener la ejecución directa por la fuerza, se contentara con la satisfacción de los daños é intereses. Los códigos de Europa copian tanto el art. 1442 del código francés, como el art. 1144”.

Esta postura también es revalidada por José Machado, jurista contemporáneo a Vélez Sarsfield, en su comentario al artículo 629, indicando que en el caso de las obligaciones de hacer será imposible que se pueda obtener el cumplimiento contra la voluntad del deudor, puesto que la libertad individual se vería comprometida por deuda civil y ni aun ejerciéndose la violencia personal se podría cumplir, por dichas razones, se justifica la existencia del artículo 629¹⁴⁸. Asimismo, añade en su nota que tal artículo autoriza a lo siguiente:

“En las hipótesis del artículo pueden ocurrir tres casos: 1º, exigir al deudor ejecución forzada; 2º, hacerla ejecutar por un tercero; 3º, resolver la obligación en daños y perjuicios. En el primero, si el deudor no quisiera ejecutarla, puede obligársele por los medios ordinarios, llegando hasta donde no importe una violencia. ¿Puede el juez á solicitud de parte compelerlo á la ejecución por medio de penas pecuniarias? ¿Pueden esas penas importar más de los daños y perjuicios que resulten de la inejecución? Estas dudas vienen al espíritu al interpretar la expresión de: ‘el acreedor puede exigirle la ejecución forzada’. Hasta dónde puede ir esa fuerza, lo expresa el mismo artículo al decir, no debe importar una violencia personal; pero en toda ejecución forzada, la violencia aparece como el único medio de hacer cumplir la obligación.”¹⁴⁹

Nuevamente, es evidente la presencia del *nemo ad factum praecise cogi potest* que era la inspiración del artículo 1142 del *Code Civil*, inclusive hasta en el entendimiento de que cuando sea necesario el uso de la fuerza y la violencia para conseguir el cumplimiento en específico (en casos de obligaciones de hacer y de no hacer infungibles), el deudor solo debe entregar una indemnización en equivalente pecuniario.

Por otra parte, el artículo 1186 del CC de 1936 también tenía sus fuentes en el artículo 880¹⁵⁰ del Código Civil brasileño de 1916, redactado por Clóvis Beviláqua. Dicho artículo conecta la idea de infungibilidad de una obligación de hacer y su incoercibilidad siendo

comprometida por deuda civil y ni aun ejerciéndose la violencia personal se podría cumplir, por dichas razones, se justifica la existencia del artículo 629 (1898: 348).

¹⁴⁸ Machado (1898: 348).

¹⁴⁹ Nota de José Machado al artículo 629 (1898: 348).

¹⁵⁰ Artigo 880: “Incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor, que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível”.

solamente posible una indemnización de daños y perjuicios (*nemo ad factum praecise cogi potest*). Respecto a dicho tema, el autor de este código manifiesta que:

“El código civil francés, adoptando un principio largamente aceptado en el derecho, establece en su artículo 1142, que toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve, en caso de inexecución por parte del deudor, en satisfacción de daños, pero en algunos casos, declara que el acreedor puede ser autorizado a ejecutar el trabajo prometido a costo del deudor (art. 1144). (...)

Se comprende que estas reparaciones pecuniarias serán frecuentemente compensaciones defectuosas e insuficientes. No obstante, llegar hasta el punto de coaccionar al individuo a realizar un acto que él rechaza, violentarlo a abstenerse de una acción que él quiere practicar, podría ser motivo de perturbaciones económicas y jurídicas todavía más graves, y es necesario dejar que la libertad individual no sea jamás encadenada de un modo desastroso para ella y por reflejo a la sociedad.
(...)”¹⁵¹.

Finalmente, como señalábamos al inicio, la solución desarrollada es totalmente aplicable a las obligaciones de no hacer, ya que como regla éstas son infungibles (numeral 1 del artículo 1158 CC 1984), salvo en el caso de que pueda ser cumplida por un tercero con la destrucción de lo hecho por el deudor conforme a la solución del numeral 2¹⁵² del artículo 1158 del CC de 1984.

3.2. Evolución y actualidad del *nemo ad factum praecise cogi potest* en la doctrina civilista argentina y brasileña

En la doctrina argentina más reciente, comentando el artículo 629 del Código Civil de 1871, se señala que el acreedor puede exigir la ejecución forzada del hecho debido; sin embargo, estarían excluidos los medios de compulsión que consistan en hacer uso de la violencia contra la persona del deudor. Por lo tanto, existe una distinción: (i) cuando el objeto de la obligación se pueda separar de la persona del deudor, el uso de la fuerza pública es legítima; y (ii) ello no será posible cuando la persona del deudor esté *comprometida* en la

¹⁵¹ Beviláqua (1896: 73).

¹⁵² Artículo 1158.-

“El incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

(...)

2. Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor”.

Esta solución es similar a los artículos 1189 y 1190 del Código Civil peruano de 1936:

Artículo 1189.- “Si el hecho fuese practicado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho exigir que se destruya lo que se hubiere ejecutado, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor”.

Artículo 1190.- “Si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho a pedir los daños y perjuicios que le causare la ejecución de lo practicado”.

realización del hecho (por ejemplo, no se puede forzar a un pintor a pintar un cuadro)¹⁵³. A pesar de ello, no estarían excluidas otro tipo de medidas que indirectamente puedan conducir a aquel resultado como las *astreintes* o multas judiciales de crecimiento indefinido reguladas¹⁵⁴; sin embargo, también se señala que no podrían aplicarse dichas medidas cuando se refieran a supuestos de obligaciones de hacer y de no hacer infungibles vinculados a la persona y personalidad del deudor¹⁵⁵.

¹⁵³ Respecto a ello, Guillermo Borda señala que el principio general es que el deudor debe cumplir en la forma y modo pactado; por ello, el deudor no está facultado en cualquier caso a negarse al pago *in natura*. Sin embargo, en materia de obligaciones de hacer, la regla general sería que el deudor puede negarse al cumplimiento en especie, resolviéndose su obligación en la de daños y perjuicios. Dicha regla solo sería aplicable en el supuesto de que para que el deudor renuente cumpla sea necesario hacer uso de la fuerza sobre su persona, que ocurre en la mayoría de casos de obligaciones de hacer, pero si, por el contrario, el deudor pudiera ser compulsado a cumplir sin hacerse fuerza sobre su persona, el acreedor tiene derecho a reclamar el pago *in natura* (1983: 62).

¹⁵⁴ En ese sentido, Llambias, Raffo & Sassot (1997: 277-278). Para tal diferenciación dichos autores señalan que un pintor no podría ser forzado a pintar un cuadro; sin embargo, un fabricante de maquinarias que dirige a sus obreros sí podría ser compelido a fabricar determinada máquina que se comprometió a entregar mediante una intervención judicial que no haya violencia sobre la persona del deudor. Esta solución se justifica en que el artículo 629 solo elimina el empleo de la *violencia personal*, pero no el uso de otras medidas que *indirectamente* conduzcan a tal resultado (1997: 278).

¹⁵⁵ Respecto a ello, Guillermo Borda señala que las *condenaciones conminatorias* pueden ser aplicadas a toda persona que no cumpla un deber jurídico impuesto en una resolución judicial; por lo tanto, su campo de aplicación trasciende a las obligaciones de carácter patrimonial. Por ejemplo, podrían ser aplicadas en el área extrapatrimonial como hipótesis referidas a uno de los conyugues para que cumpla con el régimen de visitas a los hijos de menores o en materia de nombre, también para evitar que una persona use el nombre de otro o cese dicho uso indebido. Por otra parte, en el campo patrimonial, respecto a las obligaciones de hacer no serían aplicables dichas medidas cuando “resulte repugnante al sentimiento jurídico la utilización de cualquier medio de compulsión sobre el deudor para obligarlo a cumplir” como sería el caso del literato, escultor, el pintor, inclusive tampoco sería posible que sea compulsado a entregarla si el acreedor considera que la obra está concluida, pues el artista es el único juez que dirá si su obra está concluida o no. Tampoco sería posible obligar a un médico a tratar a un enfermo ni tampoco a un abogado a defender determinado pleito a través de las *astreintes*. Aún peor en el caso de un contrato de trabajo no sería posible forzar al trabajador a que cumpla a través de medidas pecuniarias, conforme a la solución del artículo 888 del Código Procesal alemán (1983: 53-54).

Y ya en relación a las obligaciones de hacer se señala que no cabría el cumplimiento forzado cuando ocurra una violencia intolerable en la persona del deudor con lo cual solo restaría una indemnización de daños. Ello se configuraría, por ejemplo, si un artista se ha comprometido a trabajar exclusivamente en un determinado teatro y ahora desea trabajar en otro. De tal manera que no podría ser impedido de ello, pero sí deberá asumir los daños y perjuicios (1983: 418).

En general, no podría ser posible la compulsión en las obligaciones de hacer y de no hacer cuando en la ejecución forzada se tenga que utilizar la violencia sobre la persona del deudor conforme a la solución del artículo 629 del CC argentino de 1871 (Borda 1983: 44).

Así también lo señala Moisset de Espanés en relación al artículo 629 del CC argentino de 1871, señalando que existe una clásica lección de la diferencia entre obligaciones de dar y hacer, respecto a que la primera sería ejecutiva mientras la segunda no, debido a que en las de dar siempre es posible que *manu militari* mediante fuerza pública el acreedor consiga que se le entregue las cosas, pero ello no ocurriría en las de hacer en las que las medidas de fuerza contra la persona serían atentatorias contra la dignidad o contra la libertad del individuo. No obstante, este autor no queda convencido por esta lección pues observa que en la misma ejecución de otras obligaciones existen medidas de fuerza, de violencia y que podrían considerarse atentatorias contra la libertad y dignidad del individuo. Sin embargo, afirma que no podrían ser coercibles las de tipo personalísimas pues en la ejecución forzada aparece un elemento que no fue previsto al contratar que es que violentamente se le obligue a un pintor, a un cantante o a un cirujano a que por medio de la fuerza pública

Ello se corresponde con el artículo 513¹⁵⁶ (sobre condena de hacer) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino de 1968, el cual, a pesar de indicar que cuando el deudor incumpla el acreedor podrá obtener un cumplimiento en específico a costa del deudor (sería el caso de obligaciones de hacer fungibles) o su resarcimiento por daños y perjuicios (que sería el caso de las obligaciones de hacer infungibles), el mismo artículo señala que es posible que el juez imponga sanciones conminatorias reguladas en el artículo 37¹⁵⁷ del mismo cuerpo normativo. Ello permite interpretar que, en el caso de las obligaciones infungibles de hacer, bien podrían ser aplicadas dichas sanciones conminatorias como regla general. En relación a la obligación de no hacer de tipo infungible, el artículo 514¹⁵⁸ parecería establecer que solo cabría la indemnización de daños y perjuicios.

En la actualidad, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación argentino de 2015 no posee una norma similar al antiguo artículo 629 del Código Vélez Sarsfield; por el contrario, simplemente regula el artículo 777 sobre ejecución forzada estableciendo que, ante el incumplimiento imputable, el acreedor tendrá derecho a: (i) exigir el cumplimiento

se le obligue a ejecutar la prestación. En consecuencia, la ejecución forzada está descartada en las obligaciones, pues no se obtendría con el cumplimiento forzado la satisfacción que se obtiene en otras obligaciones, ya que importaría un mal cumplimiento del deudor (2016: 374).

A pesar de ello, el mismo autor al tratar sobre las *astreintes* señala que bien pueden ser aplicables contra supuestos en los que el deudor fue tomado en cuenta por sus condiciones personalísimas y él no quiere cumplir. En tal sentido, no se debe permitir que se le imponga una simple indemnización de daños y perjuicios, pues el deudor se saldría con la suya; por ello, dicha técnica de ejecución constituye un medio para forzarlo a que cumpla sin aplicar violencia sobre su persona con un medio indirecto (2016: 577-578). De dicha manera, se puede señalar que en la doctrina argentina ha existido también una influencia del derecho francés en relación a la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles a través de las *astreintes*.

¹⁵⁶ Art. 513. – “En caso de que la sentencia contuviese condena a hacer alguna cosa, si la parte no cumplierse con lo que se le ordenó para su ejecución dentro del plazo señalado por el juez, se hará a su costa o se le obligará a resarcir los daños y perjuicios provenientes de la inejecución, a elección del acreedor.

Podrán imponerse las sanciones conminatorias que autoriza el artículo 37.

(...)”.

¹⁵⁷ Art. 37.– “Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento.

(...)”.

¹⁵⁸ Art. 514.– “Si la sentencia condenare a no hacer alguna cosa, y el obligado la quebrantase, el acreedor tendrá opción para pedir que se repongan las cosas al estado en que se hallaban, si fuese posible, y a costa del deudor, o que se le indemnizen los daños y perjuicios, conforme a lo prescrito en el artículo anterior”.

específico, (ii) hacerlo cumplir por terceros a costa del deudor y (iii) reclamar los daños y perjuicios.

Por otro lado, respecto al caso brasileño, el Código Civil de 2002 respecto a su antecesor no significó ningún cambio, al menos a partir del dato legislativo, pues el artículo 247¹⁵⁹ contiene esencialmente la misma solución jurídica y el mismo fraseo que el artículo 888 del Código Civil de 1916. En tal sentido, se ha dicho que dicho cuerpo normativo perdió una excelente oportunidad para alterar los viejos paradigmas del ámbito material conforme al nuevo artículo 5, XXXV¹⁶⁰, de la Constitución Federal brasileña de 1988, debido a que el artículo 247 repitió la solución del Código anterior, lo que genera que el justiciable tenga una media justicia al no obtener lo que efectivamente esperaba en el campo del derecho material (una actividad de hacer y de no hacer) (Farias & Rosenvald 2017: 236-237).

A pesar de ello, la idea de una tutela específica para el caso de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles¹⁶¹ en el Código Civil brasileño ha sido garantizado por el diálogo y acercamiento con el desarrollo del *Código de Processo Civil* de 1973 según la reforma operada en 1994¹⁶² y el vigente del año 2015¹⁶³, puesto que ambos aseguran técnicas de ejecución

¹⁵⁹ Artigo 247: “Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível”.

¹⁶⁰ Art. 5 inc. XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁶¹ En ese sentido, se señala que, en lo que se refiere a las obligaciones de hacer y no hacer, la sistemática sustantiva sufrió profundas alteraciones con la llegada de las reglas reformistas del Código de Proceso Civil de 1973 ocurridas en 1994, hasta alcanzar la vigencia del CPC de 2015. La consagración definitiva del principio de efectividad de la tutela procesal determina una atenta lectura de los dispositivos del Código Civil que se refieren al incumplimiento. Además, cuando se instala la crisis jurídica de la cooperación ya no se confía más la solución de los conflictos intersubjetivos a la intermediación burocrática y una estructura tripartita del proceso, sino que se apunta a la búsqueda de un proceso civil de resultados en el cual se desenvuelven tutelas satisfactivas (cognición y ejecución – autónomas o en fases procedimentales sucesivas) y tutelas de urgencia (anticipatoria, cautelar e inhibitoria) (Farias & Rosenvald 2017: 235).

¹⁶² Respecto a las reformas del *Código de Processo Civil* brasileño de 1973 se ha dicho que fueron influenciadas por la ciencia procesal brasileña que, guiada por la Constitución Federal de 1988, pretendió alcanzar nuevos rumbos instrumentalistas y una búsqueda incesante por la tutela jurisdiccional efectiva, adecuada y tempestiva, buscándose un proceso civil de resultados. Por tal motivo, en 1994 fue modificado el artículo 461 de dicho Código estableciéndose como regla general un verdadero régimen jurídico de técnicas procesales orientadas hacia la tutela específica. De esta manera, el juez contaba con la ampliación de sus poderes para, a partir del caso concreto, poder proveer medidas judiciales más aptas a la situación deducida en el proceso, según las características y peculiaridades. En dicho ordenamiento, por ejemplo, existía la multa pecuniaria como técnica de ejecución indirecta con la particularidad que el destinatario y favorecido con el monto era el propio acreedor (todo conforme a Zufelato 2014: 756-761).

¹⁶³ Respecto al *Código de Processo Civil* brasileño de 2015 también existe una primacía de la tutela específica de las prestaciones de hacer y de no hacer, y la obtención del resultado práctico equivalente conforme al artículo 497, que, en términos generales, no se puede considerar una gran alteración respecto al Código antecesor (Didier Jr., Carneiro da Cunha, Braga & Oliveira 2017: 583-586).

indirectas e inclusive cláusulas atípicas¹⁶⁴ para que el juez pueda adecuar la técnica de ejecución en busca de asegurar todo tipo de obligaciones, inclusive las pecuniarias, aún cuando el ámbito natural y más sensible sean las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles en los que se requiera la participación necesaria del deudor para la satisfacción del interés del acreedor.

De dicho modo, es interesante como la legislación y doctrina procesal, a pesar de la regulación del artículo 247 del CC brasileño de 2002, han propugnado decididamente por una *tutela específica de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles*, inclusive siendo reconocido por la doctrina civilista brasileña. De ese modo, el CPC brasileño otorga una tutela específica a dicho tipo de obligaciones respecto de la cual el CC simplemente niega, señalando que correspondería una indemnización de daños y perjuicios, al menos según el dato normativo.

En conclusión, en ambos ordenamientos que sirvieron de base para el Código Civil peruano de 1936 y 1984 ha existido un desarrollo que busque una tutela específica de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles como regla general, aunque se puede encontrar aún una resistencia a que puedan ser coercibles, a través de las *astreintes*, por ejemplo, prestaciones de hacer y de no hacer infungibles vinculadas a aspectos de la persona y personalidad del deudor.

3.3. El entendimiento mayoritario de la doctrina civilista peruana sobre el *nemo ad factum praecise cogi potest* en el Código Civil peruano de 1984

No existen amplios estudios sobre este tema en la doctrina civilista peruana. En realidad, la mayoría de referencias se encuentran en manuales o comentarios a los artículos 1150 y

¹⁶⁴ En ese sentido, el artículo 139, IV, del CPC brasileño establece que le corresponde al juez “determinar todas las medidas inductivas, coercitivas, mandamentales o subrogatorias necesarias para asegurar el cumplimiento de una orden judicial, inclusive en las acciones que tengan por objeto prestación pecuniaria”. Es manifiesto el reconocimiento de una cláusula atípica que le permite al juez adoptar la técnica de ejecución para la tutela específica de todo tipo de obligaciones, inclusive las pecuniarias a través de esencialmente medidas coercitivas (ejecución indirecta) (en el lenguaje de dicho Código mandamentales, inductivas y o coercitivas) y también medidas subrogatorias (ejecución directa) (Didier Jr., Carneiro da Cunha, Braga & Oliveira 2017: 101-105).

1158, y también al artículo 1219 (sobre derechos y acciones del acreedor como efecto de las obligaciones) del CC de 1984.

Como había sido anticipado, los planteamientos históricos (desde el entendimiento del artículo 1142 del *Code Civil* y su relación con el *nemo ad factum praecise cogi potest* hasta los códigos civiles peruanos, específicamente el de 1936, y sus respectivas influencias) han generado que el redactor del libro VI sobre obligaciones del CC 1984, Felipe Osterling, entienda en relación al numeral 1 del artículo 1150 lo siguiente:

“La ley faculta al acreedor a exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. La ejecución forzada no tiene cabida en el cumplimiento de hechos inmateriales. Por ejemplo, si Pedro contrata a Juan, cantante de fama, para que actúe en un concierto, y este último se rehúsa a hacerlo, entonces Pedro no podrá ejecutar forzosamente la obligación. Tendrá que conformarse, por ser una obligación *intuitu personae* con exigir la indemnización de daños y perjuicios por la inejecución de la obligación. Sin embargo, si el pintor o escultor antes mencionado, cumple con pintar el cuadro o con esculpir la estatua, pero se rehúsa entregarla, entonces la obligación de hacer podrá ejecutarse forzosamente. Nos referimos, desde luego, a la etapa final de la obligación, pues nadie podría exigir forzosamente al artista pintar el cuadro o esculpir la estatua (Osterling & Castillo Freyre 2008: 117-118)”.

De otro lado, respecto a las obligaciones de no hacer infungibles, se ha señalado respecto al numeral 1 del artículo 1158 que se puede replicar el mismo análisis del numeral 1 del artículo 1550, pues, al no ser posible aplicar la violencia en la ejecución forzada cuando se necesite el comportamiento específico del deudor, este tendrá que resolverse en una tutela meramente resarcitoria (Osterling & Castillo Freyre 2008: 213)¹⁶⁵.

En tal sentido, no es una sorpresa que Osterling, en su calidad de redactor del Libro VI de Obligaciones del CC peruano de 1984, haya optado por entender que, en el caso de las obligaciones de hacer infungibles y de no hacer, la ley establece una tutela en equivalente pecuniario cuando la ejecución del mismo entrañe el uso de la violencia sobre la persona y

¹⁶⁵ En ese sentido, dichos autores establecen: “En principio en los supuestos en los que el deudor incumple una obligación de no hacer, el acreedor puede exigir la ejecución forzada de la obligación. Para ello, las autoridades judiciales tendrían que aprobar que se destruya lo hecho a costa del deudor o exigir que se destruya; a menos que se trate de un caso donde no sea posible la ejecución forzada. (...) Si bien puede resultar factible la ejecución forzosa de una obligación de no hacer, esta situación, sin duda, constituye una excepción, pues lo general será la imposibilidad de demandar tal ejecución forzosa, ya que, por lo común, para conseguir ese objetivo, se necesitará emplear violencia contra la persona del deudor”. (2008: 213) (el resaltado es nuestro).

en el que el deudor se rehúse al cumplimiento, conforme a clásica la solución francesa del *nemo potest praecise cogi ad factum* del artículo 1142 del *Code Civil* de 1804.

En ese contexto legislativo y doctrinario, la mayoría de la doctrina nacional actual que comenta sobre el tema se inclina a una solución similar, al menos en la idea de que no es posible la ejecución forzada cuando se trate de obligaciones de hacer y de no hacer infungibles, por lo que el acreedor solo podría obtener una indemnización de daños y perjuicios. Dicha incoercibilidad, nuevamente, está vinculada a la imposibilidad de aplicar violencia sobre la persona del deudor para forzarlo a realizar las prestaciones infungibles.

En dicho sentido, se han pronunciado Juan Espinoza¹⁶⁶, Luciano Barchi¹⁶⁷, Marianella Ledesma¹⁶⁸ y Gustavo Pimentel¹⁶⁹. Sin embargo, otro sector de la doctrina, conformado por

¹⁶⁶ Juan Espinoza indica que en el caso de las obligaciones de hacer solo serán susceptibles de ejecución en forma específica si la actividad ejecutiva consiste en un hacer fungible en el que se permita que a través de la actividad de un tercero designado por el juez se dé el cumplimiento (2014: 204-205)

¹⁶⁷ Luciano Barchi señala que cuando existan límites de derecho por la existencia de una norma legal tampoco sería posible la ejecución forzada, y este supuesto se constituye cuando la única manera de lograr la cooperación del deudor es recurriendo a la fuerza. De ese modo, el artículo 1150 del CC establece que ante el incumplimiento de una prestación de hacer no será posible la ejecución forzada si para ello se tenga que usar la violencia sobre la persona (2000: 457-458). Por lo cual, si bien el autor no lo menciona, se concluye que para obligaciones de hacer infungibles ya no sería posible la tutela específica, sino solamente un resarcimiento en pecunia.

¹⁶⁸ Marianella Ledesma sostiene que, a partir del inciso 1 del artículo 1150 del CC, existe la regla de que el acreedor puede exigir la ejecución forzada del hecho prometido como regla, pero, excepcionalmente, no tendrá ese derecho en los casos en que se requiera para la ejecución el ejercicio de violencia personal sobre la persona del deudor. Por lo tanto, si la prestación es infungible (personalísima) y depende únicamente del deudor en atención a sus conocimientos especiales, científicos o artísticos, solo puede corresponder la indemnización debido a que ante la nueva inejecución del deudor en sede ejecutiva el criterio de infungibilidad oscila entre la libertad del deudor y el interés del acreedor. Dicha autora se vale de ejemplos del caso de la pintura de un cuadro por un reconocido pintor, la composición de una canción o de un actor de cine (2008: 466-467).

¹⁶⁹ Respecto al numeral 1 del artículo 1150, Gustavo Pimentel indica que no cabría, de ningún modo, en la práctica ni que la ley autorice a la ejecución forzosa *manu militari* para las obligaciones consideradas personalísimas a las que precisamente concierne a la norma mencionada. Por ello, tampoco cabe la ejecución por tercero. Es así que el límite de la denominada “ejecución forzosa” es que no puede llegar a emplearse la violencia. Por todo lo mencionado, si el deudor de una obligación de hacer personalísima se niega a ejecutar la prestación, haciendo caso omiso del mandato del juez, su rebeldía solamente le somete a pagar al acreedor una indemnización de daños y perjuicios. En ese sentido, dicho autor señala que no existe para la ley poder humano que deba y pueda obligar a ningún deudor a realizar personalmente la prestación (2002: 104) (2002: 214).

otros autores tales como Eugenia Ariano¹⁷⁰, Giovanni Priori¹⁷¹ y Raúl Ferrero¹⁷², se ha pronunciado en desacuerdo con dicha postura, indicando que sí es posible el cumplimiento en específico de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles, e inclusive pueden forzarse su ejecución a través de multas pecuniarias (*astreintes*) del artículo 53 del Código Procesal Civil peruano.

Por otra parte, Walter Vásquez ha señalado que en el numeral 1 del artículo 1219 del CC peruano de 1984 se regula el derecho al cumplimiento específico o tutela específica como regla general¹⁷³; sin embargo, estarían excluidos de esa regla general cuando se configure un

¹⁷⁰ Eugenia Ariano, en relación a los artículos 1150 y 1558 del CC de 1984, manifiesta que, en principio, parecería según dichas normas que el acreedor podría exigir el cumplimiento de la prestación *in natura*. Sin embargo, dichos artículos traen problemas interpretativos de orden procesal. De ese modo, cuando exista una obligación de hacer y de no hacer que sea incumplida se puede demandar en un proceso de cognición su cumplimiento (no su ejecución forzada) y, de ser favorable, se obtendrá la sentencia de condena. Posteriormente, se podrá actuar el proceso ejecutivo, obteniéndose un mandato ejecutivo, pero si no se cumple en virtud del *nemo ad faciendum praecise cogi potest* no se podría obligar al ejecutado a cumplir, sino, a lo mucho, que la prestación debida sea ejecutada por tercero. Ahora bien, ya en el caso de que las obligaciones de hacer y de no hacer sean infungibles, personalísimas, *intuito personae* o cuando la ejecución por tercero genere dificultades o complejidades cualitativas, no habiendo cumplido el deudor o no siendo posible la ejecución por tercero (o en el caso de que sea sumamente compleja), la única salida será el equivalente pecuniario. Sin embargo, la autora señala que tal solución sería una “triste revelación de la ineficacia de la tutela jurisdiccional de los derechos”. De ese modo, la autora considera que, por ejemplo, los casos de obligaciones de hacer en el que el deudor se obligue a entregar a un libro sí podría ser coercible y se podrían utilizar las medidas coercitivas dirigidas a presionar al obligado a que cumpla espontáneamente (1998: 450-451).

Algunos años después respecto a la técnica de ejecución indirecta de la multa pecuniaria (o *astreinte*), la misma autora ha indicado que su ámbito de aplicación estaría en todas aquellas situaciones en las cuales una resolución judicial (definitiva o cautelar) imponga un deber de prestación infungible tales como (i) cuando se impongan condenas a un hacer infungible, (ii) cuando se impongan condenas a un no hacer (abstenciones manifestadas en condenas inhibitorias) y (iii) cuando se impongan condenas a un dar bienes determinados de fácil ocultación (2015: 127).

¹⁷¹ El autor señala que en el caso de las obligaciones de hacer personalísimas existe una problemática, pues ni un tercero ni un juez puede proceder a ejecutar la prestación en nombre del deudor. En ese caso, es posible valerse de las facultades coercitivas del juez reguladas en el artículo 48 y 53 del Código Procesal Civil peruano (2004: 134). De ello, se desprende que sí se puede obtener el cumplimiento en específico y, por tanto, no es que el Código Civil convierta las obligaciones de hacer y de no hacer en una indemnización ante el incumplimiento del deudor y su rechazo reiterado a dicho cumplimiento.

¹⁷² Este autor respecto a la expresión del numeral 1 del artículo 1150 “a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor” señala que resulta equívoca, pues reflejo y el viejo superado aforismo *nemo ad faciendum praecise cogi potest* (la incoercibilidad de la voluntad humana). De ese modo, en el caso de una obligación de hacer infungible nada impide que se le demande para que el deudor cumpla en específico. Posteriormente, si el deudor se rehusase a cumplir el acreedor tendría dos caminos: (i) solicitar una indemnización de daños y perjuicios o (ii) echar mano de los medios de compulsión o coercitivos (*astreintes*) regulado en el artículo 53 del Código Procesal Civil y así forzar al deudor al cumplimiento. En tal sentido, Ferrero resalta que el viejo límite a la posibilidad de satisfacción del interés del acreedor de una prestación no fungible se encuentra superado por la posibilidad de utilizar dicha técnica de ejecución contra el deudor hasta que cumpla (2000: 57-58).

¹⁷³ Vásquez (2022a: 69-70).

supuesto en que el deudor, al ejecutar la prestación, se genere una desproporción irrazonable entre dicho costo y la satisfacción o beneficio que recibirá el acreedor (que podría tener su base legal, a juicio del autor, en la cláusula general de la buena fe del artículo 1362 del CC peruano de 1984)¹⁷⁴. Asimismo, continúa el autor, estarían excluidas aquellas que implique una “disminución en la libertad física o corporal de cara a la aplicación de la ejecución forzada específica que tenga como objeto una obligación de hacer” y para el caso de las obligaciones con prestaciones de hacer infungible o personalísima (fundamentado en el numeral 1 del artículo 1150 del CC peruano de 1984). Entre las razones para fundamentar dicha última opción se encontraría las siguientes razones: (i) se recurriría a una coacción física al deudor que atentaría contra su persona y libertad, (ii) dicha violencia generaría un alto riesgo de que el cumplimiento sea inexacto y hasta carente de utilidad al acreedor y (iii) dicha ejecución procesal coactiva ocasionaría altos costos administrativos en su implementación en la práctica judicial¹⁷⁵.

III. TUTELA ESPECÍFICA Y TUTELA POR EQUIVALENTE EN DINERO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

En esta segunda parte de nuestro trabajo, desarrollaremos la *tutela específica* y la *tutela por equivalente en dinero* en el Código Civil peruano de 1984. Comenzaremos con un breve comentario sobre las relaciones entre el derecho material y el derecho procesal. Luego, trataremos, el origen y concepto del cumplimiento *in natura* desde el Derecho Civil y la *tutela específica* desde el Derecho Procesal, y el fenómeno de la *despatrimonialización* en ambas disciplinas.

A partir de ello, trataremos de reconstruir la *tutela específica* y la tutela por equivalente pecuniario en el ordenamiento jurídico peruano en lo que concierne a los deberes de hacer y de no hacer de origen contractual y extracontractual. Finalmente, se concluirá con el análisis de la tutela del crédito de las obligaciones de hacer y de no hacer fungibles e infungibles en los numerales 1 de los artículos 1150, 1158 y 1219 del CC peruano de 1984.

¹⁷⁴ Vásquez (2022a: 74-75).

¹⁷⁵ Vásquez (2022a: 78-80).

En la última parte de este acápite nos valdremos de, al menos, cuatro sentidos interpretativos de la institución de la “*ejecución forzada*” contenida en los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158 e interpretaremos el límite del uso de la violencia en las obligaciones de hacer y de no hacer. Estos cuatro sentidos mostrarán que dichas normas pueden ser entendidas como: (i) tutela material del cumplimiento en específico (ejecución in natura) (*norma material*), (ii) “*ejecución forzada*” como técnica procesal perteneciente a la teoría de la ejecución civil utilizada en sede judicial para el cumplimiento en específico (*norma procesal* y, por lo tanto, *heterotópica*), (iii) “*ejecución forzada*” como categoría dogmática construida por el diseño procesal vigente correspondiente a la segunda fase tendiente a la realización de los actos forzosos para la satisfacción del acreedor del actual “Proceso Único de Ejecución” (*norma procesal* y, por lo tanto, *heterotópica*), y, finalmente (iv) como la tutela material (referido a cuál es el remedio material para el incumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles) y al límite del uso de la violencia en la “*ejecución forzada*” conforme a los dos sentidos desarrollados (ii) y (iii) (por lo cual, se trataría de una *norma híbrida* que regula tanto aspectos materiales y procesales)

1. Las relaciones entre el derecho material y el derecho procesal

En este subacápite no será desarrollada la historia de las relaciones entre el derecho material y derecho procesal¹⁷⁶; sin embargo, bien podríamos señalar que, como explica Antonio Cabral, una de las etapas de esta relación consistió en una fractura en que se pasó de la autonomía del derecho procesal a un alejamiento exacerbado con el derecho material, que

¹⁷⁶ Antonio Cabral desarrolla adecuadamente estas etapas y propone una nueva visión respecto a la visión de las relaciones entre derecho material y derecho procesal, señalando que el derecho procesal se estaría materializando a través de una renovada aproximación por la existencia de las convenciones procesales de las partes sobre el proceso y procedimiento, e inclusive los casos de autotutela como la autoejecutividad de los contratos que prescinden totalmente de la tutela ejecutiva judicial. Esta materialización del derecho procesal se representaría en una relación coaxial, y no más simplemente en una relación instrumental, ya que tanto derecho material y derecho procesal podrían actuar en conjunto transformando las situaciones procesales y el propio procedimiento dentro y fuera del proceso jurisdiccional, moldeando tanto la regulación primaria como la regulación secundaria de las conductas de los sujetos de derecho (Cabral 2021: 87-97). Esta nueva propuesta claramente difiere del simple instrumentalismo procesal que entendía al derecho procesal y sus normas de manera secundaria respecto al derecho material (que sería el que realmente regula las conductas fuera del proceso judicial).

Cándido Dinamarco, por su parte, resume dichos períodos de la relación entre el derecho material y el derecho procesal como sincretismo, autonomía e instrumentalidad (2009a: 17-25).

se manifestó en la construcción de instituciones procesales depuradas de las características que podían estar impregnadas del derecho material (2021: 75-76).

Posteriormente a ello, los estudios del derecho procesal comenzaron a guiarse por llamada *instrumentalidad* de dicha rama respecto al derecho material. Respecto a este período Cândido Dinamarco ha señalado:

“El procesalista sensible a los grandes problemas jurídicos sociales y políticos de su tiempo e interesado en obtener soluciones adecuadas sabe que ahora los *conceptos* inherentes a su ciencia ya alcanzaron niveles más que satisfactorios y no se justifica más la clásica postura metafísica consistente en las investigaciones conceptuales destituidas de direccionamiento teleológico.

(...)

La negación de la naturaleza y objetivo puramente técnicos del sistema procesal es al mismo tiempo la afirmación de su permeabilidad a los valores tutelados en el orden político-constitucional y jurídico-material (los cuales buscan su efectividad a través de él) y el reconocimiento de su inserción en el universo axiológico de la sociedad a la que se destina” (2009a: 22-23).

Por su parte, respecto a la diferencia de los conceptos de derecho sustancial y derecho procesal Andrea Proto Pisani ha señalado lo siguiente:

“El derecho sustancial es un sistema de normas dirigidas a resolver conflictos de interés contrapuestos, determinado cuáles intereses serán prevalentes a través de la previsión de poderes, deberes y facultades. Por otro lado, el derecho procesal está constituido, por el contrario, por un sistema de normas que disciplinan más o menos complejos mecanismos (procesales) dirigidos a garantizar que la norma sustancial sea adecuada también en las hipótesis en las que falta la cooperación espontánea de la parte que debió cumplir” (2014: 4).

En tal sentido, para poder entender con claridad si es que existe una *tutela específica* o no para las *obligaciones de hacer y de no hacer infungibles* reconocida en el CC peruano, mi propuesta es partir de un análisis exclusivo de derecho material, diferenciándolo de la regulación procesal respecto a las técnicas de ejecución (como la ejecución forzada) reguladas en el Código Procesal Civil, a pesar de que en la doctrina nacional¹⁷⁷ y también en la doctrina extranjera se suele explicar el fenómeno de la incoercibilidad a partir del

¹⁷⁷ De hecho, como ya he tenido ocasión de explicar en el acápite anterior, la doctrina nacional entiende que para las obligaciones de hacer y no hacer infungibles no es posible una ejecución *in natura*, pues no es posible que se sustituya por un tercero o inclusive a través del juez y, además, no es posible aplicar violencia sobre el deudor de la obligación infungible. E inclusive los incisos 1 de los artículos 1150 y 1158 hacen referencia a poder exigir la *ejecución forzada*, concepto que normalmente se entiende como de naturaleza procesal, pero con el límite mencionado de no poder aplicar violencia, lo cual resultaría solamente en una tutela resarcitoria por equivalente pecuniario.

límite a la técnica de ejecución procesal¹⁷⁸ debido a la prohibición de usar la violencia contra la persona del deudor de dicho tipo de obligaciones. Ello no es sorpresa, puesto que los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158 del CC peruano se refieren expresamente a la *ejecución forzada*¹⁷⁹.

A pesar de ello, a efectos de esclarecer mejor mi posición debe ser tomado en consideración que en las normas reguladas en cuerpos de derecho material pueden existir normas *heterotópicas*¹⁸⁰ (esto es, genuinas normas procesales que están reguladas en cuerpos normativos materiales)¹⁸¹ o inclusive de naturaleza *híbrida*¹⁸² (esto es, normas que tengan incidencia tanto en realidades materiales y/o procesales), que también podrían estar presentes en algún cuerpo normativo procesal. Por ejemplo, en nuestro Código Civil los artículos VI y VII del Título Preliminar, que se refieran al *interés para obrar* y el *iura novit*

¹⁷⁸ Por ejemplo, esta manera de aproximarse a los remedios o mecanismos de tutela frente al incumplimiento contractual ha sido resaltada en la doctrina española señalándose que se caracteriza por una remisión al derecho procesal, que parece partir de la base de que existe una relación de complementariedad necesaria entre los dispuesto en el Código Civil español y la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre ejecución forzosa (Severin 2016: 172).

¹⁷⁹ Asimismo, no es sorpresa que siempre se reconduzca la posibilidad de tutela de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles a su relación con la ejecución forzada, pues constituye una institución de antigua data desde el Derecho Romano y con referencias en regulaciones de Códigos Civiles de diferentes países. Solo a manera de ejemplo, dentro de la evolución histórica de la ejecución civil, el principio de la patrimonialidad de la ejecución es reconocido desde la edición de la *Lex Poetelia Papiria* en el año 326 a.C, a partir del cual la actividad ejecutiva paso a incidir tan solamente sobre el patrimonio del deudor (Cámara 2016: 90).

¹⁸⁰ Por ejemplo, en el *Codice Civile* italiano de 1942 por razones históricas se ha mantenido la regulación de algunos aspectos de la cosa juzgada (artículo 2909), la prueba (artículo 2697 al 2739) y la ejecución forzada (artículo 2910 al 2933). Ello fue criticado por Enrico Tullio Liebman, quien señalaba que la justificación de la tradición basada en el código anterior utilizada por el legislador era el fruto de un error común, puesto que se trataba de una imitación de la codificación francesa que, más bien, era contraria a la tradición jurídica italiana relacionada al *derecho común*. Justamente en los casos de Alemania, Austria, España y Portugal, influenciadas por el *derecho común* se regulaba los institutos procesales en las leyes procesales (1962: 155-157). Sin embargo, no han faltado autores que han defendido que instituciones como la ejecución forzada pueden estar reguladas en un Código Civil. En ese sentido, Mandrioli y Carratta indican que, en una primera visión sintética de la disciplina del proceso de ejecución que regula el CC italiano de 1942, es reconducida, tanto del punto de vista de la función como del resultado, a un conjunto de normas fundamentales que, precisamente por el hecho de que conciernen a la tutela jurisdiccional en su exigencia y en su resultado del derecho sustancial, están contenidas en el Código Civil (2015: 7).

¹⁸¹ En tal sentido, ver la exposición de Humberto Theodoro Jr. sobre el *Código Civil* brasileño de 2002 y las reglas heterotópicas de naturaleza procesal. Por ejemplo, el autor cita el caso del artículo 194 que regula el conocimiento de oficio del juez de la prescripción (2007: 139-143).

¹⁸² Liebman llamaba a estos institutos como "*certi istituti bifronti*", que constituían un puente en el pasaje entre el proceso y el derecho subjetivo pues tenían una incidencia en el proceso, pero también tenían efectos sobre las relaciones de derecho sustancial fuera del proceso. A juicio del autor, estos institutos sí justificaban una regulación en el campo material o procesal (1962: 157-158). Tal es el caso del embargo que, si bien puede tener una función instrumental en relación al proceso de ejecución, tiene efectos que inciden en las relaciones jurídicas sustanciales (1962: 167-168).

curia, constituyen instituciones de la disciplina del Derecho Procesal (por tanto, *normas heterotópicas*).

En ese contexto, una norma procesal, según Fredie Didier Jr., se caracteriza por ser aquella que “tiene una incidencia que resulta en un hecho jurídico procesal; su consecuencia normativa se dirige a estructura un procedimiento, actual o futuro, o alguno de sus actos, o, inclusive, a crear, alterar o extinguir situaciones jurídicas procesales” (2018: 75). De tal manera que, a pesar de que el derecho procesal sea instrumental y se nutra del derecho material para su propia conformación, es necesario distinguirlos con nitidez, puesto que, si no se diferenciaban, no sería posible identificar el objeto a ser tutelado ni tampoco los medios predisuestos para tutelarlos. Es así que las diversas normas del derecho sustancial establecen cuáles son las situaciones jurídicas materiales de ventaja y las tutelas de derecho material¹⁸³ como fenómenos inseparables (Cavani 2014: 179-180).

¹⁸³ Los ejemplos clásicos de tutela material en el Derecho Civil Patrimonial son la resarcitoria, resolutoria, restitutoria, etc. Sin embargo, según Cavani, las tutelas inhibitorias y la de remoción del ilícito también constituyen tutelas materiales que se dirigen a proteger el derecho contra un ilícito (entendido como un acto contrario al derecho sin implicar un evento dañoso), sea inhibiendo su producción, continuación y reiteración, y eliminado sus efectos, respectivamente. De ese modo, dichas tutelas se encuentran contenidas en la propia ontología de la situación jurídica subjetiva de un derecho material (2014: 187). De esta manera, según dicho autor, el artículo 23.3 de la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611) que ordena que las instalaciones destinadas a la fabricación, procesamiento o almacenamiento de sustancias químicas peligrosas o explosivas deben ubicarse en zonas industriales, conforme a los criterios de la zonificación aprobada por los gobiernos locales, sería un típico ejemplo de una tutela de remoción del ilícito, puesto que existe en dicha norma un hecho que genere un potencial ilícito que puede y debería ser removido ante la violación de la norma.

No obstante, en la doctrina nacional, haciendo referencia al concepto de tutela diferenciada contemporánea (típicamente procesal y variante de la tutela ordinaria del derecho liberal-burgués) se ha señalado que la tutela inhibitoria sería un subtipo de tutela diferenciada preventiva que se canaliza como la prestación jurisdiccional de naturaleza específica destinada a impedir una práctica, continuación o repetición de lo ilícito en virtud de un mandato judicial irremplazable de hacer o de no hacer (Monroy Gálvez & Monroy Palacios 2001: 164-166). Queda claro que para dichos autores esta tutela sería procesal y no material.

Posteriormente, Juan Monroy Gálvez ha confirmado el entendimiento señalando que la tutela jurisdiccional diferenciada amplía el radio de la jurisdicción clásica al actuar antes de que la conducta antijurídica se haya producido, o que ya habiéndose producido, aún no haya afectado el ámbito jurídico de ningún sujeto de derecho, siendo una tutela preventiva. De ese modo, una manifestación de esa tutela preventiva en sede jurisdiccional sería la tutela inhibitoria (2017: 148-149).

Interesante mención es la crítica que Juan Monroy Gálvez realiza a Renzo Cavani, pues para el primero la tutela preventiva inhibitoria, que sería jurisdiccional, estaría destinada a prevenir y también eliminar el ilícito, por lo cual, no se necesitaría hablar de tutela de remoción del ilícito, pues pertenecería al fenómeno de la tutela inhibitoria (2017: 148-153).

No obstante, cabe señalar que la mayoría de la doctrina brasileña entiende que la tutela inhibitoria es una auténtica tutela material en razón de los inagotables hechos jurídicos que las relaciones jurídicas producen. Sin embargo, para que estas tutelas sean concretizadas de forma adecuada será necesario que el proceso desenvuelva técnicas que viabilicen el cumplimiento de las decisiones (Farias & Rosenvald 2017: 238). De la misma manera, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira señala que en la tutela normativa material (con eficacia y efectos de contenido material) – como la resarcitoria, restitutoria, inhibitoria, de remoción del ilícito, etc.-

Por ejemplo, piénsese en el caso del derecho de la propiedad y su *tutela material* que es precisamente la restitución (“reivindicación”, en términos del artículo 923¹⁸⁴ del CC) y, por otra parte, ya a nivel de normas procesales, se establece la técnica procesal a aplicar al derecho material que, en este caso, será la de llevar adelante, ante el incumplimiento del deudor, a través del uso de la fuerza pública, la restitución forzada de un bien inmueble a su titular en el contexto del proceso de reivindicación tramitado en vía del proceso de conocimiento¹⁸⁵.

resulta, por lo demás, abstracta siendo prevista para la generalidad de las especies. De ese modo, a cada tutela material mencionada debe corresponder, en el plano procesal, de modo concreto, una tutela jurisdiccional adecuada (con eficacia y efectos procesales o jurisdiccionales), regida por las propias normas de este plano (2008: 31).

Ciertamente, el debate señalado es generado porque las relaciones entre el derecho material y derecho procesal son interdependientes y hasta circulares y, como ya hemos señalado, una se nutre de la otra; ambas se necesitan, lo cual puede generar una cierta confusión conceptual. Ahora bien, yo entiendo que la tutela inhibitoria y la tutela de remoción del ilícito pertenecen al plano material y conforman las diversas situaciones jurídicas materiales en forma de tutela; es decir, si la norma material asigna un derecho debe también asignar un tipo de tutela (salvo excepciones expresamente establecidas). Ya en el plano procesal existirá una técnica procesal determinada y adecuada para que pueda generarse una tutela en específico solicitada por un justiciable. Sin embargo, de ningún modo se puede confundir la tutela material con la técnica procesal, lo cual es bastante claro, por ejemplo, en la obra de Marinoni (2010).

Ciertamente un ejemplo de tutela inhibitoria es el artículo 17 del Código Civil que ordena que la violación de cualquiera de los derechos de la persona confiere al agraviado o a sus herederos la posibilidad de exigir la *cesación de los actos lesivos*. Al respecto, es claro que al menos la continuación de un ilícito ha sido reconocida como tutela de los derechos de la personalidad; no obstante, en un Estado Constitucional de Derecho es impensable que por el hecho de no estar expresamente regulada la tutela inhibitoria en todas sus variantes se pueda señalar que no se puede tutelar la prevención de la producción de un ilícito.

¹⁸⁴ Artículo 923.-

“La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. (...)”.

¹⁸⁵ En sentido similar, respecto a la pretensión de buscar explicar el reconocimiento de una *tutela específica* o no de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles a partir de la lectura solamente del derecho material, se ha dicho que, en relación al estudio del cumplimiento en específico de los contratos de servicio en el derecho español, a pesar de que pueda predicarse alguna complementariedad entre las normas del Código Civil (en materia de efecto de las obligaciones) y las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en materia de ejecución), en realidad su relación es mucho más limitada de lo que parece desprenderse en una primera aproximación. En efecto, podría ocurrir que la forma en que se regulan los procedimientos de ejecución en la ley procesal española pueda, en el mejor de los casos, tener una cierta incidencia a la hora de que se adopte el remedio de cumplimiento específico en el caso de incumplimiento de una obligación de hacer. Sin embargo, la regulación sobre ejecución en la ley procesal no determina ni tendrá incidencia en la posibilidad de que un acreedor de un contrato de servicio sea condenado a prestar el servicio al cumplimiento en específico de la prestación incumplida (Severin 2016: 175). De esa manera, el mismo autor al analizar la posibilidad del cumplimiento en específico de los contratos de servicio en el derecho español parte de dos perspectivas: (i) la perspectiva sustantiva mediante la cual se pregunta ¿puede el acreedor (cliente de un servicio) obtener que se condene al deudor a realizar la prestación en los términos pactados? (ii) la perspectiva procesal a través de la cual se pregunta ¿puede el acreedor (cliente de un servicio) obtener que esa eventual sentencia de condena sea cumplida en sus propios términos? (2016: 176)¹⁸⁶ En ese sentido se encuentra Andrea Proto Pisani, que señala: “La primera característica a destacar es, por tanto, el carácter instrumental del derecho procesal (como derecho que interviene solo cuando la norma sustancial no ha sido espontáneamente actuada) o- el que en parte es lo mismo – la indispensabilidad del derecho sustancial para el derecho procesal (en el sentido que este último no tendría sentido ni posibilidad de existencia si faltará el derecho material – que sea de cualquier forma individualizable – que plantee normas a respetar).

En tal sentido, es innegable la *interdependencia*¹⁸⁶ entre el derecho material y el derecho procesal e, inclusive, se puede decir que poseen una relación *circular*¹⁸⁷ en la que ambos se sirven complementariamente, pues el derecho sustancial necesita de técnicas procesales para su realización y el derecho procesal necesita fijarse en los matices y diversidad del derecho material para construir las técnicas procesales más adecuadas a fin de una tutela jurisdiccional efectiva, adecuada y tempestiva.

Inclusive se ha dicho que la tutela jurisdiccional es concepto que se encarga del derecho material (cuya actuación pretende) como del derecho procesal (que regula los instrumentos predispuestos para su alcance). En consecuencia, el proceso debe ser comprendido a partir de las situaciones materiales que busca tutelar (Didier Jr., Carneiro Da Cunha, Braga & Oliveira 2017: 564). Esto revela que en los estudios procesales actuales no existe más una concepción del derecho material y derecho procesal de manera separada y autárquica; sin embargo, a la hora de definir, bajo el dato normativo, si existe una tutela material y/o procesal deberá revisarse cada cuerpo ordenamiento¹⁸⁸.

¹⁸⁶ En ese sentido se encuentra Andrea Proto Pisani, que señala: “La primera característica a destacar es, por tanto, el carácter instrumental del derecho procesal (como derecho que interviene solo cuando la norma sustancial no ha sido espontáneamente actuada) o- el que en parte es lo mismo – la indispensabilidad del derecho sustancial para el derecho procesal (en el sentido que este último no tendría sentido ni posibilidad de existencia si faltará el derecho material – que sea de cualquier forma individualizable – que plantee normas a respetar).

Si ello es cierto, no sería, sin embargo, en absoluto correcto considerar que el derecho procesal sea secundario al derecho sustantivo y que el derecho sustancial, a causa de su carácter primario (y no instrumental), sea en sí mismo perfecto y que entonces pueda también prescindir del derecho procesal.

Afirmar la diversidad entre derecho sustancial y derecho procesal, y la instrumentalidad del segundo respecto al primero, no significa en absoluto autonomía (en el sentido de indiferencia) entre los dos cuerpos de normas. Así como, de hecho, el derecho procesal no podría existir sin el derecho sustancial (indispensabilidad del derecho sustancial), de ese modo – es hora de agregar – que el derecho sustancial no podría existir sin el derecho procesal. A pesar de la diversidad, existe una estrecha *interdependencia* (es decir, una dependencia recíproca) entre el derecho sustancial y derecho procesal”. (2014: 4)

¹⁸⁷ Fredie Didier Jr. ha explicado que la relación entre derecho material y proceso es *circular*, pues el proceso sirve al derecho material, pero para que pueda servirle es necesario que también sea servido por el derecho material. Corresponde el ejemplo de que al proceso le cabe la realización de los proyectos del derecho material, en el que existe una relación de complementariedad que es semejante a aquella que ocurre entre el ingeniero y el arquitecto. De ese modo, el derecho material sueña, se proyecta, mientras que al derecho procesal le corresponde concretizar tan perfectamente como sea posible aquel sueño (2017: 46-47).

¹⁸⁸ En la doctrina procesal italiana se ha dicho que no es tarea del proceso de ejecución establecer si un derecho puede ser ejecutado coactivamente en su forma específica, sino, en realidad, este problema concierne al proceso de cognición en el que, a partir de las normas materiales, se reconoce o no la tutela específica o cumplimiento in natura (Mandrioli & Carratta 2015: 12).

Téngase en cuenta que si no se contara con instrumentos ejecutivos adecuados para ciertas tutelas materiales en la legislación procesal ello no quiere decir que no se asegure, en el plano de derecho material, una tutela específica de los derechos. Esto, en todo caso, constituiría un problema de inadecuación de la técnica procesal frente a lo que es prometido por el derecho material. Este sería el caso, en mi opinión, sobre si debería existir o no una regulación de las *astreintes* en el Código Procesal Civil peruano para tutelar adecuadamente en sede procesal las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles emanadas de un contrato o de otros deberes jurídicos de hacer y de no hacer relacionados a diversos derechos de nuestro ordenamiento jurídico¹⁸⁹. Esto no será materia de la presente investigación por razones de extensión.

En ese sentido, Adolfo Di Majo señala que, si los instrumentos procesales no garantizaran de manera alturada y en modo pleno la coactiva realización de los derechos insatisfechos, no será posible que se pueda eliminar la idea del remedio de la “coacción al cumplimiento”¹⁹⁰, que es un principio inmanente y que, en todo caso, existe de manera general en un

¹⁸⁹ Esta idea de la inadecuación de la técnica procesal respecto a las *astreintes* para buscar el cumplimiento de hacer y de no hacer de las obligaciones infungibles es ampliamente desarrollado por Eugenia Ariano (1998: 449-457; 2003; 2015). De igual manera, ha sido abordado por Christian Delgado Suárez (2015; 2017). En general, en el Perú no existe un consenso doctrinario respecto a si se ha regulado expresamente las medidas coercitivas (en específico, las *astreintes*) en el Código Procesal Civil. De ese modo, el debate ha girado en torno a los artículos 52 y 53 que establecen facultades disciplinarias del juez y facultades coercitivas del juez permitiendo imponer multas compulsorias y progresivas a fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial. Entre los que señalan que sí están reconocidas y reguladas se encuentran Priori (2004: 134); Ariano (2015: 125-127); Monroy Palacios (2004: 258); Simons (2010: 92). Asimismo, entre los que consideran que a pesar de no estar reguladas expresamente se puede realizar una operación interpretativa que permita su uso se encuentran Zela (2008: 205-208); y Monroy Gálvez (2014: 43). Por otra parte, entre los que consideran que no está regulado la técnica procesal mencionada y no es posible su aplicación se encuentra Delgado Suárez (2017: 329).

Cabe destacar que la técnica de las *astreintes* o multas pecuniarias sí han sido expresamente reguladas en otros cuerpos procesales extranjeros (como el brasileño, portugués, francés, italiano, español y, en el *common law*, en los Estados Unidos e Inglaterra, aunque este último con otros presupuestos y principios distintos), y que inclusive se encuentra regulado en nuestro Código Procesal Constitucional, la Nueva Ley Procesal del Trabajo y el Código de los Niños y Adolescentes. Asimismo, se encuentran reguladas en los procedimientos administrativos regulados por el Código de Protección al Consumidor, Ley sobre el Derecho de Autor, Ley de Represión de la Competencia Desleal, etc.

Para un estudio detallado sobre el derecho comparado respecto a las *astreintes* o multas en sede nacional véase la bibliografía citada de Eugenia Ariano (1998; 2003; 2015). Ya en la doctrina extranjera se puede consultar a Amaral (2010), Guerra (1998), Talamini (2003), Pereira (2021), Chiarloni (2005; 2012), Proto Pisani (2015), Didier Jr. & otros (2017), Marinoni & otros (2015), Di Ciommo (2019), Giabardo (2016, 2022), Montero Aroca (2014), Couture (2016), Codray (1998) y Livingston (2000).

¹⁹⁰ En términos de Adolfo Di Majo, coaccionar al cumplimiento (de un contrato y/o de una obligación) significa que se coaccione a la parte contractual deudora y/u obligado a realizar el objeto del contrato y/o de la obligación y, respectivamente, autorizar al acreedor a que pretenda tal cumplimiento, tratándose, naturalmente, no de una coacción física, sino jurídica.

sistema de tutela que se quiera definir como efectivo (y no simplemente virtual) (2003: 281)¹⁹¹.

Finalmente, si bien la decisión de una *tutela específica de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles* es una opción del legislador que será consagrada en el derecho material (con la posibilidad de que un deudor sea condenado a dicha prestación), de la misma manera, aun cuando existan técnicas procesales adecuadas (tutela procesal) para dicho tipo de obligaciones, no podrá otorgarse su tutela específica en caso no esté garantizado en el derecho material.

Justamente, es ello a lo que debe apuntar la relación *instrumental, circular o interdependiente* entre el derecho material y el derecho procesal: se deberá aplicar la técnica procesal para garantizar la tutela específica en los casos que el legislador haya establecido que dicho tipo de tutela tiene su correspondencia en la tutela material.

2. Origen y noción de la idea del cumplimiento *in natura* desde el Derecho Civil y de la *tutela específica* desde el Derecho Procesal, y el fenómeno de la *despatrimonialización* a partir de la aparición de nuevos derechos que no soportan una tutela meramente patrimonial

El cumplimiento *in natura*¹⁹² es un concepto que es tratado normalmente en las lecciones del derecho civil clásico sobre incumplimiento del acreedor. Este concepto ha sido abordado desde dos perspectivas¹⁹³.

Ahora, cuando una obligación resulta incumplida y/o inexactamente incumplida la situación podrá ser así representada: si el acreedor tiene mayor interés en conseguir el valor económico de la expectativa perdida, optará por el resarcimiento, por el contrario, cuando tenga interés en obtener una obligación en específico, una exacta prestación objeto de la propia expectativa opera con el cumplimiento *in natura*, siendo que no se excluye lógicamente la posibilidad de que ambos remedios puedan proponerse cuando la tutela resarcitoria no sea solicitada como equivalente en pecunia de la obligación incumplida, sino cuando se solicita por otros daños que se empiezan a producir (2003: 279-280).

¹⁹¹ Asimismo, dicho autor indica que el remedio (instrumento de tutela) de la coacción al cumplimiento, a diferencia del resarcitorio, se encuentra cercano a la jurisdicción y/o mejor al proceso ejecutivo, debido a que, si la previsión del remedio es, como se dice, de pertinencia del *derecho sustancial*, su concreta realización es asegurada por los *instrumentos del proceso* (2003: 281).

¹⁹² Cumplimiento en *específico* o *in natura*, o *tutela específica* (siempre que sea un concepto ligado al derecho material), como será abordado más adelante.

¹⁹³ El desarrollo de la perspectiva tradicional y perspectiva moderna del cumplimiento específico o *in natura* se encuentra en Severin (2016: 177-186).

En primer lugar, una perspectiva tradicional¹⁹⁴ haciendo alusión al cumplimiento específico como *efecto de la obligación*¹⁹⁵, que, de hecho, es la manera como nuestro CC lo aborda (dado su influencia francesa)¹⁹⁶, estableciendo que el cumplimiento en específico es un derecho del acreedor y es la vía preferente de satisfacción de un crédito, como regla general, con los únicos límites de la imposibilidad y de la buena fe. En tal sentido, se debe resaltar que, en los ordenamientos de tradición continental (*civil law*), a diferencia del *common law*¹⁹⁷, en el ámbito contractual, siempre ha existido una prevalencia de la ejecución in natura de la obligación (*primauté de l'exécution en nature*) sobre el resarcimiento del daño¹⁹⁸, salvo el caso de una lectura literal y descontextualizada del artículo 1142 del *Code Civil* de 1804, tal como hemos visto anteriormente¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Severin (2016: 177-180). En tal sentido, dicho autor explica que ello se configura debido a que el carácter vinculante de toda obligación crea el correlativo derecho personal o de crédito en el patrimonio del acreedor. El acreedor puede obtener la satisfacción de su crédito por dos vías: esta puede ser *in natura* (cumplimiento específico) o bien puede obtenerla por vía sustitutiva, mediante una suma de dinero representativa del valor de la prestación. Asimismo, de estas dos opciones del acreedor se deberá entender que la vía prioritaria es el cumplimiento *específico* o *in natura*. De ese modo, sus únicos límites serían el de la imposibilidad de la ejecución y que su ejercicio no sea contrario a las exigencias de la buena fe.

¹⁹⁵ En ese sentido, véase Planiol (1902: 54); Pothier (1764: 159-200) y Marcadé (1892: 404-462), quienes son autores clásicos franceses del derecho civil. Por supuesto, respecto a las obligaciones de hacer y de no hacer estos autores eran influenciados por el clásico entendimiento del *nemo ad factum praecise cogi potest*.

¹⁹⁶ En el artículo 1219 sobre acciones del acreedor como efecto de las obligaciones, se establece que es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para que pueda: (i) emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado, (ii) procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor, (iii) obtener del deudor la indemnización correspondiente, etc. De hecho, Luciano Barchi, comentando el CC, señala que la pretensión de cumplimiento implica la posibilidad de exigir directamente (pretensión material) o por medio jurisdiccional (pretensión procesal) la prestación de la relación obligatoria (2000: 456-457). Esta última referencia se corresponde a lo señalado por Pontes de Miranda que indica que cuando el acreedor solicita la tutela específica antes del inicio del proceso y durante la iniciación de un proceso, ambas posibilidades se manifestarían a través de la pretensión como una posición subjetiva de poder que se traduce en una exigencia hacia otro de alguna prestación positiva o negativa (Pontes de Miranda 2016: 83). Sin embargo, la primera opción se correspondería a una pretensión material (pre-procesal) y la segunda a una pretensión procesal; es decir, en la exigencia que se solicite de manera extrajudicial y judicial/arbitral respectivamente.

¹⁹⁷ Por el contrario, en los países que pertenecen a esta tradición, tales como Inglaterra y Estados Unidos, la *specific performance* (entendido como aquel remedio que puede ser concedido en caso de violación de obligaciones contractualmente asumidas y que tiene por finalidad imponer a través de comportamientos de actos positivos la ejecución in natura de aquello prometido) es la excepción en cuanto al ámbito contractual en el que se considera adecuado y suficiente el derecho a la restauración monetaria (Giabardo 2022: 59-62).

¹⁹⁸ Giabardo (2022: 127).

¹⁹⁹ Así también en los casos del CC argentino de 1871 y CC brasileño de 1916 y 2002, al menos a partir de una lectura literal, se proporciona solamente para los casos de obligaciones de hacer y de no hacer infungibles una indemnización en equivalente pecuniario.

Asimismo, concretamente sobre las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles desde esta perspectiva tradicional se le añadiría el límite de no aplicar la violencia sobre la persona del deudor en la ejecución forzada (reconocidos en los incisos 1 del artículo 1150 y 1158) (que, como se vio, la redacción viene influenciada por el *nemo ad factum praecise cogi potest*), que conllevaría, según lo entiende parte de la doctrina nacional, la consecuencia de que solamente se pueda otorgar una indemnización de daños y perjuicios ante el incumplimiento reiterado del deudor²⁰⁰.

En segundo lugar, en la perspectiva moderna²⁰¹ se entiende al cumplimiento específico ya no solo como un efecto de la obligación, sino como uno de los *remedios*²⁰² frente al *incumplimiento contractual* y con nuevos límites más allá de la imposibilidad y de la buena fe, como, por ejemplo, que el cumplimiento sea excesivamente gravoso para el deudor tal como es reconocido en el nuevo Derecho de los Contratos de los principales modelos de Contratación del Derecho Europeo, conforme se explicó en el acápite anterior. Asimismo, va perdiendo fuerza la idea de que el remedio del cumplimiento específico sea el remedio preferente respecto a la satisfacción por vía sustitutiva, pues esencialmente la elección de ello dependerá del interés del acreedor.

De hecho, esta última solución es propuesta también por Álvaro Pérez Ragone, quien plantea que es una salida económicamente más eficiente y más correcta moralmente, pues

²⁰⁰ Independientemente de ello, a partir de la incoercibilidad o no de una prestación, típicamente las de hacer y de no hacer infungibles, no obsta a la regla general del exacto cumplimiento y de la prioridad de la condena al cumplimiento *in natura* respecto del resarcimiento que, en el ámbito contractual, son manifestaciones del principio de fuerza de la ley del contrato (que proviene del principio moralmente condicionado y típico de la tradición cristiana e iusnaturalista del *pacta sunt servanda*) (Giabardo 2022: 60-62).

²⁰¹ Severin (2016: 181-186). En tal sentido, dicho autor explica que la perspectiva moderna en la doctrina más reciente del Derecho Civil (el así llamado “nuevo Derecho de la Contratación”) entiende que el remedio del cumplimiento en específico es uno de los tantos mecanismos de tutela material de incumplimiento contractual, los cuales cuentan cada uno con sus propios presupuestos, objetivos y límites. Por otra parte, ya respecto a la pretensión de cumplimiento como remedio frente al incumplimiento contractual, se considera que ha ampliado su contenido incluyendo también a la reparación y a la sustitución de la prestación no conforme con el contrato a pesar de que inicialmente tales conductas (reparar y sustituir) no fueron asumidas inicialmente por el deudor. En segundo lugar, se cuestiona la idea de que el acreedor tiene un derecho al cumplimiento específico pues hoy existen otros límites a dicho cumplimiento distintos de la imposibilidad y la buena fe, tales como que el cumplimiento sea excesivamente gravoso para el deudor o que el acreedor pueda realizar una operación de reemplazo.

²⁰² En la doctrina nacional se ha conceptualizado a un remedio del incumplimiento del deudor como los medios predispuestos para su tutela que corresponden a la fase patológica del derecho. Estos remedios pueden ser calificados como “derechos” porque se constituyen también en función de intereses. De ese modo, la tutela de los derechos subjetivos no es otra cosa que un remedio (Morales 2010: 85).

el acreedor tendrá la opción para escoger libremente entre la solución de la preferencia por la vía específica o por equivalente pecuniario según su mejor interés, siempre que sea tolerable o soportable por el deudor (2014: 373-374). Evidentemente, dicha oportunidad se producirá luego del incumplimiento reiterado del deudor, pues no es posible que la obligación originaria pueda ser convertida inicialmente a sola elección del acreedor.

De ese modo, a partir de ambas perspectivas, debe establecerse que el cumplimiento *específico* o *in natura* parece implicar la consagración, por el ordenamiento jurídico, de remedios cuya estructura puede ser variada, pero con una función y/o resultado que sea tal de garantizar al acreedor la realización de ese bien y/o utilidad que es objeto específico de la expectativa contractual y/o de la obligación. Por tanto, se trata de una satisfacción a la expectativa de una prestación ya no en equivalente, en vía de compensación del bien y/o utilidad perdidos, sino de una en forma específica (Di Majo 2003: 280)²⁰³.

A la par de la elaboración del concepto de cumplimiento específico y su abordaje desde la tutela o remedios en el plano del derecho material, es importante notar que también existe un abordaje desde el derecho procesal. Por ejemplo, se ha establecido que el concepto de *tutela específica* hace referencia al resultado alcanzado por el proceso que corresponde exactamente al resultado previsto por el derecho material; en otras palabras, corresponde a aquello que sería obtenido si el justiciable no hubiese tenido necesidad de ir al Poder Judicial (Didier Jr, Carneiro da Cunha, Braga & Oliveira 2017: 568)²⁰⁴. Ya en esta

²⁰³ En sentido similar, se ha señalado que el cumplimiento específico o natural hace referencia a que las partes cumplan con su prestación primaria en la forma bajo la cual la habían convenido con un exacto contenido esperado y acordado que tiene como objeto la satisfacción del interés del acreedor mediante la prestación y su cumplimiento en sí misma. De esta forma el acreedor recibirá aquello que de acuerdo a la relación obligación tendría que haber recibido y no un sustituto fundado en el valor económico de la prestación a través de una reparación pecuniaria (Pérez-Ragone 2014: 356).

²⁰⁴ De igual manera, se ha utilizado la denominación de “ejecución específica” o, también, “ejecución *in natura*”, el cual sería aquel proceso de ejecución forzada que afecta la esfera patrimonial del deudor en busca de proporcionar al acreedor exactamente el mismo bien que, según el vínculo obligacional, debería haber sido entregado o restituido por medio del cumplimiento voluntario de la prestación debida, mientras que la ejecución substitutiva sería aquella ejecución forzada basada en la responsabilidad patrimonial genérica del deudor y que, para satisfacer el derecho del acreedor, expropia bienes transformándolos en dinero para con esto indemnizar a la parte por el equivalente a la prestación debida (Theodoro Jr. 2001: 98). Así también, en relación a la tutela específicas de las obligaciones contractuales de hacer y no hacer, Marinoni señala que, cuando la obligación aún pueda ser cumplida y ello sea de interés del acreedor, la tutela jurisdiccional puede ser prestada en la forma específica como también en los casos de incumplimiento imperfecto y del cumplimiento defectuoso (2010: 282).

Asimismo, Andrea Proto Pisani ha señalado que la tutela específica hace referencia a aquella tutela directa que permite al titular del derecho conseguir aquella utilidad garantizada por la ley (o por el contrato) y no

concepción se hace énfasis al resultado que se podría obtener a través de la protección judicial²⁰⁵, y no extrajudicialmente como sí que es enfatizado en relación al cumplimiento en *específico* o *in natura*.

El abordaje de dicho concepto nace como como respuesta a la aparición de nuevos derechos durante el siglo XIX y XX que no eran protegidos adecuadamente con el proceso ordinario o común construido bajo el paradigma de la igualdad y la tutela meramente resarcitoria por equivalencia en dinero²⁰⁶ que se valía en el proceso de la técnica de la sentencia condenatoria y de la ejecución directa (o ejecución forzada a través de la expropiación o transformación en dinero de bienes).

En ese contexto, hubo un nuevo foco de atención que paso del individuo a la sociedad con el nuevo reconocimiento de intereses sociales, todo ello en la transición de un Estado Liberal a un Estado Social que no solo reconocía derechos fundamentales sino también se convirtió en un agente prestador (Theodoro Jr. 2001: 90-92).

una utilidad equivalente. Este tipo de tutela se realiza a través de la ejecución forzada en forma específica; por ejemplo, para los derechos reales de goce, en las previsiones de tutela inhibitoria, etc. Por otro lado, la tutela resarcitoria (personal, obligatoria o por equivalente) hace referencia a aquella tutela que permite que el titular obtenga una utilidad equivalente y no la utilidad (o el bien debido *in natura*), pues solo es posible un equivalente monetario (2014: 745). Dicho autor plantea, respecto al derecho procesal, que en virtud de que el derecho de acción, al menos en el modelo italiano, es constitucionalmente atípico, la contraposición entre tutela específica y la tutela resarcitoria solamente podría mantenerse aun en manifiesta contrariedad a la atipicidad de la noción de acción, a nivel de la disciplina sustancial de las situaciones subjetivas (2014: 747). Más adelante, el autor considera que, a pesar de que en el Código Civil italiano de 1942 existan dudas respecto a, por ejemplo, la tutela específica de las relaciones obligatorias por existir una antinomia entre el artículo 1218 y 1453, haciendo un recuento de otros cuerpos normativos como en el derecho industrial o en el derecho laboral se debe reconocer, a través de una interpretación sistemática, que existe una plena atipicidad de la tutela específica que, inclusive, es aplicable a las relaciones obligatorias (2014: 747-749).

Decía Barbosa Moreira que en la ejecución se debe proporcionar al acreedor, en principio, el resultado práctico igual al que obtendría si el deudor cumpliera la obligación, y no solamente desde el punto de vista cuantitativo, sino cualitativo. En otras palabras, la ejecución debe tender a ser específica; por ello, solamente cuando existan hipótesis de imposibilidad material o de preferencia del acreedor de una equivalencia en dinero, la ejecución de obligaciones distintas a las de dar dinero, podría convertirse en ejecución por cuantía cierta (ejecución genérica) (2012: 210).

²⁰⁵ Se debe resaltar que el tema de la tutela de los derechos excede a la tutela procesal o jurisdiccional. En ese sentido, se ha dicho que las normas de derecho material que responden al deber de protección del Estado a los derechos fundamentales también prestan tutela o protección directamente al derecho siendo la forma más básica de tutela de los derechos. De igual manera, la actividad administrativa también puede prestar tutela a los derechos como, en efecto, lo realiza a través de sus diferentes actividades como de fiscalización o prestación de servicios públicos. Ya en sede jurisdiccional no cabe ninguna duda que la tutela procesal constituye una manifestación de tutela de los derechos. En consecuencia, todas dichas modalidades constituyen especies del género de la tutela de los derechos (Marinoni 2010: 112-113).

²⁰⁶ Mecanismos típicamente liberales del derecho burgués enmarcado, por ejemplo, en el proceso de la Revolución Francesa, en el que la igualdad era un valor absoluto y en el que todo podía convertirse en dinero en la lógica liberal del mercado.

Los nuevos derechos reconocidos son los derechos colectivos y difusos, y los diversos derechos constitucionales de índole social y económica como los derechos laborales (libertad sindical, derecho a la huelga, estabilidad laboral, etc.), pero también aparecieron los derechos del consumidor y respecto a los clásicos derechos de la personalidad y otros derechos constitucionales de índole individualista se comprendió que debía otorgarse una tutela en específico para evitar amenazas y lesiones en estos derechos en lugar de otorgar una simple tutela en equivalente monetario²⁰⁷. Posteriormente, aparecieron los derechos de propiedad industrial, derechos de autor, derecho de marcas, derecho de la competencia, etc.

Ello claramente conllevó a que muchos deberes jurídicos de hacer y de no hacer infungibles sean correlativos o partes de la prestación y cumplimiento de los nuevos derechos mencionados. Con ello, para que pueda existir una tutela específica, hubo consciencia de que si bien existían casos en los que los contenidos de los derechos podían ser tutelados sin la colaboración del deudor, también habría casos en los que la tutela en específico de un derecho dependería de la colaboración ajena de un deudor en el que sería necesario que con su comportamiento satisfaga el derecho y cumpla con sus deberes de hacer y de no hacer establecidos en el ordenamiento jurídico (Marinoni, Arenhart & Mitidiero 2015: 680-681).

Precisamente, como detallamos anteriormente²⁰⁸, el derecho material se reconfigura con nuevas formas de tutela más allá de la tutela resarcitoria en equivalente pecuniario, restitutiva y otras del clásico Derecho Civil Patrimonial, apareciendo la tutela inhibitoria, la tutela de remoción del ilícito, la tutela en específico de la obligación contractual de hacer y de no hacer infungible, inclusive la tutela resarcitoria en forma específica. Todas ellas bien podrían ser especies del género *tutela específica* siempre que éste tenga propiamente un

²⁰⁷ En ese sentido, Renzo Cavani hace mención a los derechos de la personalidad, derechos que requieren un cumplimiento específico de las obligaciones de hacer y no hacer infungibles en relaciones contractuales, derechos constitucionales como el derecho al ambiente, patrimonio histórico, salud, etc. (2014: 174-175).

²⁰⁸ Nota al pie n. 183.

revestimiento material, sin ser confundido con otras acepciones que reflejan, más bien, deberes de conformación normativa del derecho procesal²⁰⁹.

Inclusive, a partir de la década de 1970 en la doctrina procesal italiana, y de los estudios de Andrea Proto Pisani, comienza a reflexionarse sobre el concepto de “tutela jurisdiccional diferenciada” para sostener que la técnica procesal respecto de la materia laboral (individual y/o colectiva) debía ser sustraída de la tutela ordinaria (proceso de conocimiento pleno) para buscarse un proceso laboral a partir de las características del derecho material que permita una tutela específica²¹⁰.

Sin embargo, debemos hacer notar que no es que no existiera la tutela específica anteriormente a este nuevo contexto histórico, sino que la tutela específica estaba limitada al cumplimiento voluntario del deudor y para casos en los que las obligaciones eran fungibles y podían ser cumplidas por un tercero, tal como explicamos en el ítem anterior respecto al *Code Civil* de 1804. Por ejemplo, en las clásicas obligaciones de dar suma de dinero cuando el acreedor conseguía un embargo y posteriormente un remate es evidente que la obtención en dinero constituía un supuesto de tutela en específico. De igual manera, si es que una obligación de hacer era fungible como construir una nueva casa, era posible que, a través de un tercero, y a expensas del deudor, se pueda conseguir lo pactado. Por lo mismo, en el caso de obligaciones de no hacer fungibles como la destrucción de lo construido sí era posible una tutela en específico.

²⁰⁹ Marinoni, Arenhart & Mitidiero (2015: 474-477).

²¹⁰ En ese sentido, Proto Pisani indica que en los años 70 del siglo pasado, rápidamente después de que se promulgó el “*Statuto dei lavoratori*”, se dieron las condiciones políticas para que se pueda sustraer el proceso laboral de las funciones del rito ordinario. De ese modo, a su juicio dicha obra de diferenciación de la tutela jurisdiccional relacionada a la materia laboral estuvo justificada (2014: 783).

Proto Pisani justificaba la existencia de dicho proceso laboral resaltando la desigualdad económica de las partes (trabajador y empleador) que se reflejaba en el proceso y que generaba que: (a) la parte económicamente más débil (trabajador) tenga una menor capacidad de resistencia y, por lo tanto, sufre mayores daños por la duración del proceso, (b) la parte económicamente más fuerte (empleador) tenga mayor capacidad de resistencia y normalmente espere que el proceso dure más tiempo para debilitar la capacidad del trabajador e inclusive si es vencida pagar en moneda devaluada el crédito del trabajador.

En ese sentido, dicho autor justifica que cuando el legislador predisponga para una forma de tutela jurisdiccional para una sola categoría de derechos no puede dejar de pensar en las peculiaridades del derecho (ni de sus titulares), con la finalidad de obtener un procedimiento técnicamente adecuado a la necesidad de la tutela específica (2014c: 83-88).

Todo este proceso descrito a propósito de la *tutela específica* se enmarca dentro de la llamada *despatrimonialización del Derecho Civil y del Derecho Procesal Civil*²¹¹ en el que se comprende y existe una consciencia de que una tutela de tipo de meramente patrimonial tanto material y procesal es insuficiente para conseguir un cumplimiento *in natura* o *tutela en específico* de los deberes jurídicos de hacer y de no hacer de fuente contractual o extracontractual.

Asimismo, esta idea de la *tutela específica* conseguida a través del proceso responde a la idea de la *efectividad* del proceso en los estudios de la disciplina del Derecho Procesal, sobre todo vinculado a la ejecución (sea de sentencias, resoluciones judiciales o el proceso de ejecución de títulos extrajudiciales), en el que se busca conseguir la satisfacción de una situación jurídica material de diversa naturaleza patrimonial o extrapatrimonial.

Esta situación se ha generado debido a la función que han otorgado las Constituciones al proceso como un instrumento de satisfacción de situaciones jurídicas materiales lesionadas o amenazadas en el marco de un procedimiento en el que se respeten las garantías mínimas

²¹¹ Carlo Vittorio Giabardo menciona que la despatrimonialización del Derecho Civil hace referencia a la tendencia en el derecho privado, en la última parte del siglo XX, a realzar los aspectos no patrimoniales de algunas obligaciones en el sentido de que algunas de ellas no son susceptibles (o al menos no enteramente) de valoración económica, y así es como deben ser abordadas. Dicha tendencia se enmarcaba en una general consciencia y valorización de la persona y de su exigencia también en las situaciones jurídicas subjetivas de carácter relativo, casi con la voluntad de establecer una contra tendencia respecto al dominio absoluto del mercado y de su ideología. Por su parte, ya en el ámbito del Derecho Procesal Civil se replicó en el campo de las técnicas procesales de ejecución de aquellos derechos, con la consecuencia progresiva de entender que el proceso civil debe garantizar –obviamente con un respeto a la persona humana y su dignidad– no solamente el equivalente monetario de un derecho, sino también con el exacto contenido del mismo (2016: 50-51).

En el mismo sentido, a propósito de la *despatrimonialización* del Derecho Civil se ha señalado que, en el Derecho Civil del siglo XXI constitucionalizado, y con fuerte carga solidaria y despatrimonializante, se le da una mayor jerarquía axiológica a la persona humana en su dimensión de “ser” en detrimento de la dimensión patrimonial del “tener”. El fenómeno de la despatrimonialización, en el ámbito de las situaciones jurídicas del Derecho Privado representa una opción que, paulatinamente, se viene inclinando en favor del personalismo –superación del individualismo– y del patrimonialismo –superación de la patrimonialidad como fin en sí misma. Por ello, en esta concepción la tutela y promoción de la persona humana determina que el centro de la preocupación del ordenamiento jurídico se oriente a que las situaciones patrimoniales deban estar funcionalmente dirigidas en favor de las situaciones existenciales (a cumplir valores constitucionales como la dignidad humana y la construcción de una sociedad más justa, libre y solidaria), inclusive en el campo del Derecho de Obligaciones (fenómeno de la repersonalización del Derecho Civil) (Pereira 2020: 14). Así también, se ha dicho que no se debe confundir la exacta noción de “patrimonialidad” con la idea de “patrimonialización de las obligaciones”. La patrimonialidad indica que los bienes del deudor están sujetos a garantizar la deuda; pero ello no significa una patrimonialización, sino que, por el contrario, vivimos tiempos de despatrimonialización del derecho privado o de repersonalización del derecho civil, en el que el ser humano ocupa un papel central en el sistema civil-constitucional. El acreedor y deudor son idénticos titulares de derechos fundamentales y, por ello, ambos son titulares de deberes de protección, cooperación e información, preservándose el principio constitucional de solidaridad y, en última instancia, el núcleo de la dignidad de la persona humana (Farias & Rosenvald 2017: 50).

de las partes que se dirija a conseguir una tutela oportuna, adecuada y efectiva (Priori 2014: 173-176). De ese modo, la doctrina procesal peruana no ha sido esquiva a la idea de la *efectividad* de la tutela jurisdiccional²¹² que, inclusive, ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional²¹³.

Tal ha sido la importancia del tema de la *efectividad* del proceso que dicho tema no puede ser tratado sin hacer referencia a los postulados afirmados por Giuseppe Chiovenda, en la doctrina italiana, que planteaba que “el proceso debe dar, en cuanto sea posible prácticamente, a quien tiene un derecho todo aquello y precisamente aquello que el justiciable tiene derecho a conseguir”²¹⁴, mientras que, en la doctrina brasileña, José Carlos Barbosa Moreira²¹⁵ estableció el estándar de la *idea de la mayor coincidencia posible* entre lo que el derecho material establece y el proceso debe otorgar, y, finalmente, Cândido Rangel Dinamarco apuntaba a un *proceso civil de resultados* que permita que el demandante y/o demandado puedan obtener la satisfacción de lo que el derecho material le prometió²¹⁶.

A partir de los postulados de los autores indicados, en la actualidad, existe una preocupación de los procesalistas enfocada en conseguir una *tutela jurisdiccional oportuna*,

²¹² Solo a manera de ejemplo: Priori (2003), Ariano (2003; 2003a; 2015) y, en relación a la ejecución de las obligaciones de hacer y de no hacer en sede nacional, Monroy Gálvez (2014, 2017).

²¹³ Nuestro Tribunal Constitucional ha entendido que, a pesar de que nuestra constitución no sea explícita en reconocer a la efectividad de la tutela jurisdiccional, no es posible que la Constitución solo garantice un proceso que sea correcto y leal, sino también sea capaz de conseguir resultados con rapidez y efectividad. (STC N° 015-2001-AI/TC).

²¹⁴ (Chiovenda 1922: 99).

²¹⁵ “(...) el objetivo del proceso debería consistir en la obtención del resultado práctico que coincidiese de modo *exacto* con lo que se conseguiría por el camino natural. No siendo ello posible, se valorará el funcionamiento del mecanismo procesal, en todo caso, a la luz de su aptitud para producir un resultado cercano del ideal de la coincidencia. En consecuencia, se dirá que el proceso funciona mucho mejor cuando se aproxime más al resultado práctico de la actuación espontánea del derecho. (...) Sin embargo, con las excepciones que se quieran hacer, la *idea de la “mayor coincidencia posible”* conserva fundamental significado y repercute forzosamente en muchos aspectos de la problemática del derecho procesal” (Barbosa Moreira 1989: 215-216) (el énfasis es nuestro).

²¹⁶ “Asume una particular relevancia en este contexto la *idea del proceso civil de resultados*, de íntima vinculación a la misión social del proceso y a la teoría general del proceso civil. Ese postulado consiste en la consciencia de que el valor de todo el sistema procesal reside en la capacidad, que tenga, de propiciar al sujeto que tendrá razón una situación mejor de aquella en la que se encontraba antes del proceso. No basta el bello enunciado de una sentencia bien estructurada y portadora de afirmaciones enteramente favorables al sujeto, cuando lo que aquella dispone no se proyecta útilmente en la vida de este, con la eliminación de la insatisfacción que lo llevó a litigar o a resistirse a una pretensión de otro sujeto y propiciándole sensaciones felices por la obtención de la cosa o de la situación postulada. En la medida de lo que fuera prácticamente posible, el proceso debe propiciar a quien tiene un derecho todo aquello y precisamente aquello que tiene derecho a obtener, bajo pena de carecer de utilidad y, por tanto, de legitimidad social” (Dinamarco & Carrilho Lopes 2016: 22) (el énfasis es nuestro).

adecuada y efectiva guiada por la premisa de que el justiciable *debe conseguir aquello que el derecho material le ha prometido a través de un proceso que obtenga resultados* medidos bajo un estándar de *la mayor coincidencia posible* en relación a aquella promesa de la ley, premisa totalmente ligada al concepto de *tutela específica* y, por tanto, a atender a la realización de las tutelas o protecciones plasmadas en el derecho material. Por supuesto, dicha tutela procesal deberá otorgar lo que está establecido en el derecho material, ni más ni menos.

Inclusive y ya en el campo específico del proceso de ejecución, se ha construido el concepto de la tutela jurisdiccional ejecutiva señalando que “consiste siempre en un *resultado práctico* desencadenado por la actuación del Estado-juez sobre el mundo exterior al proceso mediante alteraciones capaces de adecuar una situación concreta a las exigencias de la orden jurídica (...) y, como es natural, a toda tutela jurisdiccional, la tutela ejecutiva solo se considera existente en cada caso cuando hubiera sido consumada por la real y efectiva producción de esos resultados” (Dinamarca 2009: 38).

De manera más detallada, se instituirá a través del proceso específicamente la situación a la que la persona tiene derecho de la siguiente manera: (a) mediante la restitución de la cosa que fue indebidamente retirada, (b) mediante la entrega de cosa que debía ser entregada y no lo fue, (c) haciéndose lo que se debía hacer y no fue hecho, (d) absteniéndose de lo que no se debe realizar, (e) soportándose una actividad que no debía ser impedida. Finalmente, se debe resaltar que la restauración del patrimonio mediante pecunia no podría ser calificado como un supuesto de ejecución en específico (Dinamarca 2009: 508-509).

De hecho, en la jurisdicción internacional a nivel interamericano²¹⁷ (*Caso Mejía Idrogo versus Ecuador*) y nivel europeo²¹⁸ (*Horsnby v Grecia*) también se ha resaltado la ejecución de las resoluciones judiciales como un derecho fundamental. Y esta línea también ha sido seguida en el Perú con nuestro Tribunal Constitucional y la doctrina que ha reconocido el derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales²¹⁹. Asimismo, en la doctrina brasileña se ha construido el concepto del derecho fundamental a los medios ejecutivos adecuados que exige al juez que en los casos que no encuentre una técnica procesal adecuada a la tutela del derecho (omisión de regla procesal o laguna normativa ocasionada por el legislador)

²¹⁷ Es el caso (*Mejía Idrogo v. Ecuador*, 2011). Este caso trata sobre un ciudadano ecuatoriano (José Mejía) que era coronel del Ejército ecuatoriano y solicitó al Consejo de Oficiales Generales de la Fuerza Terrestre su calificación para el grado de general. Sin embargo, se le denegó dicha solicitud y posteriormente fue dado de baja. Ante ello dicha persona presentó un recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional que, finalmente, le dio la razón. A pesar de ello, el Estado ecuatoriano no cumplió con acatar dicha decisión. En razón de ello se judicializó dicho caso a nivel interamericano (fundamentos 43 al 64) y, en ese contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que la ejecución de sentencias debe propender a ser completa, perfecta, integral y sin demoras. Asimismo, señaló que los procedimientos de ejecución deben ser accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas a fin de que alcancen su finalidad de manera rápida, sencilla e integral (Fundamento 105 y 106).

²¹⁸ Es el caso (*Horsnby v. Grecia*, 1997). Este caso trata de una pareja de ingleses que vivían en la isla de Rhodes en Grecia y que solicitaron a la autoridad administrativa poder abrir una escuela privada para poder enseñar inglés, dado que eran profesores de inglés de profesión. Sin embargo, ello les fue denegado, debido a que según la legislación interna de ese país solamente personas con la nacionalidad de sus países podían conseguir ello. Posteriormente, dicho caso fue llevado a la Corte Suprema griega quien le dio la razón a la pareja Horsnby. Sin embargo, el Estado griego se niega a implementar dicha decisión y, por ello, luego fue judicializado el caso a nivel del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. (Fundamento 6 al 15). En tal contexto, el TEDH manifestó que el derecho a reclamar en relación a los derechos y obligaciones civiles frente a una corte o tribunal es un derecho garantizado por la Convención Europea de Derechos Humanos; sin embargo, dicho derecho sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiera que una decisión judicial final permanezca inoperante en perjuicio de una de las partes. De ese modo, la ejecución de una sentencia dada por alguna corte debe ser considerada como parte integrante del artículo 6 de la CEDH (fundamento 40-41).

²¹⁹ En la STC N° 4119-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional, en su fundamento 64, ha manifestado que, si bien nuestra constitución no se refiere a la “efectividad” de la tutela jurisdiccional, resulta manifiesto que *la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela*. En consecuencia, el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución. Asimismo, en la STC 00579-2008-AA, FJ 15, 16, el Tribunal Constitucional ha establecido que: “El derecho a la ejecución de resoluciones ha sido comprendido por este Colegiado como parte inseparable de la exigencia de efectividad de la tutela judicial. En efecto, en la Sentencia 0015-2001-AI, 0016-2001-AI y 004-2002-AI este Colegiado ha dejado establecido que ‘el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una *vis expansiva* que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (...). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido’”. (fundamento jurídico 11).

Asimismo, en la doctrina nacional, véase, por ejemplo, Simons (2010).

deberá adecuar y crear la tutela procesal idónea a fin de garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional²²⁰.

A partir de todo ese contexto, Cândido Dinamarco se ha dicho que:

“Tratándose de la obligación específica, los sistemas procesales tienen una fuerte tendencia a preferir la ejecución también específica, superando la posición cómoda de las conversiones en dinero, que era de gusto de los pandectistas franceses del siglo XIX, según los cuales “toute obligation de faire, ou de ne pas faire, se resout en dommages et interets, en cas d’inexécution de la part du débiteur” (art. 1142 del Código Civil francés). Hoy no solamente las leyes del proceso, sino el propio orden jurídico como un todo quiere que las obligaciones sean cumplidas tal como hubieren sido constituidas, tal como las cumpliría el obligado o a través de la ejecución que se hace por obra del Estado-juez, es siempre preferible ofrecer a quien tiene derecho a la situación jurídica final que constituye objeto de una obligación específica *precisamente aquella situación jurídica final que el acreedor tiene derecho a obtener* (Chiovenda), reservándose las conversiones pecuniarias para casos extremos” (2009: 514).

En tal sentido, es evidente que bajo los estudios del Derecho Civil y Derecho Procesal Civil actuales, tanto la tutela material y tutela procesal de las *obligaciones de hacer y de no hacer infungibles* deben inclinarse por otorgar una tutela específica *al menos como regla general*²²¹ y a solicitud del acreedor, no siendo una imposición obligatoria, sino más bien opcional. Sin embargo, nuestra doctrina nacional civilista mayoritariamente no ha dialogado con las ideas de la perspectiva moderna del cumplimiento *in natura* ni con la idea de la *tutela específica y efectividad* en el proceso en el Derecho Procesal Civil en el contexto de la *despatrimonialización* (consciencia de que hay ciertos derechos que no deben ser tutelados con una respuesta meramente patrimonial).

²²⁰ En ese sentido, Marinoni (2014: 39-40).

²²¹ En ese sentido, se ha destacado que “la transición de la ciencia procesal de la fase autonomista hacia la fase instrumental o teleológica, en el siglo XX, trajo para esta rama del Derecho el compromiso con las finalidades del proceso, dentro de los cuales está su efectividad. En ese sentido, el proceso debe ser apto para conferir concretamente al justiciable que tiene razón *precisamente el bien de la vida* del cual es, en teoría, titular. La identificación de la efectividad como uno de los principios guías del Derecho Procesal repercutió inexorablemente en el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer. Pasaba a ser prioritario otorgar al acreedor instrumentos procesales hábiles a permitir el cumplimiento específico de la obligación, evitándose el sucedáneo indemnizatorio. Se trata de la llamada tutela específica de las obligaciones, que prevalece en nuestros días” (Hill 2015: 167-168).

Finalmente, respecto ya a la tutela resarcitoria²²² se ha señalado que existirían dos sub tipos (i) por el equivalente al valor de la lesión y (ii) en forma específica. Ambas presuponen el daño²²³, que es una consecuencia meramente eventual de la ilicitud (acto contrario al derecho). La primera busca que el afectado obtenga un valor equivalente al de la disminución patrimonial que sufrió o un valor equivalente al costo para reparar al daño, inclusive podría constituir una respuesta contra el daño generado a derechos no patrimoniales, mientras que la segunda es aquella que, en principio, debe permitir que el afectado pueda obtener la situación que existiría en caso el daño no hubiese ocurrido (Marinoni 2010: 313)²²⁴. Este tipo de tutela, en el contexto histórico de los estudios del Derecho Civil y Derecho Procesal Civil, es excepcional y solamente deberá ser otorgado por razones de imposibilidad, o si el acreedor así lo solicitará luego del incumplimiento reiterado en fase extrajudicial y judicial del deudor.

3. Tutela específica y tutela por equivalente pecuniario en obligaciones de hacer y no hacer: una mirada general del ordenamiento jurídico peruano

Hemos señalado que en las últimas décadas del siglo pasado y en la actualidad, en los estudios del Derecho Civil y Derecho Procesal Civil existen corrientes que apuestan por la *despatrimonialización* del primerio y por la exigencia constitucional de la *efectividad* de la tutela jurisdiccional en el ámbito del segundo. Esto conduce naturalmente a una

²²² En la doctrina italiana se ha dicho que es históricamente una forma típica de tutela y se ha manifestado como una forma de tutela clásica de las relaciones obligatorias en género y, de ese modo, también de las obligaciones que derivan de un contrato (Proto Pisani 2014: 746).

²²³ Además, de ello, en la doctrina nacional, existe una amplia aceptación respecto a otros tres elementos antijuridicidad, relación de causalidad y factor de atribución. Por ejemplo, Lizardo Taboada desarrolla los requisitos comunes a la responsabilidad civil contractual y extracontractual: (i) antijuricidad, (ii) el daño causado, (iii) la relación de causalidad y (iv) los factores de atribución (Taboada 2015: 36-44).

²²⁴ Respecto a este último tipo, Marinoni indica que ello podría ocurrir cuando una empresa que construye automóviles de lujo se compromete a entregar un determinado vehículo con ciertas características hechas especialmente para el posible comprador que, posteriormente se destruye, por ejemplo, en el envío hacia el país del comprador por responsabilidad del flete contratado. De esa manera, podrá producirse la tutela específica si es que dicha empresa volviera a construir un vehículo con tales características y se lo entregara al comprador. Es evidente que este supuesto en el que se resarce los daños en forma específica es muy diferente a una simple entrega en dinero, como sería el caso en el supuesto señalado en que el deudor (la empresa que construye vehículos de lujo) le entregue al acreedor una cantidad de dinero determinada para que se compre un vehículo similar. En este caso, simplemente se está entregando un equivalente en dinero del daño generado en el patrimonio del acreedor, y no un resarcimiento del daño que permita tener un vehículo de las mismas características y que permita volver a la situación anterior al daño.

preferencia por la *tutela específica* en las tutelas materiales y las técnicas procesales que permiten su realización.

En tal sentido, respecto del ordenamiento jurídico peruano no es difícil establecer que la regla general tanto en las legislaciones materiales como las procesales apuntan a una clara preferencia por la *tutela específica*. De ese modo, el deudor, obligado o sujeto pasivo debe cumplir de manera espontánea con la prestación que se le impone en un contrato o una norma jurídica de manera *específica*. Si no lo hiciera, puede ser ordenado su cumplimiento judicial y, posteriormente, hacerse uso de las técnicas procesales adecuadas para conseguir un *cumplimiento in natura* o, más precisamente, una *tutela específica*.

En efecto, por ejemplo, el artículo 17 del Código Civil, sobre tutela jurídica contra la violación de los derechos de la persona, establece:

“La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos. La responsabilidad es solidaria”.

Este es un típico ejemplo de tutela material inhibitoria, como señalamos al final de la nota al pie de página 183, al menos en su variante de inhibir la continuación de un acto ilícito (cesación de actos lesivos según los términos del CC); no obstante, ello no quiere decir que no exista la posibilidad de exigir la tutela inhibitoria en su variante preventiva de evitar la producción y la reiteración, no reguladas explícitamente en dicho artículo. De hecho, ello proviene de un deber general del Estado de protección a través del establecimiento de

normas jurídicas materiales²²⁵ o, más precisamente, como indica Marinoni, tutela de derechos a través del establecimiento de normas jurídicas ²²⁶.

De otro lado, al margen del reconocimiento de la tutela material, también existen técnicas procesales destinadas a concretar, en los hechos, el reconocimiento judicial de dichas tutelas. Así, por ejemplo, podemos traer el ejemplo del artículo 27²²⁷ del Nuevo Código

²²⁵ En la doctrina nacional, Juan Espinoza, comentando este artículo, realiza una crítica de la idea de “la cesación de los actos lesivos”, pues señala que la reparación del daño subjetivo no se agota en la eventual posibilidad de entregar una suma de dinero, porque, si subsiste la conducta que dañó los intereses de la víctima, es necesario regular la acción inhibitoria a través de la cual se suspenderá los hechos o situaciones que sean susceptibles de producir un futuro daño. En ese sentido, se desprende que, a juicio del autor, en tal artículo no estaría regulada ni una sola variante de la tutela inhibitoria (2003: 137).

Respecto a ello, cabe notar que el autor estaría confundiendo la institución jurídica del daño (típicamente elemento de la tutela resarcitoria) con la idea de un acto ilícito (contrario al derecho) que eventualmente – pero no necesariamente– podría producir daños, lo cual es precisamente el campo de acción de la tutela inhibitoria. Asimismo, se debe criticar que no reconozca en el fraseo “cesación de actos lesivos” al menos como el deber de la inhibición de la continuación de los actos lesivos (actos ilícitos contrario a derecho que fundamentan el actuar de la tutela inhibitoria).

A pesar de lo mencionado, cabe señalar que el autor señala una situación práctica que se produce normalmente en el Perú: que las afectaciones a los derechos de la persona se reconducen normalmente en los procesos de amparo, lo cual ocurre hasta la actualidad salvo cuando se produzcan daños y sea necesario la tutela resarcitoria que, en esa hipótesis, es tramitada en vía civil.

²²⁶ La cita respecto a cómo las normas materiales constituyen también un supuesto de tutela de derechos, además de las tutelas procesales y las actuaciones de la Administración Pública en favor de los intereses generales, se encuentra en la nota a pie de página 205.

²²⁷ Artículo 27. “Ejecución de sentencia

Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de otros órganos jurisdiccionales. Para el cumplimiento de las sentencias y de acuerdo con el contenido específico del mandato y la magnitud del agravio constitucional, el juez debe:

1) *Velar porque la sentencia se cumpla según sus propios términos*, actuando con la prudencia e imperatividad que las circunstancias del caso impongan. Si el demandado no cumple con el mandato, el juez constitucional remite los actuados al Ministerio Público para que actúe de acuerdo con sus atribuciones. También puede disponer el inicio del procedimiento disciplinario de funcionarios y servidores públicos ante la entidad que corresponda para su destitución.

2) Si el cumplimiento de la sentencia depende de varias voluntades, y si no se acata en el plazo de cinco días hábiles, el juez remite los actuados al Ministerio Público para que actúe de acuerdo con sus atribuciones. El Ministerio Público formula denuncia penal contra el titular de la entidad y los que resulten responsables, pudiendo exigir su prisión preventiva.

3) Si el cumplimiento de la sentencia depende de previsiones contenidas en el presupuesto general de la República o presupuestos de entidades estatales, la parte vencedora puede pedir al juez que modifique la ejecución material de la sentencia, proponiendo una fórmula sustitutoria que cause igual satisfacción a su derecho conculcado. El juez corre traslado del pedido y escucha a la parte vencida, decidiendo lo que corresponda. Si el juez acepta la fórmula sustitutoria, debe emitirse un auto que así lo establezca, el cual es impugnabile con efecto suspensivo. La ejecución por sustitución implica que el juez aduce los apremios a su logro y que deje sin efecto los emitidos.

Para el cumplimiento de las sentencias, el juez puede optar, de oficio o a pedido de parte, por otras medidas de ejecución como son la remoción, destrucción de cosas, objetos o edificaciones, paralización de obras, entre otras técnicas de ejecución que el juez considere necesarias, así como también cualquier otra decisión o medida que sea proporcional y razonable para la preservación, restitución y protección de los derechos constitucionales objeto del proceso.

En los procesos de habeas corpus las sentencias estimatorias las ejecuta el juez o la sala que la expidió, sin necesidad de remitir los actuados al juzgado de origen” (énfasis agregado).

Procesal Constitucional peruano, idéntico al artículo 27 anterior del Código Procesal Constitucional del año 2004, de aplicación directa para la tutela de los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales, que concretiza el derecho a la ejecución en sus propios términos de las resoluciones judiciales, puesto que a través de sus técnicas procesales de ejecución (establecidas en el penúltimo párrafo del artículo 27) se pretende una tutela en específico de los derechos fundamentales amenazados o lesionados. Esto se encuentra alineado a la preferencia de nuestro ordenamiento jurídico por una tutela específica de los derechos fundamentales para lo cual, ante su amenaza o lesión, dicho artículo prevé diversas técnicas procesales de ejecución tales como las multas.

Ahora bien, respecto al Código Procesal Civil peruano de 1993, un sector de la doctrina peruana²²⁸ ha señalado que no ha significado un cambio respecto de los códigos procesales anteriores (Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852 y Código de Procedimientos Civiles de 1912) respecto a la *tutela procesal de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles*, pues se seguiría restringiendo a la indemnización en caso no se practique de forma específica dicha conducta (Delgado 2017: 322-323). Esta conclusión también estaría respaldada por la supuesta falta de regulación de las *astreintes* en el CPC peruano.

De hecho, esta opinión también podría respaldarse en los artículos 707 y 711 del CPC de 1993, ya que ambos se refieren mandato ejecutivo de la ejecución de obligaciones de hacer y de no hacer respectivamente en los que se señala que ante el incumplimiento del deudor se le apercibe a que pueda ser realizada por un tercero. En tal sentido, pareciera que conjuntamente con la indemnización son las únicas tutelas procesales para las *obligaciones de hacer y de no hacer infungibles*.

De esa manera, bien podría señalarse que por la influencia del derecho francés a través del *Nemo ad factum praecise cogi potest*, hubo un impacto sobre el entendimiento y construcción de las técnicas de ejecución del CPC peruano de 1993 que parecería inclinarse por una

²²⁸ Otra solución se encuentra en la opinión de otros autores como Giovanni Priori y Eugenia Ariano, como hemos explicado en la nota al pie de página 189, que han encontrado en el artículo 53 del CPC peruano de 1993 una regulación expresa de las *astreintes*.

tutela meramente patrimonial ante el incumplimiento *de obligaciones de hacer y de no hacer infungibles*²²⁹, por la supuesta ausencia de *astreintes*.

Sin embargo, debemos resaltar que el CPC peruano actual no posee ningún artículo similar a los artículos 736²³⁰ y 739²³¹ del Código de Procedimientos Civiles de 1912 que expresamente señalaban que ante obligaciones de hacer y de no hacer personalísimas, si el deudor se resistía solamente cabía la indemnización en equivalente pecuniario al no ser posible aplicar violencia en la ejecución rozada. De hecho, estos dos artículos fueron la forma cómo el legislador procesal entendió la tutela material consagrada en el antiguo Código Civil de 1852, inspirada en la doctrina de su tiempo. Aunque el texto normativo de la legislación civil no haya sido profundamente alterado, sí que ha cambiado el sistema jurídico procesal peruano, tanto constitucional como infraconstitucional.

En efecto, a pesar del dato normativo, se debe realizar una interpretación a partir de la *tutela jurisdiccional efectiva, adecuada y oportuna*, y el *derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos* (e inclusive *el derecho a los medios ejecutivos adecuados de propuesta de Marinoni*) para permitir la *tutela específica*²³² de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles a través de la técnica procesal de ejecución de nuestro CPC de 1993.

Es el caso de los artículos 690-C²³³ del Capítulo I Disposiciones Generales y el artículo 715²³⁴ del Capítulo III Proceso de ejecución de resoluciones judiciales, ambos

²²⁹ Lo que es innegable es que sí otorga una tutela específica por la propia construcción de las técnicas de ejecución, pero para los casos de obligaciones de dar, de hacer y de no hacer *fungibles*, como los típicos casos de la entrega forzada de dar bienes determinados, y el cumplimiento a través de terceros de obligaciones de hacer y de no hacer *fungibles*. No obstante, respecto a las obligaciones de hacer y de no hacer *infungibles* que requiere necesariamente la participación del deudor, si bien no se puede desprender explícitamente de la construcción de las técnicas de ejecución una preferencia por su tutela específica, bien se podría hacer el esfuerzo interpretativo que se viene realizando aquí a la luz de la tutela jurisdiccional efectiva, adecuada y oportuna, y a la luz del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos.

²³⁰ Artículo 736.- “Solo se puede exigir del demandado la ejecución forzada de la obligación de hacer, cuando para ello no haya de emplearse violencia contra su persona”.

²³¹ Artículo 739.- “Si el hecho del demandado, por ser personalísimo, no puede ser practicado por otro, ó es imposible la destrucción de lo que se ha hecho contra el pacto, se resolverá la obligación en el resarcimiento de perjuicios, observándose lo dispuesto en el artículo anterior”.

²³² Esta es la opinión de Juan Monroy Palacios a propósito del artículo 53 y del artículo 715 del CPC peruano, pues el artículo 53 contendría las *astreintes* y, de otro lado, el artículo 715 serviría de mandato al juez para que adecue sus técnicas de ejecución para garantizar el cumplimiento del mandato ejecutivo (2004: 258).

²³³ Artículo 690-C.- “Mandato Ejecutivo

(...) En caso de exigencias no patrimoniales, el Juez debe adecuar el *apercibimiento*”.

²³⁴ Artículo 715.- “Mandato de ejecución

pertenecientes al título V del proceso de ejecución, los cuales se refieren a que el juez *en caso que un mandato de ejecución contenga “exigencias no patrimoniales”* este debe adecuarlas a fin de buscar su cumplimiento. Esta podría ser una cláusula general atípica que permite el uso de las *astreintes* y de otras técnicas de ejecución indirecta²³⁵.

En ese sentido, podemos reconstruir dicha preferencia del derecho material y del derecho procesal por la *tutela específica de los derechos* a partir de las siguientes normas en el ordenamiento constitucional y legal peruano.

Por un lado, cuando una prestación de hacer y de no hacer sea infungible y tenga su fundamento en un contrato, deberá entenderse que la preferencia de la *tutela específica* surge a partir de la interpretación conjunta de la libertad de contratación y en el principio del *pacta sunt servanda* (los artículos 2.14²³⁶ y 62²³⁷ de la Constitución Política, y los artículos 1354²³⁸ y 1361²³⁹ del Código Civil).

Por otro lado, para el caso de los deberes jurídicos de hacer y de no hacer que se originen directamente de una ley, y posteriormente, sean reconocidos en una sentencia de condena, se sustenta en el artículo 38²⁴⁰ de la Constitución sobre la obligación de los ciudadanos de respetar la Constitución y el ordenamiento jurídico (que se traduce en el cumplimiento de las normas jurídicas), además, en el artículo 4²⁴¹ de la Ley Orgánica del Poder Judicial que

Si el mandato de ejecución contuviera exigencia no patrimonial, el Juez debe adecuar el apercibimiento a los fines específicos del cumplimiento de lo resuelto. (...)”.

²³⁵ No nos extenderemos más en esta opinión por razones de extensión, y porque no es materia de este trabajo.

²³⁶ Artículo 2.- “Toda persona tiene derecho:

(...)

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

²³⁷ Artículo 62.- “La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (...)”.

²³⁸ Artículo 1354.- “Libertad contractual:

Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

²³⁹ Artículo 1361.-

“Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.

²⁴⁰ Artículo 38.- “Todos los peruanos tienen el deber honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”.

²⁴¹ Ley Orgánica del Poder Judicial

señala que toda persona y autoridad debe acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales y/o administrativas. Asimismo, y ya exclusivamente a nivel procesal, la preferencia por la tutela específica deviene del reconocimiento de una *tutela jurisdiccional efectiva, adecuada y tempestiva* (numeral 3 del artículo 139)²⁴² y del *derecho a la ejecución en sus propios términos de las resoluciones judiciales*.

Por último, en ambos casos, por supuesto, se sustenta la preferencia por la *tutela específica* en función a la idea general de la tutela de los derechos, que como ya hemos señalado, impacta sobre la creación de normas jurídicas, la actividad administrativa y la actividad jurisdiccional de la tutela procesal (nota al pie de página 205).

Ahora bien, a pesar de todo lo mencionado, se debe resaltar que finalmente, aunque el legislador tenga un mandato de preferencia de la *tutela específica* en la creación de normas jurídicas, existirán casos en que pueda decidirse por la tutela material resarcitoria en equivalente pecuniario siempre y cuando se justifique en la protección de otros derechos fundamentales de manera proporcional, y otros valores constitucionales importantes como por razones de seguridad pública, la libertad individual, dignidad humana, etc.

Por ejemplo, ante el incumplimiento de un contrato laboral en el que un trabajador no quiera trabajar más y aún siga vinculado con su empleador, no sería posible que a través de una norma jurídica laboral se establezca que está obligado a que judicialmente se le retorne a su centro de labores, debido a un principio básico de libertad. Tampoco sería posible que a través de las técnicas procesales se busque dicha *tutela específica* en favor del empleador, puesto que, como habíamos explicado en el subacápite sobre las relaciones entre derecho material y derecho procesal, si el derecho material ha decidido excluir a ese supuesto del cumplimiento en específico, el derecho procesal no podrá otorgar dicha *tutela específica* a

Artículo 4.- “Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar sus contenidos o fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal y administrativa que la ley señala”.

²⁴² Otros fundamentos pueden ser encontrados en la idea de la eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales que manda a los privados y al Estado a respetarlos y evitar las amenazas y/o lesiones de los mismos. Este fundamento bien podría servir también para las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles de origen contractual.

través de sus técnicas procesales. En efecto, el deudor solamente podría ser condenado, y luego padecer la ejecución, por lo que se establece en las normas materiales.

Por último, también debe quedar claro que dicha opción por la preferencia de la tutela específica siempre debe depender del acreedor si así lo solicita en sede judicial.

4. Tutela material de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles y fungibles, ejecución forzada y la prohibición de la violencia en el deudor: hacia una reinterpretación del artículo 1219 y sus límites en los artículos 1150 y 1158 del CC peruano de 1984

Los mecanismos de la tutela del crédito de las obligaciones de hacer y no hacer en el Código Civil peruano de 1984 han sido recogidos de manera general en el artículo 1219, mientras que, ya de manera específica, por un lado, respecto a las obligaciones de hacer el artículo 1150 comprende sus mecanismos de tutela, y, por otro lado, encontramos lo propio respecto a las obligaciones de no hacer, en el artículo 1158²⁴³.

El artículo 1219²⁴⁴ del CC peruano establece que es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

- 1.- Emplear las *medidas legales* a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
 - 2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
 - 3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
- (...)
- Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2 (énfasis agregado).

²⁴³ Dichas tutelas materiales están pensadas principalmente para obligaciones del Derecho Civil Patrimonial y, más en específico, se enmarcan en la disciplina del Derecho de Obligaciones. A pesar de ello, bien puede pensarse que podrían ser aplicables supletoriamente a los diferentes deberes jurídicos de hacer y de no hacer provenientes de diversos derechos en los diferentes cuerpos normativos materiales (Constitución Política, Código del Consumidor, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Ley de Sociedades, etc.) de nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando no desnaturalicen los fines de cada disciplina del derecho y cuando no exista una regulación sobre el asunto en dichos cuerpos normativos.

²⁴⁴ Para poder valerse de los mecanismos de tutela de este artículo según el diseño de nuestro Código Civil debe existir un incumplimiento y la culpa del deudor (Vásquez 2022a: 70).

Del inciso 1 de este artículo se desprende que es posible exigirse el cumplimiento de la obligación tanto judicial como extrajudicialmente; sin embargo, en este último caso presupone el cumplimiento espontáneo y voluntario del deudor.

Es así que, para un sector de la doctrina nacional, se regula el *derecho al cumplimiento específico* como un poder del acreedor para que pueda emplear las diversas medidas legales reguladas no solamente en el artículo 1219, sino en todo el *Código Civil*, con la finalidad de que el deudor le procure aquello a lo que está obligado. De ese modo, el cumplimiento específico así expuesto permite utilizar “*medidas legales*” que se pueden manifestar en el plano sustantivo, procesal o en ambos (Vásquez 2022a: 70).

Inclusive, el mismo autor ha equiparado los conceptos de cumplimiento *in natura*²⁴⁵ y *tutela específica*²⁴⁶ indicando que englobarían todos los poderes y facultades por los cuales un acreedor puede actuar (judicial o extrajudicialmente) para obtener *in natura* la prestación prometida por el deudor en relación a la tutela del acreedor frente al incumplimiento en el Derecho de Obligaciones. De ese modo, en la invocación a la *tutela específica* el acreedor se descompondría en: (i) un *derecho al cumplimiento específico extrajudicial*, que depende de la colaboración del deudor, y (ii) el *poder de exigir la ejecución forzada en específico* (de naturaleza meramente procesal). Todo ello estaría reconocido en la referencia a las “*medidas legales*” que refiere el numeral 1 del artículo 1219 (Vásquez 2022a: 14-19).

Estoy de acuerdo con que los conceptos de *tutela específica* y cumplimiento *in natura* pueden ser utilizados indistintamente siempre que hagan referencia a que se pueda practicar aquel remedio o tutela material establecido en el derecho material a través de la pretensión material (esto es, a la exigencia ocurrida en el plano del derecho material), y que también el proceso permita obtener ese resultado específico garantizado por el derecho material. No es importante el *nomen iuris*, sino la referencia al resultado en específico que sea posible exigirlo en la fase extrajudicial (a través de las tutelas materiales) y judicial/arbitral (a través de las técnicas procesales que permitan su realización en el mundo de los hechos).

²⁴⁵ Concepto que hemos indicado, en el subcapítulo 2 del presente acápite, que, tradicionalmente, ha sido tratado por los civilistas como un efecto del incumplimiento de obligaciones.

²⁴⁶ Concepto que hemos indicado, en el subcapítulo 2 del presente acápite, que, normalmente, es utilizado por los procesalistas respecto al resultado obtenido a través del proceso.

En efecto, ambos conceptos pueden comprender los fenómenos de derecho material (etapa extrajudicial) y el fenómeno procesal (etapa judicial o arbitral) que reconozcan diferentes formas de tutela tanto material y/o procesal para que puedan ser utilizadas por el acreedor para obtener finalmente, si es que el acreedor así lo deseara, aquella promesa reconocida en un contrato o reconocida a través de una norma jurídica y que, inclusive posteriormente, pueda ser establecida en una sentencia/laudo.

Asimismo, también estoy de acuerdo con la idea del mismo autor respecto a que al concepto de “*medidas legales*”, contenido en el numeral 1 del artículo 1219, posee un claro reconocimiento a la *tutela específica* y/o el cumplimiento *in natura* de las obligaciones en general debido a la ubicación de dicha norma como *efecto de las obligaciones* (que inclusive alcanza al reconocimiento de la tutela específica de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles). Por lo tanto, dicha norma permitiría que el acreedor exija el cumplimiento *in natura* o *tutela específica* de todo tipo de obligaciones como regla general.

Debo añadir a ello que en el sintagma (“*emplear las medidas legales*²⁴⁷ *a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado como efecto de obligaciones*”) regulado en numeral 1 del artículo 1219, podemos reconocer una cláusula general. Se aprecia que la técnica utilizada en dicho texto normativo²⁴⁸ ha sido la de incluir dentro de la *fattispecie* (supuesto de hecho) expresiones o términos vagos, con un contenido semánticamente impreciso, para que un

²⁴⁷ Esta sola expresión (“*medidas legales*”) bien podría considerarse un concepto jurídico indeterminado, puesto que el legislador se ha valido de tal expresión utilizando un concepto que es vago y/o indeterminado para que pueda ser completado en cada caso su contenido semántico por el intérprete (recepto del lenguaje jurídico) (Ara 2004: 112). Sobre dicha técnica el mismo autor destaca que el uso de esta técnica es motivado por la imposibilidad de determinar de antemano la solución a los problemas afectados por el vaivén de los cambios sociales y de los sentimientos preponderantes en el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico en cuestión. A pesar de ello, existe en la doctrina un debate sobre la real diferencia entre un concepto jurídico indeterminado y la cláusula general. Sobre esta diferencia véase Martins-Costa (2000: 324-328), quien apunta que la diferencia radicaría en que la cláusula general exige que un juez participe activamente para la formulación de la norma, mientras que en los conceptos indeterminados el juez se limita a reportar al hecho concreto el elemento (vago) indicado en la *fattispecie* (debiendo, pues, individualizar los límites de la hipótesis abstractamente colocada, cuyos efectos ya fueron predeterminados por el legislador). Por el contrario, en la cláusula general la operación intelectual del juez es más compleja, siendo que, además de averiguar la posibilidad de subsunción de una serie de casos-límite en la *fattispecie*, deberá averiguar la exacta individualización de las mutables reglas sociales a las cuales envía la meta norma jurídica (2000: 326-327).

²⁴⁸ Texto normativo (el enunciado lingüístico que se encuentra en un dispositivo jurídico) como concepto diferente de la norma jurídica (que es el resultado de la interpretación del texto normativo).

intérprete o el juzgador, a partir de él, puedan concretizar las consecuencias normativas buscadas (Martins-Costa 2000: 304)²⁴⁹.

Justamente en ese sentido, doctrina nacional ha dicho que esta norma recoge algunos de los mecanismos de tutela de crédito del Código Civil, pues otros instrumentos han sido regulados en otras partes del mismo cuerpo normativo. Por ello, no se debe entender esta lista de manera taxativa, sino simplemente de manera enunciativa²⁵⁰. De ese modo, al ser una cláusula general, permite la remisión del numeral 1 del artículo 1219 a las diferentes técnicas de tutela material y/o procesal que puedan ser usadas para la satisfacción del crédito del acreedor. Además, es evidente que, si el legislador no hubiese echado mano de la cláusula general, no habría sido razonable enumerar todas las tutelas materiales y/o procesales (estás últimas normalmente reguladas en los cuerpos procesales) que están dispersas en diversos fragmentos del mismo cuerpo normativo o inclusive en otros. Es allí donde este tipo de técnica legislativa presenta su utilidad.

Ahora bien, por un lado, respecto al inciso 2 del artículo 1219, es evidente que se regula la posibilidad de una tutela en específico, pero siempre y cuando la obligación sea fungible y el interés del acreedor esté en el resultado de la actividad, y no en el comportamiento del deudor en sí mismo²⁵¹. Estas tutelas materiales encuentran respaldo en las normas del Código Procesal Civil peruano de 1993 que establecen, en los artículos 706²⁵², 707²⁵³,

²⁴⁹ En sentido similar, Fredie Didier Jr. ha señalado que una cláusula general “es una especie de texto normativo, cuyo antecedente (hipótesis fáctica) está compuesto por términos vagos y el consecuente (efecto jurídico) es indeterminado. Hay, por lo tanto, una indeterminación legislativa en ambos extremos de la estructura lógica normativa en ambos extremos de la estructura lógica normativa” (2010: 254).

²⁵⁰ Por ejemplo, es el caso de la acción revocatoria o pauliana que está regulada en el libro relativo al Acto Jurídico (artículos 195 a 200). En ese sentido Espinoza (2017: 200); Priori (2004: 133).

²⁵¹ Esta solución se complementa con el numeral 2 del artículo 1150 del CC peruano de 1984 que establece que el acreedor podrá exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de este.

²⁵² Art. 706.- “Procedencia:

(...)

En la demanda se indicará el valor aproximado que representa el cumplimiento de la obligación; *así como la persona que, en caso de negativa del ejecutado y cuando la naturaleza de la prestación lo permita, se encargue de cumplirla*” (el énfasis es agregado).

²⁵³ Art. 707.- “Mandato ejecutivo:

El mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que cumpla con la prestación dentro del plazo fijado por el juez, atendiendo a la naturaleza de la obligación, *bajo apercibimiento de ser realizada por el tercero que el Juez determine, si así fue demandada*.

En caso de incumplimiento, se hará efectivo el apercibimiento” (énfasis agregado).

708²⁵⁴ (sobre ejecución de obligación de hacer) y artículos 711²⁵⁵ y 712²⁵⁶ (sobre ejecución de las obligaciones de no hacer), en general, la regla de que en el mandato ejecutivo de una obligación de hacer y de no hacer el juez debe apercibir al ejecutado/deudor a que, sino realiza la prestación, un tercero será quien lo haga o lo deshaga forzosamente bajo su costo.

Por otro lado, el inciso 3 del mismo artículo señala de manera genérica la posibilidad de que se obtenga una indemnización. Dicha opción permite al acreedor que pueda obtener una tutela resarcitoria en equivalente pecuniario y una tutela resarcitoria en específico (que permita que el acreedor vuelva a la situación anterior a la producción del daño) conforme a la definición de Marinoni²⁵⁷.

Para poder precisar los límites a esta cláusula general reconocida en el inciso 1 del artículo 1219, normalmente reconocidos en la doctrina nacional para el cumplimiento *in natura* de las *obligaciones de hacer y de no hacer infungibles* debemos de recurrir a los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158 respectivamente.

Como ya he tenido ocasión de explicar en los puntos 3.1 y 3.3 del subacápite 3 del acápite anterior, buena parte de la doctrina civilista peruana, influenciada directamente (a través del CC argentino de 1871 y brasileño de 1916) e indirectamente por el derecho civil francés y la lectura literal del *nemo ad factum praecise cogi potest* (de acuerdo al *Code Civil* de 1804), ha entendido que la frase “*exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor*” (contenida en los incisos 1 del artículo 1150 y 1158 del CC peruano de 1984), necesariamente genera que, frente al incumplimiento del deudor en los casos de las *obligaciones de hacer y de no hacer infungibles*,

²⁵⁴ Art. 708.- “Ejecución de la obligación, por un tercero:

Designada la persona que va a realizar la obra y determinando su costo, sea por el presupuesto presentado por el ejecutante o por una pericia ordenada por el Juez, se proseguirá la ejecución dentro del mismo proceso, conforme a lo establecido para las obligaciones de dar suma de dinero”.

²⁵⁵ Art. 711.- “Mandato ejecutivo:

El mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que en el plazo de diez días deshaga lo hecho y, de ser el caso, se abstenga de continuar haciendo, *bajo apercibimiento de deshacerlo forzosamente a su costo.*

Vencido el plazo, el Juez hará efectivo el apercibimiento” (énfasis agregado).

²⁵⁶ Art. 712.- “Ejecución de la obligación por un tercero:

Designada la persona que va a deshacer lo hecho y determinado su costo, sea por el presupuesto presentado por el ejecutante o por una pericia ordenada por el Juez, se proseguirá la ejecución dentro del mismo proceso, conforme a lo establecido para las obligaciones de dar suma de dinero”.

²⁵⁷ Ver página 94 del presente trabajo.

no se pueda aplicar violencia en la ejecución forzada y, por lo tanto, solamente cabría una tutela resarcitoria en equivalente pecuniario.

Dicha interpretación ha sido descartada a lo largo de este trabajo con la explicación de que la doctrina civilista peruana, en su mayoría, no ha reparado en toda la evolución de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer en el derecho francés, y en Brasil y Argentina, además de otros países del Derecho Comparado y los modelos de Contratación Europea, que nos permiten señalar que la regla, en realidad, siempre es la *tutela específica* o cumplimiento *in natura* de todas obligaciones de hacer y de no hacer infungibles.

Inclusive adoptar un entendimiento de tal naturaleza no es conforme con la interpretación doctrinaria y jurisprudencial francesa del artículo 1142, posterior a los clásicos civilistas del derecho francés en donde se concluye que: (i) la *primauté de l'exécution en nature* como regla general y, su reconocimiento, en la reforma del 2016 en el artículo 1221; (ii) el *nemo ad factum praecise cogi potest* no prohíbe el uso de medidas de ejecución indirecta como las *astreintes*; (iii) solamente estaría *excepcionalmente* excluido de dicha *tutela específica* los casos de obligaciones de hacer y de no hacer infungibles en casos vinculados íntimamente a la persona y personalidad del deudor de un *individuo* (en Francia, es una interpretación mayoritaria de un sector de la doctrina y jurisprudencia, mas no se encuentra explícitamente regulado en la ley), siendo que ello también es una tendencia mayoritariamente en el Derecho Comparado y en los modelos de Contratación europea (que, en este caso, sí poseen normas explícitas de esa exclusión, salvo en el caso español).

La única excepción sería los casos de *obligaciones de hacer y de no hacer infungibles referidos a la personalidad y persona del deudor*; sin embargo, toda esta construcción histórica solamente se refiere a *individuos* y nunca sería aplicable, por ejemplo, a personas jurídicas que puedan haberse comprometido a prestaciones de hacer y de no hacer de tipo infungibles. Esta lógica detrás de dicha exclusión proviene del respeto irrestricto de la voluntad y libertad humana del iusnaturalismo (formado ya desde la época medieval) y del liberalismo decimonónico fuente de la Revolución Francesa, pero siempre fue pensado exclusivamente para *personas individuales (personas naturales en el lenguaje de nuestro Código Civil)* y de manera *excepcional*.

Además, si ni siquiera con un artículo como el 1142 regulado expresamente en el Código Civil francés se asumía la postura, por la doctrina y jurisprudencia, de que estaba negada la tutela específica para las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles, no hay razones para concluir lo propio para nuestro sistema jurídico el cual, como hemos visto, no posee una norma con un tenor literal idéntico al mencionado artículo (esto es, una en el que en su literalidad normativa exprese que las obligaciones de hacer y no hacer se resuelven en una indemnización). Por tanto, no es posible negar la *tutela específica para las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles* aun cuando se sostenga que los numerales 1 del artículo 1150 y 1158 tendrían un antecedente remoto en el artículo 1142.

Asimismo, dicha solución jurídica llevaría a otro problema, cual es autorizar al deudor al simple incumplimiento contractual, privilegiando a la parte más fuerte de la relación que pueda asumir los daños y perjuicios existentes (Didier Jr., Carneiro da Cunha, Braga & Oliveira 2017: 73), generándose una excesiva protección al deudor lo cual conllevaría a considerar que la obligación de hacer y de no hacer es jurídicamente no obligatoria o facultativa, pudiendo el deudor optar a cumplirla o pagar su equivalente pecuniario (Amaral 2010: 33).

En efecto, tal postura solamente implicaría que a un deudor de una obligación de hacer y de no hacer infungible no se le pueda exigir como pretensión material el *cumplimiento in natura*, o, peor aún, que no pueda ser condenado en sede judicial y/o arbitral a la tutela específica de tal obligación. Esto es, se le estaría permitiendo al deudor que incumpla a su elección, puesto que siempre podría resolverse en una condena de daños y perjuicios (al valor económico de la prestación). La elección de la *tutela específica* o de la indemnización en equivalente pecuniario debe depender exclusivamente del acreedor luego de que el deudor se haya resistido al cumplimiento y ya se encuentre por iniciar una demanda judicial o arbitral.

Estas razones, a mi juicio, serían suficientes para descartar la interpretación de una parte mayoritaria de la doctrina civilista previamente reseñada. Por tanto, se hace necesario una *reinterpretación* del numeral 1 del artículo 1219 sumado al límite reconocido en los incisos

1 del artículo 1150 y 1158, que, en realidad, constituyen el régimen general respecto al *cumplimiento in natura* o *tutela específica* de nuestro Código Civil²⁵⁸ de las *obligaciones de hacer y de no hacer infungibles*. A este esfuerzo serán dedicadas las próximas páginas.

4.1. ¿Qué significa la prohibición de “*emplear violencia contra el deudor*”?

Como se ha visto, esta fórmula normativa es un claro rezago del entendimiento clásico del *nemo ad factum praecise cogi potest* en su diseño medieval y originario del *Code Civil* de 1804 influenciado por Pothier, por lo que significaría que está prohibido utilizar medidas de ejecución directa *sobre el cuerpo de la persona*. Sobre esto no cabe ninguna duda debido a la conquista civilizatoria que significó separar a la persona de su patrimonio; no obstante, esto no llega a ser tan obvio en cuanto a la prohibición de utilizar medidas de ejecución indirecta como las *astreintes*.

En mi opinión, una reinterpretación del *nemo ad factum praecise cogi potest* (tal como había sido entendido por la mayoría de la doctrina civilista peruana influenciada por el derecho civil francés, argentino y brasileño) lleva a apuntar hacia una *tutela específica de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles* como regla general que, naturalmente, no prohíbe el uso de técnicas de ejecución indirecta como las *astreintes*, sino solamente medidas ejecutivas que se dirijan directamente sobre la *persona* del deudor (entendida ésta como su

²⁵⁸ Es fundamental señalar que dicha norma jurídica (interpretada del numeral 1 de los artículos 1150 y 1158) aplicaría directamente a la ejecución forzada de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles fundamentadas en las relaciones contractuales civiles y no a otros tipos de deberes jurídicos de hacer y de no hacer infungibles que sean prestaciones contenidas en derechos laborales, derechos del consumidor, derechos constitucionales, derechos de la personalidad, derechos de autor, etc., que estén establecidas en sentencias, puesto que en sus respectivas disciplinas jurídicas –y de acuerdo a una idea de efectividad de las normas materiales como forma de protección del ordenamiento jurídico o tutela establecida por nuestro ordenamiento jurídico constitucional y en los cuerpos especiales– debe primar el *cumplimiento in natura* (*tutela específica*). Sin embargo, dicha norma sí podría aplicarse de manera supletoria y siempre y cuando no se afecte la finalidad de un determinado cuerpo normativo especial, sobre todo si no hubiera una regulación concreta de las tutelas que se puedan conseguir.

En ese sentido, no podría ser factible que respecto a la obligación de no contaminar el medio ambiente (como el agua y el aire) en una determinada comunidad de alguna zona del país, que se deriva del derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado reconocido constitucionalmente, se pueda decir que no se podría garantizar una tutela específica en virtud de tales artículos; por el contrario, debido a la efectividad de las normas materiales que devienen de un Estado Constitucional de Derecho que apunte a proteger en este caso un derecho fundamental, tendrá que primar como primera opción para titular del derecho (y ya como acreedor frente a una sentencia condenatoria) la posibilidad de la tutela específica como reconocimiento a lo ya otorgado por el derecho material. De hecho, esa es la solución del artículo 27 del Nuevo Código Procesal Constitucional que propugna porque la sentencia sea cumplida en sus propios términos.

entidad material). Este debe ser el entendimiento de dicho adagio en una perspectiva actual conforme a la *despatrimonialización* del Derecho Civil y Derecho Procesal Civil que propenden a una *tutela específica de los derechos*, tal como se ha analizado previamente.

Como bien lo ha reconocido un sector de la doctrina nacional (específicamente: Eugenia Ariano, Giovanni Priori, Raul Ferrero y Walter Vásquez) el uso de las *astreintes* no está prohibido y tampoco significa aplicar ninguna violencia contra la persona y cuerpo del deudor. De hecho, este fue exactamente el camino que, posteriormente, tomó la propia jurisprudencia y doctrina francesa a pesar de lo que la literalidad del artículo 1142 ofrecía²⁵⁹.

En ese sentido, Barbosa Moreira, a propósito de la prohibición de la violencia sobre el deudor, establece lo siguiente:

“Otra fuente clásica de limitaciones es la salvaguarda de la libertad personal del deudor, que, de acuerdo con un principio firmemente arraigado en nuestra tradición jurídica, no debe ser compelido por la fuerza a realizar una prestación. Ese punto asume una relevancia particular en los casos en que el deudor está obligado a practicar determinado acto. El principio prohíbe el empleo de medios físicos de coerción sobre él: *nemo praecise ad factum cogi potest*. Sin embargo, no todo uso de la fuerza se considera prohibido: es posible como regla, por ejemplo, utilizarla para retirar de un inmueble una persona, que, condenada a entregarlo, se resiste a hacerlo” (1989: 222).

En ese sentido, es evidente que en nuestro ordenamiento jurídico no todo uso de la fuerza se considera prohibido. Como es sabido, existe la técnica procesal de la restitución de inmuebles o el lanzamiento para casos de desalojo en nuestro proceso civil, o inclusive la entrega forzada de bienes determinados. ¿Acaso estarían estas técnicas prohibidas por el *nemo ad factum praecise cogi potest*?

La respuesta a esta interrogante está en que el uso de la fuerza pública institucionalizada en esos casos *no se dirige sobre la persona del deudor* (sobre su entidad físico/material) para forzarlo a cumplir una determinada prestación de hacer y de no hacer, sino que, en realidad, se

²⁵⁹ Barbosa Moreira también confirma la posibilidad del uso de las *astreintes* indicando: “Pero también se puede ejercer presión sobre la voluntad del deudor, a fin de compelerlo a colaborar. Semejante método implica el empleo de medidas coercitivas, que no tienen ni la naturaleza de penalidad, ni –aun cuando consistan en imposición de pago– la de prestaciones tendientes a la reparación del daño sufrido por el acreedor” (1989: 231).

dirigen en el caso de la *entrega forzada a una entidad corpórea diferente de la persona*²⁶⁰ y en el caso del lanzamiento y/o restitución, si bien se puede retirar a una persona, es con la finalidad de liberar el bien, no obligándolo a realizar ninguna prestación de hacer y de no hacer en específico.

Sin embargo, desde un concepto amplio de *violencia* (entendido como toda afectación física y/o psicológica de una persona), podría considerarse que el uso de las *astreintes* sí que implicaría el uso de una cierta violencia psicológica sobre una persona, buscando inducirla al cumplimiento a través de amenaza o aplicación efectiva de multas que, al final, podrían generar una afectación patrimonial sustancial. Pero esta violencia se justifica en el ejercicio legítimo del poder del Estado como en los casos del lanzamiento y/o restitución de inmuebles, o de la entrega forzada de bienes muebles.

En dicho sentido, me parece que la doctrina civilista peruana aferrada a una lectura ya superada del *nemo ad factum* no ha tenido un diálogo con los desarrollos teóricos en el contexto de la *despatrimonialización* del Derecho Civil y Derecho Procesal Civil, pues es precisamente a partir de dichos estudios que se ha admitido que la *astreinte*, como técnica de la ejecución indirecta que aspira a la consecución de una *tutela específica* para los casos en que se requiera la participación necesaria del deudor, sí es aplicable y no implica ninguna violencia *sobre la persona del deudor*, sin perjuicio de que, por supuesto, no todos los derechos sean tutelados adecuadamente con un resarcimiento.

Es anecdótico como Felipe Osterling, redactor del Libro VI sobre Obligaciones del CC peruano de 1984, sí que hacía mención a las *astreintes* francesas considerando que esta institución solamente debería regularse en la legislación procesal (2015: 386-387). A pesar de ello, sin reparar en la evolución del artículo 1142 del *Code Civil* y de las *astreintes* en la doctrina y jurisprudencia francesa, señalaba, como regla general, que en el caso de las *obligaciones de hacer y de no hacer infungibles*, al no poderse aplicar violencia sobre la persona del deudor, debía otorgarse una indemnización de daños y perjuicios. El autor veía, pues,

²⁶⁰ En ese sentido, Humberto Theodoro Jr. señala que normalmente en las obligaciones de dar son realizables a través de la ejecución específica, aun cuando el deudor incumple, pues la interferencia del Estado es casi siempre capaz de conseguir el bien debido para entregarlo al deudor, pues la prestación incide sobre cosas (2000: 145).

un problema de colocación de la norma procesal (a fin de que no sea una *norma heterotópica*), pero no el concerniente a cuál es la tutela material verdaderamente reconocida en el CC, el papel del derecho procesal frente a las tutelas materiales y la función de la *astreinte* como técnica de ejecución.

Por lo tanto, como regla general para la tutela específica de las *obligaciones de hacer y de no hacer infungibles* se podría hacer uso de la técnica de ejecución indirecta de las *astreintes* sin que ello implique ningún acto de violencia prohibido por las normas contenidas en los incisos 1 del artículo 1150 y 1158, puesto que no se dirigen sobre el cuerpo del deudor como entidad material.

4.2. ¿Cuáles son los sentidos del concepto “ejecución forzada” previsto en los incisos 1 de los artículos 1150 y 1158 del CC?

A efectos de realizar un estudio más analítico de los artículos 1150 y 1158 (específicamente en el inciso 1 de ambos), existen al menos cuatro sentidos del concepto de “ejecución forzada”: (i) la tutela material del cumplimiento en específico más allá del adjetivo “forzada” (y, por tanto, sería una norma de derecho material), (ii) la técnica procesal empleada en sede judicial como categoría teórica de la ejecución civil usada para pretender el cumplimiento en específico de la sentencia que reconoce un derecho, siendo equivalente al concepto de *expropiación forzada* (lo cual, en su caso, sería una norma de derecho procesal y, por ello, *heterotópica*, por estar regulada en un cuerpo material); (iii) a la fase de cumplimiento (segunda fase de realización de los derechos en estricto) del así llamado proceso único de ejecución, cuya primera fase, al menos en el caso de proceso de ejecución de títulos extrajudiciales, sería una fase cognitiva (por lo que sería, nuevamente, una norma procesal heterotópica); o, finalmente, (iv) tanto a una tutela material como a cualquiera de los sentidos (ii) o (iii), por lo que resultaría siendo una *norma híbrida* (que se refiere a aspectos materiales y procesales). Corresponde analizar cada uno de estos sentidos para, al final, exponer las razones que me llevan a terminar de delinear el régimen general de tutela de las obligaciones de hacer y no hacer infungibles.

i) **“Ejecución forzada” como tutela (material) del derecho de crédito (norma material)**

En primer lugar, partiendo de una interpretación sistemática por ubicación de las normas (y, en cierta manera, prescindiendo del sintagma “forzada”), podríamos entender que es una norma de derecho material que se refiere a la *ejecución* de las obligaciones entendido como cumplimiento *in natura*²⁶¹.

En tal sentido, cuando el deudor haya incumplido su obligación y el acreedor quiera exigir la ejecución del hecho prometido producto de la existencia de una obligación de hacer y no hacer (incisos 1 de los artículos 1150 y 1158 del CC de 1984), en la fase extrajudicial, con el ejercicio de la pretensión material, este no podrá emplear la violencia física ni psicológica *contra la persona del deudor*.

Ello, además, tendría su respaldo en la prohibición de la *autotutela* y en diversos derechos fundamentales tales como la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), derecho a la integridad moral, física y psíquica (numeral 1 del artículo 2 de la Constitución), entre otras, así como también en normas en el derecho penal que castiguen las lesiones físicas y/o psicológicas contra una persona que haya sufrido violencia, o la coacción contra la voluntad de una persona, etc.

Sin embargo, a pesar de que esta interpretación podría ser consistente, ciertamente la institución de la ejecución forzada (sea desde un entendimiento teórico o dogmático) está vinculada al proceso judicial. Además, los antecedentes de los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158, si bien tienen una aproximación sobre aspectos de derecho material, también

²⁶¹ Y es que ejecutar puede ser entendida como la satisfacción de una prestación debida que se puede producir de manera *espontánea* o *forzado* cuando el cumplimiento de la prestación es obtenido a través de la práctica de actos ejecutivos del Estado. Es la primera la que se produce en el ámbito del derecho material y está asociada a lo que normalmente se conoce como cumplimiento en el Derecho Civil, mientras que la segunda es un concepto referido al fenómeno procesal de la ejecución en sede judicial (Didier Jr., Cameiro da Cunha, Braga & Oliveira 2017: 45)

tienen una influencia sobre las posibilidades de uso de ciertas técnicas de ejecución como hemos explicado a lo largo de este trabajo.

Por dichas razones, si bien este sentido no puede ser del todo descartado, no podría ser exclusivamente el sentido de las normas contenidas en los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158. Esto se comprenderá mejor al analizar el sentido *iv*).

ii) “Ejecución forzada” como técnica procesal para la realización de los derechos construida como categoría teórica de la ejecución civil (norma procesal y heterotópica).

En segundo lugar, la institución de la “*ejecución forzada*” puede ser abordada como una categoría teórica perteneciente a la ejecución civil y entendida, por tanto, como técnica de tutela procesal que consiste en la “*actividad coactiva* (de ahí que, apropiadamente, sea llamada de *ejecución forzada*), en el sentido de ser destinada a producir un resultado práctico, con *indispensable interferencia en la esfera jurídica de alguien* (en particular de aquel que debería producir espontáneamente tal resultado), *independientemente* y aún *contra* su voluntad” (Guerra 1998: 20)²⁶².

En la realización de la ejecución forzada, el juez podrá valerse de medios ejecutivos de dos clases: (a) *subrogatoria* que prescinde de la participación efectiva del deudor que involucra las técnicas de la expropiación, entrega forzada y la ejecución por tercero (en transformación); (b) *coercitiva*, en la que la finalidad principal del mecanismo es captar la

²⁶² Tradicionalmente, ha existido un debate respecto a si incluir dentro del concepto de la ejecución forzada a las medidas coercitivas (o medidas de coacción). Por ejemplo, ya Giuseppe Chiovenda, a inicios del siglo XX, no tenía ningún problema en incluirlas como técnica de la ejecución forzada (1922: 276). Sin embargo, Enrico Tullio Liebman no consideraba dichas técnicas como un subtipo de la ejecución forzada, pues, a su modo de ver, le faltaría las características propias de la ejecución estrictamente entendida (que es satisfacer al acreedor sin la colaboración del acreedor como en la expropiación forzosa) (1980: 6), pues buscan conseguir el cumplimiento de la obligación con la propia prestación del propio ejecutado inducido a cumplir para evitar perjuicios mayores que lo amenazan (1980: 234). En nuestra opinión, ambas técnicas de ejecución directa (o subrogatorias) e indirecta (de coerción o coercitivas) tienen la finalidad de satisfacer al acreedor, por ello, ambas constituyen instrumentos de la ejecución forzada. Por ello, destacamos que Marcelo Lima Guerra al definir a la ejecución forzada indique se busca la satisfacción del acreedor con la necesaria interferencia en la esfera jurídica del obligado independientemente de él y aun cuando sea contra su voluntad. De dicha manera, ambas técnicas de ejecución pertenecen a la técnica de la ejecución forzada.

voluntad del ejecutado a través de, por ejemplo, la amenaza de la prisión (coerción personal) y la imposición de multa en dinero (coerción patrimonial) (Assis 2016: 185-186)²⁶³.

En tal sentido, es evidente que dicha institución como categoría doctrinaria se refiere al fenómeno procesal de la ejecución que se manifiesta en el proceso ejecutivo judicial en el que, ante el incumplimiento del deudor de la prestación de dar, hacer y de no hacer contenida en la sentencia condenatoria (tipo de sentencia dependiente de la ejecución)²⁶⁴ o en el título ejecutivo extrajudicial, se requiere (y se legitima) del uso de la ejecución forzada como una actividad complementaria que opera en el mundo de los hechos (trabajo de campo) para la realización del derecho y con una estructura caracterizada por actos judiciales de agresión a la esfera jurídica del ejecutado (Assis 2016: 107).

De manera similar a este desarrollo, en la doctrina civilista nacional Raul Ferrero ha señalado que la palabra “ejecución” es usada como sinónimo de cumplimiento, por ello, al incumplimiento se le denominaría “inejecución”. Por esta razón, cuando se emplea la expresión *ejecución forzada*, en realidad, debería entenderse como *cumplimiento*. En ese sentido, dado que en caso de falta de colaboración del deudor hoy está prohibido el uso de la autotutela lo que el inciso 1 del artículo 1150 (y, por extensión al inciso 1 del artículo 1158 de mismo contenido) lo que está regulado es el derecho de acudir al órgano jurisdiccional para pedir que se le imponga al deudor el cumplimiento de la prestación debida (2000: 57).

²⁶³ En sentido similar, en la doctrina nacional, Eugenia Ariano ha señalado que los medios ejecutivos otorgados por la ley pueden ser las medidas de coacción (o medidas coercitivas) caracterizados por que el órgano jurisdiccional hace conseguir al acreedor el bien al que tiene derecho *con la participación del obligado*, con la influencia sobre la voluntad del obligado a través de dichas medidas, y los medios de subrogación (o ejecución forzada) caracterizados por que el órgano jurisdiccional consigue al acreedor el bien *independientemente de la participación y voluntad del obligado* (1998: 249-250).

²⁶⁴ La sentencia dependiente de la ejecución (sentencia condenatoria) se contrapone a la sentencia autosuficiente en el que la primera requiere ser implementada para que el autor sea satisfecho, pues depende de la técnica ejecutiva para ser cumplida y prestar tutela efectiva al autor. Las tutelas declaratorias y constitutivas son suficientes para la realización del derecho de la parte, agotándose la tutela en la simple emisión de la sentencia (Marinoni; Arenhart & Mitidiero 2015: 665).

Otros autores como Felipe Osterling²⁶⁵, Marianella Ledesma²⁶⁶ y Eugenia Ariano²⁶⁷ vinculan dichas normas *directamente* al proceso judicial y su ejecución forzada. Inclusive, respecto al artículo 1186 del CC peruano de 1916, que es el antecedente directo de las normas estudiadas, Jorge Eugenio Castañeda también lo abordaba como complemento para explicar la ejecución forzada de las obligaciones de hacer en el proceso judicial (1963: 76).

Por otra parte, Walter Vásquez hace un desarrollo similar a este sentido, pues desarrolla la categoría de la *ejecución forzada* como categoría doctrinaria del Derecho Procesal²⁶⁸, aunque, finalmente, plantea que el numeral 1 del artículo 1150 no sería de naturaleza procesal a pesar de que parezca ello (2022a: 10-17) y que debería realizarse una interpretación correctiva reemplazando el término *ejecución forzada* por *tutela específica*, pues también existiría una fase extrajudicial que no sería reconocida si se tuviera ese entendimiento (2022a: 18-20)²⁶⁹.

Sin embargo, no estoy de acuerdo con esta posición.

En primer lugar, considero que las interpretaciones correctivas solamente deberían realizarse frente a errores *manifiestos* que impidan una adecuada interpretación de un artículo. Empero, el cuestionamiento del autor radica en que, de no realizarse la interpretación correctiva de entender que la tutela específica está comprendida en los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158 (sobre las obligaciones de hacer y de no hacer respectivamente), no se estaría considerando la protección al acreedor en su fase extrajudicial. Sin embargo, ello no se condice con nuestra realidad normativa: existe la norma contenida en el numeral 1 del artículo 1219 (“Es efecto de las obligaciones autorizar

²⁶⁵ Dicho autor hace referencia a la señalada norma indicando que la ejecución forzada requeriría autorización judicial (2007: 69).

²⁶⁶ Dicha autora también entiende esta norma como vinculada al proceso judicial de ejecución forzada, pues lo utiliza para complementar lo regulado con el artículo 707 (sobre mandato ejecutivo que contiene la intimación por una obligación de hacer) del CPC peruano de 1993 (2008: 465-466).

²⁶⁷ En el caso de esta autora, también se vale de esos artículos para explicar la ejecución forzada de las obligaciones de hacer y de no hacer (1998: 450-451).

²⁶⁸ Véase (2022a: 64-69).

²⁶⁹ Se debe resaltar, como ya hemos explicado, que para dicho autor la tutela específica o cumplimiento in natura comprende la posibilidad de utilizar todos los mecanismos en la fase extrajudicial o judicial que permitan al acreedor que pueda obtener aquella prestación que le corresponde realizar al deudor.

al acreedor a emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado) y que se aplica a todo tipo de obligaciones, permitiendo que el acreedor se valga de las “*medidas legales*” reconociendo al *cumplimiento in natura* o a la *tutela específica* en sede material y procesal para las obligaciones de hacer y de no hacer en general incluyendo a las infungibles.

De hecho, el reconocimiento en el numeral 1 del artículo 1219 a la *tutela específica* o *cumplimiento in natura* también es la opinión de Walter Vásquez.

Además, si fuese el caso de que el numeral 1 del artículo 1150 es una norma procesal (que sería heterotópica), de ello no se desprende que necesariamente se deba realizar una interpretación correctiva por un error del legislador en la ubicación sistemática. En efecto, como ya hemos explicado, en el *Codice Civile* italiano de 1942 existen normas procesales referidas a la prueba, ejecución, etc., que han sido ubicadas, por razones de tradición, en dicho cuerpo normativo, y no genera ninguna consecuencia práctica negativa. De ese modo, existen autores como Mandrioli y Carratta que hasta justifican su presencia en el *Codice Civile* italiano (2015: 7).

Esto no es algo ajeno a nuestro propio Código Civil, pues existen claras normas procesales como las contenidas en los artículos VI y VII del título preliminar, sobre interés para obrar e *iura novit curia*, respectivamente²⁷⁰.

De otro lado, es de resaltar también el hecho que en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano de 1984 del año 2019 no se ha realizado ningún cambio en los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158. Solamente, se propuso cambiar el inciso 1 del artículo 1219 señalando esta vez explícitamente que el acreedor puede “exigir al deudor la ejecución de la prestación debida”. En consecuencia, se ha pretendido ser más claro en el reconocimiento del *cumplimiento in natura* o *tutela específica* reconocido como un mecanismo de la tutela del crédito en el numeral 1 del artículo 1219. Sin embargo, no se ha visto la necesidad de modificar los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158 (sobre

²⁷⁰ Sin perjuicio de ello, reflexionar sobre la conveniencia de tal técnica legislativa ya es otra discusión, y en todo caso, lo descrito constituye el dato normativo de nuestro Código Civil.

obligaciones de hacer y de no hacer respectivamente), según entiendo, porque el numeral 1 del artículo 1219, como norma general aplicable a todas las obligaciones, ya reconoce tal preferencia por el *cumplimiento in natura* o *tutela específica*, que podrá incluir tutelas materiales y procesales que permitan al acreedor conseguir la satisfacción de su derecho²⁷¹.

En tal sentido, bien podría entenderse, que, a partir de este segundo sentido interpretativo del sintagma “ejecución forzada” obtenido de los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158, estamos frente a normas jurídicas procesales que constituyen refuerzos a la regulación del proceso de ejecución de obligaciones de hacer y de no hacer Código Procesal Civil de 1993, pues establecen un límite que es el de no aplicar violencia sobre la persona en la técnica de ejecución de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles. Como ya he explicado, esta situación evidentemente no prohíbe el uso de medidas ejecutivas indirectas que busquen la participación del deudor en el cumplimiento de la obligación de hacer y de no hacer infungible a través del uso de técnicas que lo presionen psicológicamente y lo induzcan al cumplimiento.

No obstante, podría aparecer otro cuestionamiento: si se entiende que dicha norma es (solamente) procesal, ¿cuál sería la limitación para evitar que se aplique violencia sobre la persona del deudor en los casos del ejercicio de las pretensiones materiales respecto a obligaciones de hacer y de no hacer (esto es, exigibilidad en sede extrajudicial)? La respuesta se encuentra en el principio general de la prohibición de la autotutela que, en realidad, permite extraer una regla jurídica con un supuesto de hecho y consecuencia jurídica determinadas, que prohíbe valerse de métodos de violencia para conseguir que el deudor cumpla.

²⁷¹ En la exposición de motivos se ha indicado que en la actual regulación de los mecanismos de tutela con los que cuenta el acreedor ante el incumplimiento del deudor se permite obtener: (i) la pretensión de cumplimiento contra el deudor, (ii) la pretensión de cumplimiento respecto de un tercero, (iii) la indemnización de daños y perjuicios (compensatorios o moratorios) y (iv) la pretensión subrogatoria. Asimismo, dicho Anteproyecto ha reconocido que la lista de mecanismos de tutela solo es enunciativa y no se encuentra limitado a aquellos (2019: 210).

A partir de lo mencionado, si entendemos que los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158 se refieren a la categoría doctrinaria de la *ejecución forzada*²⁷² y al límite de no aplicar violencia en su realización, podemos inferir que dichas normas serían de naturaleza procesal aplicables al proceso judicial de ejecución. Por lo tanto, dichas normas procesales serían heterotópicas al estar reguladas en un cuerpo material como el Código Civil de 1984.

Sin embargo, también consideramos que este sentido, aunque plausible, termina siendo insuficiente, puesto que, como lo he señalado, las normas indicadas tienen un antecedente remoto en el *Nemo ad factum praecise cogi potest*, por ello, también deben tener una incidencia sobre aspectos de derecho material como lo es cuál es el remedio material para el incumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer *infungibles* y su subtipo de aquellas vinculadas a la persona y personalidad del deudor como *individuo*.

iii) “Ejecución forzada” como categoría dogmática de la fase de cumplimiento (segunda fase) del diseño del “Proceso Único de Ejecución” peruano regulado en el CPC de 1993

En tercer lugar, un tercer sentido de la categoría “*ejecución forzada*” puede hacer referencia a la categoría dogmática construida según el diseño de la legislación procesal vigente. En este caso, cuando el Código Civil peruano de 1984 fue promulgado estaba vigente el Código de Procedimientos Civiles de 1912 que no tenía un diseño muy diferente al de la estructura originaria del proceso de ejecución del Código Procesal Civil de 1993 ni luego de la reforma del año 2009.

De esa manera, el CPC de 1912 poseía un juicio ejecutivo (así llamado para los títulos extrajudiciales o títulos con *ejecución aparejada* traducción para el término latino *executio parata*) y la ejecución de sentencia (para los títulos judiciales).

²⁷² Inclusive, bien se podría pensar también en otros sentidos, pues no solamente la ejecución forzada sería judicial, sino también en los casos de ejecución forzada extrajudicial (como ejecución de garantía mobiliaria, de títulos de créditos hipotecarios negociables, etc.).

En el primer caso, lo característico, en general, de este proceso ejecutivo era la emisión del *auto de pago* bajo apercibimiento de embargo²⁷³ luego de la presentación de la demanda, la posibilidad de una presentación de la oposición del ejecutado (que permitía proponer todas las excepciones posibles) y que la cognición, a pesar de ser completa, no permitía que se forme la cosa juzgada, pues según el artículo 1083 se podía revisar lo resuelto en un proceso ordinario posterior²⁷⁴. En el caso de la ejecución de sentencia la estructura era similar, ya que, luego de que la sentencia de condena tuviera calidad de cosa juzgada, el juez ordenaba el pago al obligado bajo apercibimiento de embargo²⁷⁵.

Asimismo, en opinión de Eugenia Ariano, si se prescindía de la oposición y la sentencia del juicio ejecutivo (que resolvía la oposición), este mantenía una estructura exactamente igual a la de la ejecución de sentencia. La única gran diferencia radicaría en el artículo 1154 del CPC de 1912 que señalaba que: “Es prohibido al juez executor admitir recurso alguno que entorpezca la ejecución de la sentencia, bajo pena de nulidad y responsabilidad” (1998: 143).

Posteriormente, luego de la emisión del Código Procesal Civil de 1993, en su versión original, a juicio de Ariano, se podía reconocer en su diseño dos fases en el proceso de ejecución: (i) la *fase introductoria* que comprendía a la demanda ejecutiva y al mandato ejecutivo, y (ii) la *fase realizativo-satisfactiva*, dependiendo de si el ejecutado no cumplía con la intimación del mandato ejecutivo, que comprendía los diversos actos del órgano jurisdiccional utilizados para la efectiva realización y satisfacción del interés del acreedor. No obstante, la misma autora reconoce que también existe una fase cognitiva que se forma a partir de la llamada contradicción del ejecutado y que, posteriormente, es resuelta por el juez, pero que no constituiría, en su opinión, parte del proceso ejecutivo en estricto, dado que su naturaleza y función solo constituye a cuestiones cognitivas (1998: 271-272).

²⁷³ Inclusive, este procedimiento alcanzaba a la ejecución de obligaciones de hacer y de no hacer, ya que el juez en el auto de pago debía ordenar al demandado que ejecutara la prestación en un plazo prudencial bajo apercibimiento de embargo. Si no lo cumplía o si iniciada la obra lo abandonaba, el juez trababa el embargo. Posteriormente, el ejecutante podía elegir si prefería la ejecución por tercero, a costa del ejecutado, o por la indemnización de daños y perjuicios (Ariano 1998: 140).

²⁷⁴ (Ariano 1998: 133-136).

²⁷⁵ (Ariano 1998: 142-143).

Posteriormente, luego de la “reforma” del Decreto Legislativo N° 1069, el CPC de 1993 pasó de regular el “proceso ejecutivo” (ejecución de los títulos ejecutivos reconocidos por ley), el “proceso de ejecución de resoluciones judiciales” (ejecución de títulos de ejecución) y el “proceso de ejecución de garantías”, a crear el así llamado “proceso único de ejecución”, uniendo todos los títulos ejecutivos y clasificándolos en judiciales o extrajudiciales, bajo un mismo procedimiento pero que, sin embargo, tiene reglas diferentes según el título a ser ejecutado. En efecto, conforme indica Eugenia Ariano, no es que en el diseño legislativo se haya introducido un “proceso único”, sino, en realidad, solamente generó una transformación terminológica acumulando diversas normas (antes reguladas según el “tipo” del título) en las Disposiciones Generales, manteniéndose, por ejemplo, las reglas de competencias. Además, se eliminó la sentencia que resolvía la contradicción y se le llamó el “auto final” para evitar las anomalías que generaba la antigua denominación como “sentencia”²⁷⁶ (2008: 17).

En tal sentido, este llamado “*Proceso único de ejecución*” continúa siendo un proceso mixto de ejecución y cognición conforme al diseño original (basado en el *processus executivus medieval*) (Ariano 2008: 17).

A partir de todo lo señalado, bien podríamos indicar que la estructura del concepto dogmático “proceso único de ejecución” está conformado por dos fases: (i) una que puede ser llamada de “cognitiva” que comienza con la presentación de la demanda ejecutiva, de la que también forma parte la contradicción (artículo 690-D con la que se discuten aspectos materiales y/o formales del título ejecutivo), las defensas procesales, y que, finalmente, finaliza con la emisión del auto final, (ii) y una segunda etapa (llamada de “*Ejecución Forzada*” artículo 725 y siguientes) en que se realizan los actos de ejecución forzosa en sentido estricto, como, por ejemplo, el remate de un bien inmueble afectado por una medida cautelar fuera del proceso de embargo en forma de inscripción en los Registros Públicos.

²⁷⁶ Justamente, la denominación de sentencia generaba que al plantearse la apelación esta sea concedida “con efecto suspensivo” con la correspondiente demora en la ejecución. Sin embargo, en la actualidad, se presenta el mismo problema, ya que el auto final también en la práctica así se presente una contradicción o no, es apelable “con efecto suspensivo” al entenderse que sería un auto que pone fin al proceso de ejecución cuando, en realidad, solamente forma una parte del mismo, pues faltan los actos de ejecución en sentido estricto.

Cabe señalar que en el caso de una ejecución de título ejecutivo de naturaleza judicial la contradicción está limitada a la alegación del cumplimiento de lo ordenado o su extinción con una prueba instrumental (artículo 690-D). Además, en el caso de la ejecución de sentencia o de cualquier título de naturaleza judicial no se puede equiparar la fase cognitiva previa que correspondería a un proceso de conocimiento que tiene como finalidad exclusiva la declaración de un derecho con la fase cognitiva del “proceso único de ejecución”. En realidad, en la ejecución de títulos ejecutivos de naturaleza judicial, tiene dentro del “proceso único de ejecución” una fase cognitiva limitada a la alegación del cumplimiento o extinción de la obligación y a su prueba instrumental, que, posteriormente, entrará a los actos de ejecución forzada en estricto; pero todo ello conforma la *fase de la ejecución de la sentencia*.

Por ello, cuando el CPC de 1993 se refiere al “proceso único de ejecución”, equivocadamente o no²⁷⁷, se refiere a *toda la actividad ejecutiva* (según el diseño legislativo) que comprende una fase de cognición (con reglas generales y específicas según se trate de ejecución de títulos de naturaleza judicial, extrajudicial o ejecución de garantías) y otra denominada de “ejecución forzada” en que se termina materializando lo dispuesto en la primera fase. De ese modo, la concepción dogmática de nuestro CPC del concepto de “*Ejecución Forzada*” se corresponde con esa segunda etapa o segunda fase en el que se realizan los actos de realización forzosa para satisfacer el interés del acreedor.

Finalmente, en este tercer sentido interpretativo (a diferencia de los otros dos, pues, uno dogmático) de la institución de la “*ejecución forzada*” y el límite planteado en los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158 del CC de 1984 corresponderían a una norma de naturaleza procesal y, por lo tanto, sería también una *heterotópica*.

A pesar de ello, si bien este sentido es plausible de ser entendido, dado que constituiría una regulación que atañe a esta segunda fase del “proceso único de ejecución”, también

²⁷⁷ Y es criticable que un proceso de ejecución no comience por actos ejecutivos en estricto que permitan la materialización del derecho a los hechos. En ese sentido, es criticable que no exista más el embargo ejecutivo, sino, solamente, el embargo preventivo como medida cautelar.

entendemos que sería insuficiente a la luz de los antecedentes normativos de las normas jurídicas mencionadas en la solución material recogida por el “*Nemo ad factum praecise cogi potest*”.

iv) ***El remedio material de la tutela específica para el incumplimiento de obligaciones de hacer y de no hacer infungibles como regla general y la prohibición de la violencia en la “ejecución forzada” como categoría doctrinaria y dogmática (norma híbrida que regula aspectos materiales y procesales)”***

Finalmente, según el cuarto sentido de la institución de la “*ejecución forzada*”, podemos reconstruir una norma de naturaleza híbrida a partir de los antecedentes de los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158 del CC peruano de 1984, y de los desarrollos de los sentidos (i), (ii) y (iii).

Como ya hemos manifestado, en el punto 3.1 y 3.3 del subacápite 3 del acápite anterior, la opinión mayoritaria de la doctrina civilista peruana en relación a las normas indicadas, es que a nivel material ante el incumplimiento de un deudor de una *obligación de hacer y de no hacer infungible*, esta se debería convertir en una indemnización de daños y perjuicios y que, por consiguiente, esta sería incoercible judicialmente. Ello, también se ve reflejado a nivel de la prohibición del uso de técnicas de ejecución que impliquen una violencia como las medidas de ejecución directa sobre la persona del deudor e inclusive las *astreintes* que harían coercible dicho tipo de obligaciones.

Sin embargo, dicha opinión ya ha sido descartada a lo largo de este trabajo, pues no ha seguido la evolución en el propio derecho francés, ni del Derecho Comparado, luego de la emisión del *Code Civil* de 1804 que es en inclinarse en la *tutela específica (primauté de l'exécution in nature)* de las obligaciones de hacer y de no hacer, en general.

Por lo tanto, en realidad, en nuestro Código Civil sí que se garantiza una *tutela específica de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles* a través de la cláusula general del numeral 1 del artículo 1219 que permite utilizar las medidas legales pertinentes (tutelas materiales y/o

procesales) y de las propias normas reconocidas en los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158 del CC de 1984. Esto constituye precisamente el remedio material.

Ahora bien, respecto al caso del subtipo de las *obligaciones de hacer y de no hacer infungibles* vinculadas a la *persona y personalidad del deudor como individuo*, si bien existe una tendencia en el Derecho Comparado a hacer incoercibles las prestaciones de hacer y de no hacer de dicha naturaleza, nuestro CC no contiene ninguna norma en tal sentido. En todo caso, en todo caso tendría que ser tarea de un órgano jurisdiccional y/o arbitral²⁷⁸ que proponga razones constitucionales y/o legales (la dignidad humana, la libertad individual, etc.) para construir tal prohibición y la salida del remedio material de la indemnización de daños y/o perjuicios, que debe ser siempre *excepcional*, en caso el acreedor solicitase el cumplimiento *in natura*.

Este límite del numeral 1 del artículo 1150 y 1158, que sí tiene sus orígenes remotos en el *Nemo potest praecise cogi ad factum*, en una perspectiva actual conforme a una tutela específica como protección de las situaciones jurídicas de los sujetos de derecho establecidas en las normas de derecho material y derecho procesal (tutela de derechos otorgadas por el ordenamiento jurídico), a la tutela jurisdiccional efectiva, adecuada y oportuna, y la dignidad humana como principio/derecho base del Estado constitucional de Derecho, solamente prohíbe como límite natural que no se pueda utilizar en el proceso, de acuerdo a la mencionada norma, mecanismos que utilicen el cuerpo del obligado contra su voluntad a través de medios ejecutivos directos (que se dirijan de forma directa sobre el cuerpo del deudor).

Asimismo, no sería posible aplicar medios ejecutivos directos que conviertan a una persona en un objeto (como límite de corte ético-jurídico). Ello además se replica en el ejercicio de la pretensión material en la fase extrajudicial prohibiéndose el uso de la violencia física y/o psicológica²⁷⁹ en virtud del principio de la autotutela.

²⁷⁸ Por ejemplo, la Corte Suprema peruana, a través de un Pleno Casatorio, podría inclinarse a dicha solución respecto a casos determinados vinculados a la persona y personalidad del deudor como un subtipo de *obligaciones de hacer y de no hacer infungibles* vinculadas a la *persona y personalidad* del deudor como *individuo*.

²⁷⁹ Y esta prohibición se replica, por fuerza de la prohibición de la autotutela y la dignidad humana en un Estado Constitucional de Derecho, sobre el uso de la pretensión material hacia el deudor en sede

De ese modo, se entendería que dichas normas también tienen una incidencia en un hecho jurídico procesal (la *ejecución forzada* ante el incumplimiento de la sentencia condenatoria o título ejecutivo extrajudicial que contienen las prestaciones de dar, hacer y de no hacer), a través del establecimiento de un límite que es no aplicar la violencia sobre la persona del deudor *en sede judicial*, lo cual impacta claramente en el procedimiento de *ejecución forzada* de las obligaciones de hacer y de no hacer, sobre todo, infungibles. Por tanto, se impone un deber al juez, como uno de los sujetos de la relación jurídica procesal, de no emplear ningún medio ejecutivo que pueda llevar a este tipo de violencia, precisamente porque la tutela material reconocida al acreedor por el sistema jurídico (y confirmada por su propia sentencia o por un documento privilegiado – título ejecutivo) excluye estos supuestos. Hay, pues, una prohibición que opera, en este caso, *exclusivamente en el ámbito procesal* y, aún más concretamente, en el ámbito de la *ejecución forzada*, esto es, al momento del cumplimiento de la sentencia o inclusive en el contexto de la fase de cumplimiento del “proceso único de ejecución”.

De lo dicho hasta el momento, de los numerales 1 del artículo 1150 y 1158, y el principio de prohibición de autotutela, para los casos de obligaciones de hacer y de no hacer infungibles se puede extraer dos reglas jurídicas a partir de dichos enunciados normativos, con un supuesto de hecho determinado y una consecuencia determinada²⁸⁰:

Respecto al remedio material:

- SH: Cuando el acreedor solicite la ejecución del hecho prometido (obligaciones de hacer y de no hacer infungibles),

extrajudicial, pues no se puede exigir de manera violenta buscando coaccionar al deudor a que pueda cumplir contra su voluntad. Evidentemente, el mismo ordenamiento jurídico puede exceptuar esta prohibición de la autotutela para casos de ejercicio de una pretensión material tal es el caso del artículo 920 del CC de 1984 sobre defensa posesoria extrajudicial sin que, en dicho caso ni siquiera se permita el uso de la fuerza de manera indiscriminada (sino proporcional a las circunstancias). Además, nótese que en el marco de dicho artículo no existe la finalidad de coaccionar al deudor a que pueda realizar una prestación de hacer y de no hacer.

²⁸⁰ Son reglas jurídicas aquellas normas que puede ser cumplidas o no. Por lo tanto, si la regla es válida, entonces debe hacer lo que exactamente ella exige. De ese modo, las reglas contienen en el supuesto de hecho determinaciones fácticas y jurídicas, con una consecuencia jurídica también determinada (Alexy 2012: 68).

- CJ: Podrá obtener la *tutela específica* o cumplimiento *in natura* siempre que no sea necesario aplicar la violencia.

Respecto al límite en el proceso de ejecución:

- SH: Cuando el acreedor solicite la ejecución forzada del hecho prometido (las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles),
- CJ: No se podrá utilizar medios ejecutivos que requieran la violencia directa sobre la persona del deudor.

De lo mencionado, se desprende una *norma híbrida*, puesto que tendría una incidencia sobre aspectos del derecho material (generar que el remedio material o tutela material sea la *tutela específica* para el caso de *obligaciones de hacer y de no hacer infungibles* como regla general) y del derecho procesal (la prohibición de técnicas en la “*Ejecución forzada*” como categoría doctrinaria y dogmática que sean directas sobre la persona del deudor, mas no técnicas de ejecución indirecta como las *astreintes*).

Pero no sólo ello. Tal como he tenido oportunidad de explicar al momento de abordar lo concerniente a la despatrimonialización del derecho civil y las relaciones entre derecho material y derecho procesal, la existencia de un *régimen material* en donde se privilegia la tutela específica en el caso de las obligaciones de hacer y no hacer infungibles (en este caso, a través de una adecuada interpretación del sintagma “medidas legales” del numeral 1 del artículo 1219) también permite comprender, al menos, que las normas procesales deben conformarse de manera a prever los medios ejecutivos más adecuados para satisfacer las pretensiones materiales llevadas a juicio. Así, en su faceta de una norma material que regula la tutela (material) del derecho de crédito frente al incumplimiento de tales obligaciones, existe una *irradiación* en la conformación de la legislación procesal, tanto a nivel del diseño legislativo como del empleo, por parte del juez, de las técnicas procesales adecuadas para la tutela del derecho.

Por tanto, en mi opinión, es este el sentido interpretativo de “*ejecución forzada*” más acorde: uno que permita revelar, con mayor claridad, (1) la disciplina material de la tutela del crédito en las obligaciones de hacer y no hacer; (2) el límite de aplicar violencia sobre la persona del deudor en su realización, tanto en la fase extrajudicial como en la extrajudicial; y, *simultáneamente*, (3) el deber de estructuración de las normas procesales para la materialización efectiva de aquella tutela.

IV. CONCLUSIONES

Es fundamental un diálogo entre lo que disciplina el derecho material y el derecho procesal a efectos de reconocer la interacción entre la tutela material (remedios) y las tutelas procesales (por ejemplo, las técnicas de ejecución adecuada para ciertos tipos de derechos). A lo largo de este trabajo, se ha podido notar que, al menos, en la doctrina nacional no se ha evaluado de manera adecuada si el viejo adagio del *nemo ad factum praecise cogi potest*, concerniente a la tutela del crédito de las obligaciones de hacer y de no hacer infungibles, tenía un alcance solamente sobre aspectos materiales y/o aspectos procesales o solamente sobre uno de ellos.

En ese contexto, también es transcendental entender que el fenómeno de la despatrimonialización en el derecho civil (esto es, la postura de que existen ciertos derechos que no soportan una tutela meramente monetaria) ha permitido entender que la tendencia actual en los ordenamientos jurídicos, como es el caso del peruano, apunta hacia una *tutela específica* o cumplimiento *in natura*, sin perjuicio de que algunas legislaciones contemplen excepciones a dicha tutela material.

Dicha tendencia se replica en la tutela jurisdiccional de los derechos (e inclusive la tutela de los derechos más allá del proceso judicial). Es, pues, en el Derecho Procesal que esa búsqueda de la *tutela específica* garantizada por el derecho material ha llevado a que se piense en una *tutela jurisdiccional efectiva, adecuada y oportuna* medido bajo el estándar de una idea de la *mayor coincidencia posible* entre lo establecido en el derecho material y el derecho procesal, una idea de un *proceso civil de resultados* y sobre todo, en general, que el justiciable *pueda obtener lo que el derecho material le ha prometido* tal como planteaba Chiovenda.

Justamente, la relación de instrumentalidad y de circularidad entre ambas disciplinas consiste en que el Derecho Procesal garantice, ni más ni menos, a través de sus técnicas procesales lo establecido en el derecho material.

Finalmente, en el análisis y búsqueda de un adecuado entendimiento del numeral 1 de los artículos 1150 y 1158 del CC de 1984, entendemos que estamos ante una norma de naturaleza *híbrida* pues regula aspectos de derecho material y de derecho procesal. En tal sentido, a la luz de sus antecedentes en el *nemo ad factum praecise cogi potest*, respecto al remedio material se debe entender que como regla general se permite una tutela específica para el incumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer de tipo infungible. Ahora bien, y ya respecto al subtipo de aquellas vinculadas a la persona y personalidad del deudor como individuo en nuestro ordenamiento jurídico no se establece expresamente su incoercibilidad, en todo caso, dicha solución deberá ser una respuesta de un órgano jurisdiccional u arbitral que se inclinen a ello a partir de la valoración de derechos fundamentales del deudor como la dignidad humana, la libertad humana, etc. Asimismo, a la luz de la prohibición de autotutela es en el ejercicio de la pretensión material (fase extrajudicial) que no se puede hacer uso de la violencia para forzar al deudor al cumplimiento *in natura*.

Por otra parte, y ya en lo concerniente a la *ejecución forzada* como un categoría doctrinaria del Derecho Procesal y dogmática (como la segunda fase de realización de los derechos en estricto regulada en nuestro CPC de 1993) recogida por los numerales 1 de los artículos 1150 y 1158 del CC de 1984, está prohibida la violencia que permite que el juez se valga de medidas de ejecución directa sobre la persona (en su entidad corporal); no obstante, esta prohibición del *nemo ad factum praecise cogi potest*, conforme a la evolución del propio derecho francés, no puede de ningún modo significar la prohibición de medidas de ejecución indirecta que busquen disuadir al deudor al cumplimiento en específico como las *astreintes*.

V. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinarias

- ALEXY, Robert (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. 2a ed. (trad. Carlos Bernal Pulido). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- AMARAL, Guilherme Rizzo (2010). *As astreintes e o processo civil brasileiro: Multa do artigo 461 do CPC e outras*. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- ARA, Ignacio (2004). Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados. *Anuario de filosofía del derecho*, N° 21, pp. 107-124.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217046>
- ARIANO Deho, Eugenia (1998). *El proceso de ejecución*, reimpresión-mayo. Lima: Editorial Rodhas.
- _____(2003). ¿Una «astreinte» endoprosesal? (Reflexiones sobre las multas coercitivas del art. 53 CPC). *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores, p. 383-395.
- _____(2003a). ¿Proceso o procesos de ejecución? *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores, p. 327-332.
- _____(2008). Las reformas del Decreto Legislativo N° 1069: un pseudo “proceso único de ejecución”. *Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces*. Tomo 176, julio 2008. Lima: Gaceta Jurídica, p. 15-17.
- _____(2015). Apuntes sobre las medidas coercitivas. *Ejecución de sentencia* (coord.: Federico Mesinas). Lima: Instituto Pacífico, p. 95-129.
- ASSIS, Araken De (2016). *Manual da execução*. 18a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- BAPTISTA, Ovídio Da Silva (2002). *Curso de Processo Civil: Execução obrigacional, Execução real e Ações mandamentais*, vol. 2. 5a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- BARCHI, Luciano (2000). La importancia de hacer cumplir los contratos: los remedios generales frente a la lesión del derecho de crédito. *Temas de Derecho: Homenaje a José León Barandiarán*, tomo I, Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú: Lima, p. 445-462.
- BASADRE AYULO, Jorge (1992). Notas sobre el proceso de codificación civil en el Perú en el siglo XIX: El Código Civil de 1852, Las Transformaciones del Derecho Civil peruano a partir de 1852. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 17, p. 147-156. Consulta: 29 de junio de 2021.
- BENEDUZI, Renato (2018). *Introdução ao processo civil alemão*. 2a ed. Salvador: Juspodivm.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2012). Estudio introductorio. *En: Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy* (trad. Carlos Bernal Pulido). 2a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- BEVILAQUA, Clóvis (1896). *Direito das obrigações*. Salvador: Livraria Magalhães.
- BORDA, Guillermo (1983). *Tratado de derecho civil: obligaciones*, Tomo I, 5a ed. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- CABRAL, Antonio Do Passo (2021). Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. *Civil Procedure Review*, V. 12, N° 2: maio-agosto, p. 69-102.

- CÂMARA, Alexandre Freitas (2016). O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC. *Revista Diálogos*, vol.2, N° 1, p. 84-94.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio (1957). *Instituciones de derecho civil: el derecho de las obligaciones, teoría general de las obligaciones*, Tomo I. Lima: P.L. Villanueva.
- _____(1963). *El derecho de las obligaciones, efecto de las obligaciones*, Tomo II. 5a ed. Lima: UNMSM, Facultad de Derecho.
- CAVANI, Renzo (2014). ¿Qué es la tutela inhibitoria? *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 8, p. 173-190.
- CHABAS, François (2011). L'astreinte en droit français. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 2, p. 1-6. Consulta: 5 de febrero de 2021.
<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/Chabas-Lastreinte.pdf>
- CHIARLIONI, Sergio (2005). *Medidas coercitivas y tutela de los derechos*. Lima: Palestra.
- _____(2012). Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c. *Il libro del diritto dell'anno: Diritto Processuale Civile, a cura di Antonio Carratta e Pasquale D'Ascola*. Roma: Treccani, p. 1-7.
- CHIOVENDA, Giuseppe (1922). *Principios de derecho procesal civil*, tomo I (trad. José Casáis y Santaló de la tercera edición italiana). Madrid: Editorial Reus.
- CORDRAY, Margaret M. (1998). Contempt sanctions and the excessive fines clause. *North Carolina Law Review*, vol. 76, p. 408-462.
- COSTA, Dilvanir José da (2000). As obrigações de dar, fazer e não fazer e as formas de sua execução. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, N° 38, p. 117-144.
- COUTURE, Eduardo (2016). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Cuarta Edición (Quinta reimpresión). Montevideo: B de F.
- DELGADO, Christian (2015). Contribución al estudio de las astreintes en el proceso civil peruano: reflexiones críticas y propuestas. *Proceso y Constitución: Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales, Ponencias del cuarto seminario internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución* (coord.: Giovanni Priori). Lima: Palestra, p. 775-794.
- _____(2017). De la inadecuación procedimental en la ejecución de obligaciones de hacer y no hacer en el Código Procesal Civil peruano. *Proceso y Constitución: Derecho material y proceso, el modo cómo el proceso se adecua a la tutela del derecho material, Ponencias del séptimo seminario internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución* (coord.: Giovanni Priori). Lima: Palestra, p. 315-333.
- DEMOGUE, René (1923). *Traité des obligations : en général*. Tome I. Paris : Librairie Arthur Rousseau.
- DE ROSSI, Michele (1934). *Il contempt of court e la specific performance nel diritto inglese: studio storico e comparato con particolare riferimento ad alcune forme applicabili per l'incremento della legislazione processuale italiana*. Ferri: Roma.
- DE TRAZEGNIES, Fernando (2008). Presencia del Código Napoleón en el Perú: Los conflictos entre tradición y modernización. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 20, p. 249-271.
- DIDIER JR. Fredie (2010). Cláusulas generales procesales (trad. Renzo Cavani). *Revista Jurídica del Perú*, tomo 112, p. 253-261.
- _____; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo; BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael Alexandria de (2017). *Curso de Direito Processual Civil: Execução*, vol. 5. 7a ed. Salvador: JusPodivm.

- _____(2018). *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento*, vol. 1, 20a ed. Salvador: JusPodivm.
- DI CIOMMO, Tiziana (2019). La ejecución de condena personalísima: análisis del art. 709 LEC. *Justicia*, N° 01, p. 321-357.
- DÍEZ-PICAZO, Luis & GULLON, Antonio (1992). *Sistema de Derecho Civil: El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos. Enriquecimiento sin causas y responsabilidad extracontractual*. Vol. II. 6ª ed, 2ª reimpresión. Madrid: Editorial Tecnos.
- DI MAJO (2003). *La tutela civile dei diritti*. 4a ed riveduta e aggiornata. Milano: Giuffrè editore.
- DINAMARCO, Cândido Rangel (2009). *Instituições de direito processual civil: Execução forçada e cumprimento de sentença*. Vol. 4. 3a ed. São Paulo: Malheiros Editores.
- _____(2009a). *A instrumentalidade do processo*. 14a ed. São Paulo: Malheiros Editores.
- _____; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos (2016). *Teoria geral do novo processo civil*. 1a ed. São Paulo: Malheiros Editores.
- ESPINOZA, Juan (2003). Comentario al artículo 17 del Código Civil. *Código civil comentado: Comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil*, Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 135-138.
- _____(2017). *Introducción al derecho de las obligaciones*. Lima: Instituto Pacífico.
- EUROPEAN UNION (2002). *The Principles of European Contract Law 2022 (Parts I, II and III)*. Consulta: 3 de abril de 2022.
https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_128
- FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson (2017). *Curso de direito civil: obrigações*. 11ª ed. Salvador: JusPodivm.
- FERNÁNDEZ, Gastón (1994). La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto. *Themis* N° 27-28, p. 41-56.
- FERRERO, Raúl (2000). *Curso de Derecho de las obligaciones*. 3ª ed. Lima: Grijley.
- FRANÇOIS, Clément (2016). Présentation des articles 1221 à 1222 de la nouvelle sous-section 2 “L’exécution forcée en nature”. *La réforme du droit des contrats présentée par l’IEJ de Paris I*. Consulta : 24 de mayo de 2021.
<https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect2-execution-forceee/>
- GIABARDO, Carlo Vittorio (2016). Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile: un’indagine di diritto comparato. *Tesi di Dottorato in «Diritto, Persona e Mercato»* della Scuola di Giurisprudenza della Università degli Studi di Torino.
- _____(2016a). Efectividad de la tutela jurisdiccional, medidas coercitivas y papel del juez en la comparación entre civil law y common law: la experiencia inglesa. *Debatiendo con Taruffo* (coord.: Jordi Ferrer Beltrán & Carmen Vásquez). Madrid: Marcial Pons, p. 87-101.
- _____(2022). *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile: un’indagine di diritto comparato*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- GRUPO DE TRABAJO DE REVISIÓN Y MEJORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984 (2019). *Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano de 1984*. Lima. Consulta: 2 de agosto de 2022.
<https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Anteproyecto-de-Reforma-al-C%C3%B3digo-Civil-Peruano->

[Legis.pe .pdf?fbclid=IwAR35kM_4DKRclgil0kf123aZWVxH461cvMOZsFG1q3O2PdXTInrSm1q_xF0](#)

- GOMES, Orlando (2008). *Obrigações*. 17ª ed., Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002 e com a Lei de Falência de 2005 por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Gen-Editora Forense.
- GUERRA, Marcelo Lima (1998). *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GUZMAN, Alejandro (2004). La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas. *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855: influencias, confluencias y divergencias: escritos en conmemoración del bicentenario del Código Civil francés, Cuadernos de Extensión Jurídica 9* (editores: Ian Henríquez & Hernán Corral). Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, p. 17-50.
- HALLEBEEK, Jan (2013). Cumplimiento forzoso de las obligaciones de hacer: dos ejemplos de la tradición romanística. *GLOSSAE: European Journal of Legal History*, N° 10, p. 215-225.
- HILL, Flávia Pereira (2015). Comentários à execução das obrigações de fazer e não fazer no novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 15, p. 165-194.
- HOBBSAWM, Eric (2009). *La era de la revolución 1789-1848*. 6a ed. Buenos Aires: Crítica.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT) (2016). *Unidroit principles of international commercial contracts*. Consulta: 4 de julio de 2022.
<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>
- LAITHIER, Yves- Marie (2009). The enforcement of contractual obligations: a French perspective. *Reforming the French Law of Obligations: Comparative reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')*, (edited by John Cartwright & others). Portland: Hart Publishing, p. 123-137.
- LEDESMA, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil artículo por artículo. 1a edición. Tomo III*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 460-479.
- LEÓN BARANDIARÁN, José (1992). *Tratado de derecho civil: las obligaciones*, Tomo III, Vol. I. Lima: WG-editor.
- LEÓN, Leysser (2007). Por un nuevo derecho de obligaciones. *Derecho de las relaciones: Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*. Lima: Jurista Editores, p. 23-28.
- LLAMBIAS, Jorge Joaquín; RAFFO, Patricio & SASSOT, Rafael. A (1997). *Manual de derecho civil: Obligaciones*. 11ª ed. Buenos Aires: Perrot.
- LIEBMAN, Enrico Tullio (1962). Norme processuali nel codice civile. *Problemi del processo civile*. Napoli: Ed. Morano, p. 155-173.
- ____ (1980). *Processo de execução: Notas de atualização, nos termos de Código de Processo Civil de 1973 pelo professor Joaquim Munhoz de Mello*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva.
- LIVINGSTON, Margit (2000). Disobedience and contempt. *Washington Law Review*, vol. 75, p. 345- 427.
- MACHADO, José (1898). *Exposición y comentario del Código Civil Argentino: conteniendo la edición oficial y las notas del Dr. Vélez Sarsfield; la aplicación de los fallos de la Suprema Corte Nacional, los de las cámaras de apelación de la capital, y un estudio sobre la ley del registro civil*. Tomo II. Buenos Aires: Félix Lajouane (editor).

- MANDRIOLI, Crisanto & CARRATTA Antonio (2015). *Corso di diritto processuale civile: L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, l'arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*. Tomo III. Dodicesima edizione. Torino: G. Giappichelli Editore.
- MANRIQUE DE LARA, Julio (2001). La ejecución forzosa de la obligación de hacer infungible. *Anuario de derecho civil*, vol. 54, N° 3, p. 1165-1224.
- MARCADÉ, Victor-Napoleón (1892). *Explication théorique et pratique du Code Civil : contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*. Tome Quatrième (4). Paris : J. Delamotte Éditeur.
- MARINONI, Luiz Guilherme (2010). *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais
- _____(2014). Derecho fundamental a los medios ejecutivos adecuados. *Proceso y Constitución: Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales, Ponencias del cuarto seminario internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución* (coord.: Giovanni Priori). Lima: Palestra, p. 25-43.
- _____; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (2015). *Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. 2, 3a tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MARTINS-COSTA, Judith (2000). *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- MILLER, Lucinda (2009). The enforcement of contractual obligations: comparative observations on the notion of performance. *Reforming the French Law of Obligations: Comparative reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')* (edited by John Cartwright & others). Portland: Hart Publishing, p. 141-165.
- MITIDIERO, Daniel (2016). El procesalismo y la formación del Código Buzaid (trad. Renzo Cavani). *La justicia civil en el Estado Constitucional: Diálogos para un diagnóstico*. Lima: Palestra, p. 17-47.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa (1980). A tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Temas do direito processual 2ª série*. São Paulo: Saraiva, p. 30-45.
- _____(1989). Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. *Temas de direito processual 4ª série*. São Paulo: Saraiva, p. 215-240.
- _____(2012). *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29ª Ed. Rio de Janeiro: Forense.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis (2016). *Derecho de obligaciones*, Tomo I: con referencias a la doctrina y legislación peruana por Manuel Muro Rojo. Lima: Gaceta Jurídica.
- MONROY GÁLVEZ, Juan & MONROY PALACIOS, Juan (2001). Del mito de la tutela ordinaria a la tutela diferenciada: apuntes iniciales. *Revista peruana de derecho procesal*, IV, p. 157-180.
- _____(2014). La ejecución de obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer en el siglo del vértigo. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, vol. 5, p. 1-45.
- _____(2017). La ejecución de obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer en el siglo del vértigo. *Temas de Derecho Procesal*, 2. Lima: Communitas, p. 116-203.
- MONROY Palacios, Juan José (2004). Cinco temas polémicos en el proceso civil peruano. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra, p. 227-272.
- MORALES, Rómulo (2010). Las patologías y los remedios del contrato. *Tesis de doctorado en derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima.

- MONTERO AROCA, Juan (2014). *El proceso civil: los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- _____, GÓMEZ, Juan & BARONA, Silvia (2014a). *Derecho Jurisdiccional I: Parte General*. 22a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (2008). *Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional* (trad. Juan José Monroy Palacios). Lima: Communitas.
- OSTERLING, Felipe (2007). *Las obligaciones*. 8a ed. Lima: Editora Girjley
- _____, & CASTILLO Freyre, Mario (2008). *Compendio de derecho de obligaciones*. Lima: Palestra.
- _____ (2015). Exposición de motivos y comentario al Libro VI (Obligaciones) del Código Civil peruano. *Código Civil, exposición de motivos y comentarios (compilado por Delia Revoredo*, Tomo V, Tercera parte. 2a ed. Lima: Thomsom Reuters
- PALACIO, Gustavo (2002). *Las obligaciones en el derecho civil peruano*. 32a ed. Lima: Editorial Huallaga.
- PEREIRA, Caio Mário (2020). *Instituições de direito civil: Teoria geral das obrigações*, vol. 2, 32a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- PEREIRA, Rafael Caselli (2021). *A multa judicial (astreinte) e o CPC/2015: Visão teórica, prática e jurisprudencial*, 3a ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado.
- PÉREZ-RAGONE, Álvaro (2014). ¿«Nemo praecisi coegit ad factum»? Reinterpretación desde la tutela ejecutiva efectiva de las obligaciones no dinerarias. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 43, p. 355-383.
- PLANIOL, Marcel (1902). *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit : Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats et privilèges et hypothèques*, tome deuxième, 2^a Edition. Paris : Librairie Cotillon.
- _____ (1904). *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit : Principes généraux, les personnes, la famille – Les incapables, Les biens*, tome premier, 3^a Edition. Paris : Librairie Cotillon.
- PRIORI, Giovanni (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales. *Ius Et Veritas*, año 13, N° 26, p. 273- 292.
- _____ (2004). Reflexiones en torno al artículo 1219 del Código Civil. *Foro Jurídico*, N°3, p. 132-137.
- _____ (2014). Lineamientos para la tutela del derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional. *Proceso y Constitución: Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales, Ponencias del cuarto seminario internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución* (coord.: Giovanni Priori). Lima: Palestra, p. 173-183.
- PROTO Pisani, Andrea (2014). *Lezioni di diritto processuale civile*. 29a ed. Napoli: Jovene Editore.
- _____ (2014a). *La tutela jurisdiccional* (trad. Eugenia Ariano & otros). Lima: Palestra.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (2016). *Tratado das ações: Ação, classificação e eficácia*, Tomo I. Atualizado por Nelson Nery Junior & Georges Abboud. São Paulo: Revista dos tribunais.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie (2014). *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil* (traduc. Adela Mora). Madrid: Figuerola Institute of History and Social Sciences.
- POTHIER, Robert Joseph (1764). *Traité des obligations, selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Tome premier. Paris : Debure l'ainé.
- RENAULT-BRAHISNKY, Corinne (2019). *Droit des obligations*. Paris : Gualino.

- SANTOS, Moacyr Amaral (1999). *Primeiras linhas de direito processual civil*, Vol. 3, 18a ed. São Paulo: Saraiva.
- SEVERIN, Gonzalo (2016). El cumplimiento específico de los contratos de servicio en el derecho español: perspectivas sustantiva y procesal. *Revista de Derecho Privado*, N° 30, Valparaíso, p. 171-219.
- SIMONS, Adrián (2010). El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales. *Themis* N° 58, p. 81-98.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE & RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (2009). *Principles, definitions and model rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition*, (edited by Cristian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke & others). Munich: Sellier. European law publishers. Consulta: 4 de julio de 2022.
https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf
- SOSA, Juan Manuel (2018). *Acceso a la justicia constitucional: procedencia del amparo y del recurso de agravio constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- TABOADA, Lizardo (2015). *Elementos de la responsabilidad: comentarios a las normas dedicadas por el código civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual*. 3a ed (2013), primera reimpresión: mayo 2015.
- TALAMINI, Eduardo (2003). *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)*. 2a ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- THEODORO JR., Humberto (2000). *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Processo Cautelar*, Vol. II, 28ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- _____(2001). Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, N° 20, p. 89-129.
- _____(2007). O novo código civil e as regras heterotópicas de natureza processual. *Reflexos do novo código civil no direito processual* (Organizadores: Fredie Didier Jr. & Rodrigo Mazzei). 2a ed. Salvador: Juspodivm, p. 139-157.
- Universidad Nacional de San Luis.
¿Qué es un Digesto? Consulta: 18 de marzo de 2022.
<http://digesto.unsl.edu.ar/digesto.html>
- VÁSQUEZ, Walter (2022). Comentario al artículo 1149 del Código Civil peruano. *Nuevo Comentario del Código Civil peruano, Derecho de Obligaciones* (Segunda Parte) (dirigido por Juan Espinoza E.), Tomo VII. Lima: Instituto Pacífico, p. 42-56.
- _____(2022a). Comentario al artículo 1150 del Código Civil peruano. *Nuevo Comentario del Código Civil peruano, Derecho de Obligaciones* (Segunda Parte) (dirigido por Juan Espinoza E.), Tomo VII. Lima: Instituto Pacífico, p. 56-103.
- ZUFELATO, Camilo (2014). Lineamientos generales de la tutela ejecutiva de las obligaciones específicas en el derecho procesal civil brasileiro. *Proceso y Constitución: Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales*, Ponencias del cuarto seminario internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución (coord.: Giovanni Priori). Lima: Palestra, p. 755-767.

Fuentes jurisprudenciales

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011). *Caso Mejía Idrovo vs Ecuador*. Consulta: 15 de julio de 2022.

Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_228_esp.pdf

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (1997). *Case of Hornsby v. Greece*. Consulta: 15 de julio de 2022

<https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-58020>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2004). Caso Acción de Inconstitucionalidad del Colegio de Abogados de Ica, Defensoría del Pueblo (Acumulados). Sentencia de fecha 29 de enero de 2004 (Exp. N° 015-2001-AI/TC y acumulados).

____ (2005). Caso recurso de agravio constitucional de Bryson Barrenechea. Sentencia de fecha 29 de agosto de 2005 (Expediente N° 4119-2005-PA/TC).

