



RACIONALIZACIÓN DEL *ASTREINTE* PARA OBTENER TUTELAS ESPECÍFICAS BAJO LA PERSPECTIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SATISFACCIÓN Y LA ATIPICIDAD EJECUTIVA

Vitor Henrique Melo de Albuquerque¹

Resumen: El presente trabajo es parte del nuevo modelo de flexibilidad procesal que busca dar a la función jurisdiccional poderes suficientes para garantizar la efectividad de una actividad satisfactoria. Considerando la multa coercitiva como un instrumento para lograr el derecho fundamental a la efectividad de una protección judicial adecuada, el análisis pretende alertar a los operadores del derecho sobre la necesidad de racionalizar su aplicabilidad en el caso específico, en vista de la atipicidad ejecutiva y la búsqueda de tutela específica. Para ello, se utilizó una colección doctrinal especializada en virtud de la cual fue posible concluir, a través de los conceptos y líneas teóricas extraídas, que la multa objeto de comentario tiene varios aspectos que merecen ajustarse mejor caso por caso.

Palabras clave: Efectividad; Multa coercitiva; Tutela específica; Atipicidad.

1. INTRODUCCIÓN

El estudio en torno de la ejecución siempre guardó preocupaciones en lo que se refiere a la obtención de las obligaciones que dependen de alguna conducta del responsable. Es que por mucho tiempo el proceso civil de origen liberal se preocupó, en gran justeza, por las libertades de los individuos y los límites que el Estado podría alcanzar en la esfera jurídica de cada uno. Consecuentemente, las prestaciones que dependían de acción solían consumarse en daños y perjuicios, exigiéndose la reparación en dinero.

Sin embargo, con la nueva gama de derechos que fue siendo desarrollada, con énfasis en el carácter social y democrático dentro de la coyuntura de guerras y de perfeccionamiento de las constituciones, se fue comprendiendo que la tutela jurisdiccional adecuada también consistía en objetivo a ser resguardado por el proceso, pues el instrumento debería ser capaz de transformar la realidad para, finalmente, materializar el derecho substancial. En ese sentido, la tutela específica surge como resultado de la valorización del actor, emplazándolo como poseedor de verdadero derecho fundamental a la efectividad de la tutela adecuada.

A pesar que el progreso haya acontecido históricamente, el nuevo Código Procesal Civil brasileño fue definitorio, pues definió la ejecución como atípica, flexibilizando aún más la aplicación de las técnicas disponibles y permitiendo la creatividad jurisdiccional, así como potenció terminantemente la efectividad de la actividad satisfactoria como una de las finalidades precipuas del debido proceso legal.

¹ Magíster en Derecho Público por la Universidade Federal de Alagoas, en línea con los fundamentos constitucionales del derecho privado y el derecho procesal. Correo electrónico: vitor.henrique0109@gmail.com

Por otro lado, la multa coercitiva, también conocida como *astreinte*, constituye una antigua técnica ejecutiva desarrollada justamente con el fin de coaccionar un individuo a cumplir una determinada orden, a fin de superar su deliberado carácter recalcitrante. Sin embargo, en una sistematización procesal flexible, en valor de la ejecución atípica y de realce del derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional adecuada, también la *astreinte* debe ser revista para que tenga lugar su racionalización concreta.

Con esa aspiración, serán abordados inicialmente los lineamientos de la tutela específica en el CPC/15 y luego explorada la reafirmación de la multa como instrumento del derecho fundamental a la efectividad de la tutela satisfactoria. Al final, se examinará de qué modo la *astreinte* debe ser racionalizada bajo la égida de una ejecución atípica, haciéndose necesario investigar los aspectos que la envuelvan y que precisan ser moldeados delante de cada situación presentada, a fin de alcanzar el mejor éxito posible y que la ejecución pueda, por lo tanto, alcanzar el fin que ella se propone, que es de satisfacer al actor sin agredir injustamente el orden jurídico.

2. LINEAMIENTOS DE LA TUTELA ESPECÍFICA EN EL CPC/15

Es de notorio conocimiento que el orden jurídico instaurado en el seno social tiene la finalidad fundamental de establecer conductas comisivas u omisivas de los individuos y de las colectividades, con el fin de preservar la sociedad como un todo y promover aspectos que no serían alcanzados libremente. En tal sentido, en términos extremadamente simplificados, el proceso será responsable por la instrumentalización hábil para efectuar, reconocer o constituir las situaciones jurídicas dispuestas por el derecho substantivo.

En la categorización de las obligaciones correspondientes al deudor ante la sistematización normativa, aquellas que dependen de la propia postura del obligado causan “mayores trastornos al acreedor, cuando se enfrenta con incumplimiento” (VENOSA, 2017, p. 81). Esto es fácilmente factible porque si el cumplimiento depende, muchas veces necesariamente, del alcance de una conducta individual, ya que la relación tiene por objeto prestación de acción, significa que solo restan dos opciones: o el acreedor se contenta con algo que lo satisfaga de forma equivalente, o el proceso debe disponer de técnicas suficientes para que se permita alcanzar la ejecución específica. Y es sobre esta segunda alternativa que los problemas se presentan considerablemente.

En síntesis, la disposición de la tutela específica tiene por objeto ofrecer exactamente el cumplimiento obligacional ignorado por el deudor y contenido en el título ejecutivo, satisfaciéndole concreta e igualmente lo que sería obtenido si el obligado no cumpliera voluntariamente. Consiguientemente, “se distingue de la noción de ejecución genérica o substitutiva, que tiene la finalidad de alcanzar una obtención de dinero del valor equivalente a la obligación debida, que sería satisfactoriamente substituida” (RODRIGUES, 2006, p. 115). Sobre ese punto, se entiende que la perspectiva de la tutela procesal debe conformar las necesidades del

derecho material, de modo que las técnicas instrumentales atiendan a la misión constitucional de tutelar efectivamente los derechos. (MARINONI, 2019, p. 101)

No obstante, históricamente la visión de la especificidad ejecutiva no era bien vista. En la medida en que el individuo se fortaleció como centro de la regulación jurídica, a partir de la modernización de los estados y del debilitamiento de las monarquías, la posición liberal y protectora impedía que él pudiese ser personalmente obligado a ejecutar la prestación prometida o asegurada al acreedor. Era ese el principio dominante del Código Napoleón, donde se establecía que el cumplimiento obligacional debería recaer tan solo sobre el patrimonio, impidiendo que hubiese sufrimiento ejecutivo de orden personal. (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 01)

Inclusive, vale destacar que la directriz jurídica brasileña es fuertemente influenciada por la clásica filosofía occidental de John Locke y Thomas Hobbes. Con respecto al primero, su ponderación sistematizada con base en tres derechos inherentes al hombre – propiedad, libertad y vida – fundamenta, básicamente, las opciones constitucionales del Estado. Por ejemplo, con la excepción del Art. 5º, XLVII, apartado a, de la CF/88, la vida no puede ser afectada deliberadamente, restringiéndose a la propiedad y a la libertad. Sobre esta, como mencionado ut supra, solo en el caso de deuda alimentaria puede ser afectada, además de las penalizaciones criminales. Resta, por lo tanto, para el terreno civil, la propiedad, indicando que, de forma general, solo el patrimonio puede ser afectado para el cumplimiento obligacional. En este caso, es la imperatividad jurisdiccional la que obligará a las personas – en sentido amplio – al debido cumplimiento de sus deberes jurídicos. Es aquí donde se destaca la influencia de Hobbes, al considerar que los hombres, en su naturaleza, viven en estado salvaje, donde solamente el Leviatán sería capaz de hacer cesar el caos.

Sin embargo, el sistema procesal no podría quedar a merced del incumplimiento de las obligaciones específicas, ya que por el contrario debería siempre buscar respuestas diversificadas, a fin de corresponder al máximo lo que queda asegurado por el derecho material, proporcionando fielmente, como consecuencia, la situación que existiría si no hubiese incumplimiento deliberado. Ese entender se debe, en gran parte, a la defensa de Giuseppe Chiovenda, ya a inicios del siglo XX, por un proceso de ejecución que ofrezca los instrumentos necesarios para la tutela de todos los derechos, asegurando a los ciudadanos la utilidad de las decisiones. Se trata, por lo tanto, de la aclamada efectividad del proceso, y es en este punto que la tutela específica asume realce, pues debe guardar remedios y medidas tendientes a garantizar el resultado práctico que sería alcanzado a través del cumplimiento (GRINOVER, 2011, p. 01).

En ese exacto sentido, se concluye que el proceso es valorado conforme la utilidad que él es capaz de ofrecer al derecho material, siendo directamente proporcional al grado de solución de los problemas (FONSECA y SILVA, 2019, p. 80). Justamente es por ese entendimiento que la naturaleza de las medidas ejecutivas debe estar basada en consonancia con la finalidad de la ejecución (MEDINA, 2017, p. 288).

Con fundamento en la máxima chiovendiana anteriormente abordada – que el proceso debe dar el exacto bien que tendría derecho a quien tenga razón –, Fredie Didier Júnior (2004, p. 15) desde hace mucho ya señalaba que la ejecución civil debe disponer de técnicas para proporcionar al sujeto de derecho la coincidencia entre el derecho material y el resultado obtenido en el proceso, revelándose en la primacía de la tutela específica. El referido autor ya manifestaba, asimismo, que las reformas procesales del fin del siglo pasado y las iniciadas en los años 2000 ya estaban atribuyendo mucha importancia a ese principio ejecutorio.

La demora para las osadas alteraciones procesales se debe al carácter histórico-cultural del proceso civil en las sociedades, pues “prácticamente inexistente como técnica o ciencia autónoma, se presentaba como mero apéndice del derecho material” (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 02), en nada agregaba en el aspecto atinente a técnicas o medidas creativas disponibles para fortificar la efectividad de los preceptos sustanciales.

En efecto, por mucho tiempo la obstinación del individuo responsable para no cumplir sus obligaciones debidas fue encarada como límite no transponible, esto porque la intangibilidad de la voluntad humana era verdadero dogma conquistado y de valor extremadamente relevante a ser preservado, razón por la cual la tutela relativa de las prestaciones de hacer o no hacer no encontraron respaldo en la sistematización ejecutoria. (GRINOVER, 2011, p. 02)

Sin embargo, conforme se señaló, el carácter de la efectividad ejecutiva traída por Chiovenda indica que el sistema procesal debe ofrecer situación semejante al que ocurriría en cumplimiento normal y tempestivo de la obligación, precisamente porque si la situación dada de derecho material es valorizada por la sociedad e impuesta legalmente, debe haber, consecuentemente, sistemática ejecutoria suficiente para proteger esa realidad (NETTO, 2000, p. 03 y 05), lo que implica, inclusive, la plasticidad de las decisiones que contribuyan para asegurar la satisfacción (MARINONI, 2019, p. 145).

Muy bien. Fue con la impactante reforma legislativa promovida por la Ley n. 8.952/94 que alteraciones profundas fueron aplicadas en el Código Procesal Civil brasileño de 1973 en el Art. 461. Hasta ese entonces, el dogma de la intangibilidad era casi que absolutamente respetado y sustentaba las decisiones de la época. Después de ese sensible cambio, la transformación de la mentalidad jurídica fue permitiendo aseverar que la resistencia del deudor no puede más constituir un óbice a la satisfacción, siendo hasta incluso posible afirmar que si la “ausencia de coerción implica la pérdida del tono de la efectividad de la actividad ejecutiva, por menor que pueda ser esa pérdida, entonces no se justifica dejar de aplicarla” (OLIVEIRA NETO, 2019, p. 235), idea que solo refuerza la valorización de la efectividad de las obligaciones específicas.

El Código Civil de 2002 buscó señalar la posibilidad de que el acreedor exija la obligación de hacer o no hacer del deudor a través de tercero, pero aun así es muy tímido, teniendo en vista lo dispuesto en los Arts. 247, 248 y 250, los cuales disponen categóricamente la extinción de la obligación resolviéndose en daños y perjuicios.

El nuevo Código Procesal Civil, por su parte, fue determinante en el Art. 499, al preceptuar que las obligaciones de hacer, no hacer o dar solamente serán convertidas en daños y perjuicios si el autor así lo requiere, o si resulta imposible la tutela específica o la obtención de tutela por el resultado práctico equivalente. Este planteo es especialmente importante para ultimar la argumentación acerca de la tutela específica en la legislación procesal y los dogmas anteriormente establecidos.

Esta regla tiene la finalidad clara de establecer una jerarquía de preferencia en el ofrecimiento de la tutela satisfactoria, fijando la especificidad en un nivel superior al mero resarcimiento, de modo que la obligación específica no puede ser transformada pura y simplemente en pago en dinero. Inclusive, como será mejor explorado aún, esa imposición legislativa deviene de la propia naturaleza de los derechos y del derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional. (MARINONI, 2020, p. 04)

La opción adoptada por el CPC/15 es lúcida también en el Art. 536, el cual señala que el juez podrá, para ejecutar la tutela específica, determinar las medidas necesarias para la satisfacción del actor, como por ejemplo y en refuerzo a lo que ya disponía el CPC/73.

Se percibe, entonces, que el nuevo código solo reflejó bien lo que ya era tendencia doctrinaria y legislativa, reforzando y robusteciendo la primacía de la tutela específica. No es necesario demasiado esfuerzo para percibirse que la tutela de las obligaciones específicas meramente convertidas en pecunia no se adapta a un sinnúmero de situaciones, con énfasis en aquellas de cuño no patrimonial, pues se liga frecuentemente a derechos fundamentales o de la comunidad que simplemente no eran previstos o asegurados otrora. (GRINOVER, 2011, p. 02)

Por esa razón, se pasó a enfocar en metas que irían mucho más allá de la composición de las litis, de la expresión judicial y de procedimientos tipificados para la ejecución de pagar una suma. Esto es, la visión judicial se vinculó a la preocupación justa por la efectividad ejecutoria, en la persecución de resultados que correspondiesen a la mejor y más justa resolución. Así, ese nuevo camino a ser recorrido exigía el desarrollo de técnicas que permitiesen opciones convenientes para el caso concreto presentado, propiciando al derecho material conferido la más plena tutela, (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 02), considerando, principalmente, que las nuevas situaciones de derecho substancial correlacionadas con el deber de protección del Estado no permiten que se acepte técnica procesal inadecuada (MARINONI, 2019, p. 112).

3. REAFIRMACIÓN DE LA MULTA COERCITIVA COMO INSTRUMENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA SATISFACTORIA

Como visto, la tutela específica encontró límites seculares que la impedían, pero que gradualmente fueron cediendo espacio a la nueva gama de derechos y la necesidad de oferta de la efectividad a los sujetos jurídicos.

En esa línea de pensamiento, no se pierde de vista que la realización específica del derecho material encuentra límites en el proceso, revelándose, en realidad, como de su propia característica, pues el orden público procesal guarda consigo la esencia garantista y limitadora de la voluntad de los involucrados, aunque exista la moderna tendencia – adecuada, necesaria y legítima – de su flexibilización. Por otro lado, la dimensión social del proceso encuentra reparo en la confianza depositada por el sujeto jurídico para la resolución de sus conflictos. Más que ello, el ciudadano espera ver su derecho reconocido efectivamente satisfecho, o sea, que transforme la realidad para situar la “declaración formal de su derecho en actividad dinámica y realizadora concreta en el mundo de los hechos.” (GAIO JÚNIOR, 2019, p. 03)

No por otra razón el nuevo CPC dispone, en su Art. 4º, que “las partes tienen el derecho de obtener en plazo razonable la solución integral del mérito, incluida la actividad satisfactoria.” O sea, el legislador fue quirúrgico en reforzar, aunque no sea necesario, la actividad satisfactoria como derecho a ser protegido entre las normas fundamentales del proceso civil, pues “dado el hecho de haber una decisión judicial, debe ser el derecho del interesado a la obtención de la realización efectiva del juzgado”. (NOGUEIRA, 2011, p. 07 y 08)

Luiz Guilherme Marinoni (2020, p. 14) elucida con maestría que el derecho al resarcimiento en la forma específica está contenido en el derecho a la efectiva y adecuada tutela jurisdiccional, dispuesto en la CF/88, en el Art. 5º, XXXV. El autor entiende que el derecho a la efectividad satisfactoria es derecho fundamental que encuentra raíz en la propia dignidad de la persona humana, la cual es fundamento del Estado Democrático de Derecho. Consecuentemente, el desprecio por la tutela específica desconsideraría completamente no solo el derecho material asegurado casuísticamente, sino también un derecho fundamental erigido por el constituyente. Prosigue el profesor paranaense expresando que de nada sirve señalar un derecho como fundamental y no extraer de allí el significado necesario y correspondiente. En esa lógica, el derecho fundamental tiene aplicabilidad inmediata, estando los órganos públicos vinculados a su contenido, lo que, en el tema en cuestión, impone al magistrado la interpretación y la aplicación necesaria para la búsqueda de la técnica procesal adecuada para conferir efectividad a la ejecución.

Inclusive, la propia prohibición hecha por el ordenamiento a la autotutela conduce a la idea de la obligatoriedad de una tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental. Esto porque no basta el accertamiento del derecho si aún restan pendientes actos prácticos de su concretización fáctica. Por ende, el acceso a la justicia debe certificar al sujeto jurídico el inexorable arcabuz para la efectividad de lo que le es debido. (CUNHA; SCALABRIN, 2017, p. 02)

En esta perspectiva, se entiende que el debido proceso abarca la oferta de todo aquello y exactamente aquello que sea posible para quien posee un derecho, pensándose en la correlación

entre el derecho fundamental a la adecuada tutela jurisdiccional y las técnicas hábiles y suficientes para dar respuesta satisfactoria al derecho material. (ATAÍDE JÚNIOR, 2008, p. 25)

Justamente por esa congruencia procesal que el desarrollo de técnicas ejecutivas tendientes a asegurar la tutela específica no ofende meramente los clásicos derechos limitadores del ejecutado, ya que por el contrario son estos solo flexibilizados delante del caso concreto. Mejor dicho, la imposición de artificios imperativos para que se alcance el resultado que debería haber sido alcanzado por el cumplimiento voluntario del obligado en nada afecta la dignidad de la persona humana de quien se ve obligado a cumplir con la orden dictada. (RODRIGUES, 2006, p. 86)

La construcción normativa de que la efectividad ejecutiva consiste en norma fundamental no es libre de excepciones, esto porque esa medición es comúnmente hecha sin definiciones precisas de contenido, siendo capaz de conformar toda la estructura normativa a través del indeseado protagonismo judicial (DURO, 2018, p. 100). Sin embargo, insta remarcar que el aumento del poder judicial no implica, necesariamente, prácticas autoritarias. En realidad, si bien incrementado, tiene el poder de servir a los propósitos de la propia democracia del sistema jurídico (RAMOS, 2019, p. 35).

En este ínterin, las preocupaciones referentes a la funcionabilidad de las técnicas ejecutivas disponibles no autorizan la exclusión de posibilidad del uso de tales mecanismos, siendo cierto el deber de observancia en cuanto a los límites de aplicación (OLIVEIRA NETO, 2019, p. 246). O sea, debe ser hecha una verdadera adecuación entre los sujetos de derecho figurantes en la relación constituida, lo que no significa agresiones injustificadas, ilegales o ilegítimas a la esfera jurídica del afectado.

En esta línea, el nuevo modelo procesal valorativo acerca de la efectividad llevó al perfeccionamiento de técnicas procesales capaces de alcanzar la obligación específica. La más clásica de ellas, sin duda alguna, es la multa coercitiva, la *astreinte*, concebida justamente “para inducir al deudor a cumplir espontáneamente las obligaciones que le corresponden, principalmente las de naturaleza no fungible” (GRINOVER, 2011, p. 03). Sintéticamente, la multa aquí abordada no tiene la finalidad de substituir la obligación o incidir en carácter punitivo, sino tan solamente de presionar el ejecutado para determinada satisfacción (MEDINA, 2017, p. 594 y 595).

La palabra *astreinte* proviene del Derecho francés y denota una sanción pecuniaria a ser cumplida. El vocablo tiene su origen en el latín *stringere*, formado usualmente con el prefijo *ad*, que significa “para apretar” (GEBRIM, 1996, p. 69), justamente indicando el tenor de estrechar, presionar o exprimir la una conducta deseada. Se concluye, entonces, por el análisis etimológico

del término, que “la *astreinte* es una orden pecuniaria pronunciada por el juez y destinada a superar la resistencia de un deudor recalcitrante.” (CHABAS, 2011, p. 01, traducción nuestra)²

Guilherme Rizzo Amaral (2015, p. 1404), referencia brasileña en el estudio, señala que a pesar de otras disposiciones del CPC/15, el Art. 537:

(...) trata de la disciplina de la multa, sea ella periódica o fija, también conocida como *astreinte*, dado su origen en el Derecho Francés. Se trata de técnica de tutela coercitiva y accesoria, con vistas a presionar al reo para que cumpla mandamiento judicial, siendo la presión ejercida a través de amenaza a su patrimonio, consubstanciada en multa, fija o periódica, que incida en caso de incumplimiento.

Se concluye, por lo tanto, que la multa del caso representa medida pecuniaria que tiene como finalidad obligar a alguien a cumplir con determinado comando, o sea, para obligarlo al efectivo cumplimiento de la orden. En tal lógica, la aplicación de la *astreinte* es corolario de la inevitabilidad y del carácter no excluible de la jurisdicción.

Entonces, si la efectividad de la tutela jurisdiccional satisfactoria consiste en derecho fundamental, al tiempo en que el Estado-juez debe disponer de medio suficiente para ello, nada más congruente que la función jurisdiccional desee su imperatividad a través de la medida coercitiva, simultáneamente al deber de guardar el mínimo de resultado práctico y efectivo que el derecho material dispuso. Así, la multa consistirá en un instrumento de refuerzo a la inevitabilidad y a la obligatoriedad jurisdiccional.

También en ese ínterin, admitir y reconocer la coercibilidad inherente a la naturaleza de la *astreinte* es determinante para su aplicación futura. En las palabras de Rafael Caselli Pereira (2018, p. 35 y 36), “la naturaleza jurídica de la *astreinte* consiste en su carácter coercitivo, intimidatorio, accesorio y patrimonial”. Luego, el referido autor también señala que la multa está “inescindiblemente ligada a la mora del deudor, con vistas a actuar en el sentido psicológico de que el obligado cumpla espontáneamente el precepto, constituyendo medida coercitiva e inhibitoria”.

Por ese motivo, en el momento de fijación de la multa, la finalidad no gira en torno de un eventual resarcimiento del perjuicio con el incumplimiento, o cualquier otra forma compensatoria por la no obtención de la tutela específica. En realidad, el objetivo es tan solo superar la postura de resistencia del deudor, obligándolo psicológicamente a una conducta. (MARZAGÃO, 2013, p. 114)

Categorizada la *astreinte* como medida coercitiva resulta, entonces, que ella no se realiza directamente para el cumplimiento de una finalidad. En realidad, ella es un genuino instrumento que fuerza al destinatario a actuar como habría actuado espontáneamente, soportando las consecuencias de su eventual inercia y carácter recalcitrante (OLIVEIRA NETO, 2019, p. 237).

² En el original: “*l’astreinte est une condamnation pécuniaire prononcée par le juge et destinée à vaincre la résistance d’un débiteur récalcitrant*”

A fin de consumir la naturaleza jurídica de la *astreinte*, Bruno Garcia Redondo (2013, p. 02) presenta la noción intrínseca de la coerción y la respectiva ausencia de carácter indemnizatorio de la *astreinte*. Para comenzar, la fijación de la multa no depende del valor de la obligación principal como parámetro. Segundo, es posible acumular la *astreinte* con indemnización por daños y perjuicios. Además, el fundamento de la multa es la mora del obligado, no el incumplimiento integral. Finalmente, la *astreinte* también puede ser establecida antes de la ocurrencia de cualquier daño o derecho violado, no guardando relación, por lo tanto, con eventual indemnización.

Las características anteriormente presentadas son extraídas de la propia legislación; ver el Art. 500 del CPC/15, por ejemplo, al disponer que la indemnización por daños y perjuicios se dará sin perjuicio de la multa periódica. Además, el Art. 537 del mismo código establece que la multa deberá ser suficiente y compatible con la obligación, no estableciendo ninguna limitación de valor. Así, resulta evidente la ausencia de carácter reparatorio en la multa del caso, visto que su función es superar la obstinación del deudor a determinado cumplimiento obligacional, incidiendo a partir del rasgo recalcitrante. (PEREIRA, 2018, p. 82)

La conclusión del razonamiento aquí planteado es relativamente simple, pues si la efectividad de la tutela jurisdiccional satisfactoria consiste en derecho fundamental y la multa coercitiva consiste en importante técnica ejecutiva, significa, consecuentemente, que la aplicación adecuada de la *astreinte* tiene la capacidad de materializar el propio derecho fundamental del acceso a la justicia, además de transformar la realidad del derecho substancial ya reconocido. Es justamente sobre esa adecuación que ahora se vuelca, considerando el contexto de la atipicidad ejecutiva del sistema procesal brasileño.

4. RACIONALIZACIÓN DE LA ASTREINTE EN EL CONTEXTO DE LA ATIPICIDAD EJECUTIVA

Abordada la naturaleza jurídica de la *astreinte*, la conceptualización de la ejecución de la tutela específica y el derecho fundamental a la efectividad de la respectiva tutela jurisdiccional satisfactoria adecuada, se llegó a la conclusión de que la multa coercitiva es instrumento de los más relevantes para concretar el proceso de resultados, aquel en que el sujeto jurídico se satisface con la transformación del derecho substancial en realidad.

En esta exacta medida, en búsqueda de la efectividad de la orden emanada sobre una prestación de acción, los arts. 536 y 538 del CPC viabilizan expresamente el uso de la multa, permitiendo al juez decretar medidas que sean necesarias para hacer efectivo el derecho, conforme las peculiaridades del caso concreto. (MARINONI, 2020, p. 11)

Urge destacar que actualmente se vive un momento de búsqueda de técnicas y mecanismos cada vez más capaces de adaptar el derecho a la realidad fáctica de los sujetos jurídicos, con el claro fin – justo y noble – de acabar con la injusticia de no satisfacerse un derecho

ya reconocido, lo que provoca desconfianza, descrédito y sentimiento de impunidad. (GAIO JÚNIOR, 2019, p. 08)

Es que el proceso contemporáneo abarca bienes jurídicos hasta mismo inimaginables hace algunas décadas, nacidos de un nuevo modelo constitucional y de intereses sociales vanguardistas, para cuya protección el proceso es crucial, habida cuenta de ser medio operante e instrumental para su materialización. En esa línea, es a través de técnicas ejecutivas adecuadas, con énfasis en las obligaciones específicas, que los valores asegurados substancialmente son efectivados, valores estos que se revelan como referencial expresivo de la tendencia del sistema jurídico, tales cuales, por ejemplo, los derechos a ser asegurados por la Ley de la Acción Civil Pública y por el Código de Defensa del Consumidor. (NETTO, 2000, p. 08)

Desde esta perspectiva, delante de la teoría de los derechos fundamentales, no cabe más pensar en las formas ejecutivas típicas cerradas, modelo clásico del proceso civil liberal que imperó por mucho tiempo, cuya intención era limitar el Estado-juez para garantizar la libertad del ciudadano. (MARINONI, 2020, p. 14)

A valer, en el beneficio de superar las barreras impuestas por el legislador y permitir la creatividad casuística jurisdiccional, en el diseño de satisfacer al actor, la atipicidad ejecutiva encontró respaldo en el sistema jurídico brasileño hace algunos años y se consolidó con el nuevo Código. El razonamiento impone el resultado de que, si el derecho material no está siendo realizado, al tiempo que el derecho fundamental a la efectividad de la tutela satisfactoria está siendo violado es deber del Estado impedir que tales afrontas se perpetúen. De esta manera, la atribución de poder creativo al judicial para la fijación de las medidas ejecutivas atípicas más adecuadas al caso concreto tan solo deslinda la clara finalidad legislativa de tornar eficaz la ejecución.

Este diseño es extraído de cualquier sistema que pretenda atender a las exigencias presentadas por el derecho material, adecuando la protección de los nuevos derechos o estos a nuevos enfoques axiológicos, es decir, el modelo procesal debe prever mecanismos hábiles de efectivizar la satisfacción de las prestaciones en el menor espacio de tiempo y con el mínimo necesario de actividad. (OLIVEIRA NETO, 2019, p. 223).

Tal preocupación, como se dijo, no es reciente, pero ganó exponencial fuerza con la vigencia de la nueva legislación procesal, ver los Art. 4º, 6º, 139, IV, 297, 536 y 771, todos del CPC/15, de modo que “el desarrollo de la ejecución a lo largo de los últimos años en Brasil demuestra una tendencia, confirmada en el actual Código, en el sentido de generalizar la atipicidad” (MINAMI, 2019, p. 09)

Precisamente, cuanto mayor la credibilidad en el sistema normativo y la necesidad de nuevos delineamientos de la efectividad, mayor también la libertad lingüística que torne apta la complementación del texto legal. Sobre este punto, las cláusulas generales ejercen importantes funciones que están ligadas a lo que aquí se discute, pues permiten la creación de normas por

parte del juez, aseguran la flexibilidad del sistema para responder a nuevos hechos y nuevas demandas, y contribuyen para la integración del ordenamiento. (BORGES, 2019, p. 85)

En lo que interesa ahora, Eduardo Talamini (2018, p. 03) resalta que la ley confiere amplios poderes jurisdiccionales para la persecución de la tutela específica o, al menos, del resultado correspondiente, evidenciando que la larga concesión de esos poderes desea obtener la propia actuación del obligado a cumplir con lo que le cabe y fue determinado, sea por el título ejecutivo o por alguna diversa orden judicial.

La *astreinte*, como se vio, consiste en técnica ejecutiva típica y, por lo tanto, está prevista expresamente en el CPC/15, conforme los Art. 536, § 1º, 806, § 1º y 814. Sin embargo, nada impide que el poder general de efectividad de la jurisdicción pueda adaptarla en cada situación jurídica concreta a fin de obtener el mejor resultado ejecutivo, principalmente considerando el contexto de la atipicidad y la valorización por el derecho fundamental a la efectividad de la tutela satisfactoria adecuada a las obligaciones específicas.

Además, es justamente en refuerzo del cumplimiento de las obligaciones en la forma específica que diversas medidas coercitivas, de modalidades distintas, fueron autorizadas para actuar sobre la voluntad del recalcitrante (GAIO JÚNIOR, 2019, p. 05), razón por la cual la propia *astreinte*, aún típica, debe ser racionalizada, aunque atípicamente, para el caso concreto.

En él existen dudas acerca de la intensidad de aplicación de la multa coercitiva. Ciertamente la *astreinte* es medida ejecutiva aplicada constantemente en la práctica forense brasileña, incluso porque su fijación no depende de mucha fundamentación concreta delante de los indicativos de la propia legislación. Si la técnica es típica y constantemente trabaja, su establecimiento requiere menos esfuerzo.

Sin embargo, es precisamente su fijación desprovista de sólidos parámetros que se debe combatir, pues la ausencia de señales tangibles puede tornar la multa inocua y sin el sentido por el cual ella existe. Por lo tanto, no basta su establecimiento repetitivo y sin apreciación casuística; resulta necesario mucho más, pues su finalidad es la efectiva satisfacción de la tutela. Es ese el fin precípua de los medios coercitivos.

El punto más obvio a ser considerado concierne al valor a ser establecido accesoriamente. Lógicamente, el monto posible de ser alcanzado por la multa solamente será adecuado si fuere realmente capaz de viabilizar la efectividad jurisdiccional, paralelamente entre la cuantía suficiente para obtener la coerción y de modo que el obligado posea reales condiciones patrimoniales para arcar con las consecuencias. Fuera de esas situaciones, la multa no tendrá ninguna efectividad. (MARINONI, 2020, p. 15)

Es necesario observar que la ejecución procura la tutela jurisdiccional *stricto sensu*, siendo esta el fin deseado por la imposición de la multa, razón por la cual ella no tiene fin en sí misma, pero consiste solo en medio como manifestación del imperio jurisdiccional (AMARAL,

2010, p. 69 y 70). Esa relación precisa quedar bien destacada para que se tenga exacta noción de lo que la multa debe resguardar en su establecimiento.

Considerando que solo el caso concreto ofrecerá las condiciones de análisis para el establecimiento adecuado de la medida, se debe observar “el objeto de la tutela y la eficacia coercitiva esperada de la medida, teniéndose en cuenta los principios de la razonabilidad y proporcionalidad” (WAMBIER, 2012, p. 15 y 16), de modo que el parámetro a ser seguido “es el de la suficiencia y compatibilidad de la obligación de hacer a ser cumplida por la parte, de manera que la multa pecuniaria sea apta para tomar efectivo su fin inhibitorio.” (PEREIRA, 2018, p. 110)

Por lo tanto, la estimación de valor deberá tener en cuenta el propio bien jurídico tutelado materialmente. Muchas veces ello requiere actividad de alta complejidad, pues hay bienes, como por ejemplo la vida o la libertad, que no poseen valor factible. A pesar de eso, se deberá tomar en consideración el poder patrimonial de quien deberá cumplir la medida, a fin de averiguar la capacidad de coerción, inadmitir el enriquecimiento ilícito del actor, y, por último y no menos importante, apuntar si la multa coercitiva consiste, de hecho, en la mejor solución en el caso concreto. Por más que sea pomposa, no significa que esa medida deba siempre ser aplicada.

Punto que también merece ser destacado se refiere a la periodicidad de la multa, siendo permitido al juez establecerla conforme las situaciones concretas. Una vez más se exigirá creatividad jurisdiccional, adecuando el caso presentado a la fijación de la *astreinte*. Ejemplo interesante fue presentado por Olavo de Oliveira Neto (2019, p. 246), en el cual habría obligación de una fábrica de instalar filtros anticontaminación en el plazo de diez días, bajo pena de paralización paulatina de las actividades de producción por cinco minutos por cada día de atraso.

Obsérvese que el ejemplo anterior no importa multa, sino la creatividad exigida a través de la libertad del aplicador. Imagínese, ahora, la orden destinada a determinado establecimiento para la construcción de baños con accesibilidad, rampa para personas en sillas de ruedas y baranda. En razón de la diferencia temporal exigida entre cada obra, nada impide que la *astreinte* para la construcción de la baranda incida diariamente, a la vez que para el baño y rampa semanalmente. La racionalidad deberá siempre ser concreta, creativa y factible.

Otro aspecto muy relevante atañe a la persona sobre quien deberá ser direccionada la multa coercitiva, y esto porque la legislación procesal dispone que incumbirá al ejecutado. Sucede que no parece existir óbice para su redireccionamiento a través del poder general de aplicación jurisdiccional. Es el caso ya admitido, por ejemplo, de la fijación de la *astreinte* al gestor en las demandas contra el Poder Público (CUNHA, 2018), o hasta incluso en cuanto a los administradores de las personas jurídicas de derecho privado (ZARONI, 2007), desmitificando la idea de que actos ejecutivos no puedan alcanzar a terceros y que eso afecta eventuales límites subjetivos de la cosa juzgada.

También es posible, a través de la flexibilización procesal y de la ejecución negociada, que lo dispuesto en el Art. 537, §2º, del CPC/15, sea relativizado, destinando el valor de la multa

a otro que no sea el actor. Tal medida podría, circunstancialmente, reforzar el obligado por la orden a cumplir con lo determinado.

Específicamente sobre la ejecución negociada, se entiende categóricamente que la disponibilidad ejecutoria permite la adecuación casuística fundada en el interés de los involucrados, abriéndose amplio espacio para la negociación procesal en cuanto a las medidas ejecutivas (NOGUEIRA, 2018, p. 04). Siendo así, la voluntad de los interesados es crucial para la eficiencia de los actos ejecutivos, siendo necesaria su valorización, incentivo y creatividad, a través de una sistemática cooperativa y disponible.

En fin, se percibe aquello sobre lo cual Eduardo Talamini (2000, p. 02) ya alertaba a principios del siglo, cuando afirmaba que la posibilidad del empleo de mecanismo general funcionaba como norma de cierre del sistema, asegurando que las situaciones carentes de protección quedaran efectivamente protegidas, y no solo las previstas por el legislador.

En el caso de la multa coercitiva, aun siendo típica, se percibe claramente que su adecuación al caso concreto merece ser pormenorizada, a fin de lograr éxito en su finalidad accesoria, que es servir de instrumento hábil para tornar la actividad satisfactoria realmente efectiva. Ese propósito encuentra total amparo en un sistema normativo respaldado por la fuerza de los derechos fundamentales y de la atipicidad ejecutoria.

5. CONCLUSIÓN

Se observó que la tutela específica en el nuevo Código Procesal Civil dio continuidad a lo que ya estaba dispuesto en la legislación anterior, conquista legal obtenida solamente a fines del siglo pasado. Mas más que eso, la valorización promovida por el CPC/15 sobre la ejecución refuerza, en carácter sistemático, el desarrollo de técnicas ejecutivas suficientes para la satisfacción.

Así, el derecho fundamental a la efectividad de la tutela satisfactoria adquirió realce considerable, principalmente si considerado el paso importante de un modelo rígido a los permisivos atípicos de la ejecución civil. En la perspectiva de esa flexibilización, se encuentran también las multas coercitivas.

Las *astreintes*, como visto, consisten en técnica coercitiva de ejecución indirecta, con el fin de obligar a alguien mediante la amenaza pecuniaria a cumplir con la respectiva conducta esperada. Sin embargo, incluso su previsión legal implica la necesidad de racionalización para que la medida obtenga resultados prácticos y positivos.

Por lo tanto, los aspectos de la multa deben ser apreciados casuísticamente para que su aplicación tenga sentido concreto, así el valor, la periodicidad, la destinación de la multa o la destinación del crédito. Procediéndose de esa manera, la probabilidad de éxito de la técnica ejecutiva aumenta considerablemente, honrando la seriedad de la medida.

REFERENCIAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa. In WAMBIER et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. **A multa coercitiva como crédito do Estado**. Dissertação de mestrado. Pós-graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008.
- BORGES, Marcus Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/15**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- CHABAS, François. *L'astreinte em droit français*. **Doutrinas essenciais Obrigações e Contratos**, v. 2, p. 1159-1164, jun. 2011.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 15. ed. rev. atual. e ampl. Produção digital. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes; SCALABRIN, Felipe. A menor onerosidade na perspectiva do direito fundamental à tutela executiva. **Revista de Processo**, n. 271, p. 179-228, set. 2017.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. **Revista de Processo**, n. 118, p. 9-28, nov/dez. 2004.
- DURO, Cristiano. **Execução e democracia**. Salvador: Juspodivum, 2018.
- FONSECA E SILVA, Augusto Vinícius. **Princípios pamprocessuais ou metaprocessuais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Medidas de execução indireta (típicas e atípicas) e a busca pela satisfação efetiva do direito. **Revista de Processo**, n. 294, p. 169-194, ago. 2019.
- GEBRIM, Marilza Neves. *Astreintes*. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal**. Brasília, v. 3. n.6, dez., p.107-123, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, n. 2, p. 187-203, out. 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela ressarcitória na forma específica. **Revista de Processo**, n. 300, fev., p.34-51, 2020.
- MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. **A multa (astreintes) na tutela específica**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução: Teoria Geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MINAMI, Marcos Youji. Da vedação ao *non factibile*: uma justificativa às medidas executivas atípicas. **Revista de Processo**, n. 288, p. 181-208, fev. 2019.
- NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. Obrigações de fazer e não fazer – direito material e processo. **Revista de Processo**, n. 99, p. 27-39, jul/set. 2000.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Gestão da execução por meio de negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, n. 286, p. 325-342, dez. 2018.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, v. 1, p. 869-889, ago. 2011.

OLIVEIRA NETO, Olavo. **O poder geral de coerção**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

PEREIRA, Rafael Caselli. **A multa judicial (*astreinte*) e o CPC/2015**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018.

RAMOS, Newton. **Poderes do juiz no processo civil e sua conformação constitucional**. Editora Juspodivm, 2019.

REDONDO, Bruno Garcia. *Astreintes*: aspectos polêmicos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 38, n. 222, p. 65-89, ago. 2013.

RODRIGUES, Victor Martins Ramos. **A execução das obrigações de fazer e de não fazer contra o Estado fundada em título judicial (1973-2006)**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense. Campo dos Goytacazes, 2006.

TALAMINI, Eduardo. As tutelas típicas relativas a deveres de fazer e de não fazer e a via geral do art. 461 do CPC. **Revista de Processo**, n. 97, p. 173-181, jan/mar. 2000.

TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias nas diferentes espécies de execução. **Revista de Processo**, n. 284, p. 139-184, out. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, n. 105, p. 9-33, jan/mar. 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Execução de *astreintes*. **Pareceres**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.13, n. 2, p. 603-672, out. 2012.

ZARONI, Bruno Marzullo. **Efetividade da execução por meio da multa**: a problemática em relação à pessoa jurídica. Dissertação de mestrado, Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2007.