

EL TÍTULO EJECUTANTE

*Por el Dr. Humberto BRISEÑO SIERRA,
Profesor de la Facultad de Derecho.*

I. NATURALEZA DE LA EJECUCIÓN

1. *Idea de la Ejecución.*-- No compete al legislador analizar la ciencia sino organizar la vida social,¹ de manera semejante, puede afirmarse que en la jurisprudencia se encuentra la interpretación jurídica imperativa,² por ende, ha de ser la doctrina quien se ocupe de la exposición sistemática: pero sucede que esta fuente ha sido la productora de las confusiones que en el campo de la ejecución se observan.

No hay novedad en el señalamiento de los obstáculos que ofrece la terminología, cuando sus imprecisiones impiden, en lugar de propiciar, la inteligencia correcta de un vocablo. Con todo, es imposible pasar de largo ante tal deficiencia que la doctrina debiera haber superado. La palabra ejecución adolece del mal generalizado, con la circunstancia de que, cualquiera sea la rama que se elija, este término se emplea al mismo tiempo en dos o más sentidos. Desde los más elementales apuntamientos de Derecho procesal,³ hasta las más connotadas obras de constitucional⁴ o de administrativo,⁵ ejecución puede ser: cumplimiento, promulgación, reglamentación, ejercicio de facultades, aplicación de normas, efectuación de órdenes, eficacia de los actos y un cúmulo más de significados, que hace insuficiente cualquier diccionario de sinónimos,⁶ limitados a sentidos tales como: realizar, efectuar, hacer, cumplir, verificar, ajusticiar, matar, tocar, embargar, etc.

En contraste con la multivocidad desbordada, teoría y práctica del Derecho terminan por coincidir en un sentido especial de la expresión cuando

¹ Arcangeli, p. 104.

² Briseño, "Sentencias...", p. 298.

³ Aurelio Campillo, p. XXXIII.

⁴ Tena Ramírez, p. 464.

⁵ Merkl, p. 31; Fleiner, p. 174 y M. M. Díez, p. 203.

⁶ Ruiz Cárdenas, p. 118.

aluden a la realización forzosa o forzada.⁷ Procesalmente la coerción se localiza en un procedimiento distinto al de la prestación espontánea; ⁸ administrativamente, la compulsión separa al ejercicio normal de la intervención de la fuerza pública ⁹ y, en general, la coacción es nota bastante para percibir el supuesto de la ejecución, al grado que resulta tautológica la calificación de ejecución forzada.

2. *Violencia y Ejecución.*—Explicaba Vallarta ¹⁰ que apremiar no es lo mismo que violentar, según el sentido que a “tortícero” había dado la ley I, título 10 de la 7a. Partida, porque lo reprobado es la falta de derecho, el abuso de la fuerza o la injusticia. Cuando la autoridad (obrando según su competencia) obedece la ley, no hace violencia; de ahí que, por ejemplo, los casos de expropiación o de empleo de la facultad económico coactiva, no sean procedimientos ilegítimos, ni violen la garantía de audiencia, al decir de importante tesis jurisprudencial. ¹¹

El principio llamado de “aplicabilidad concreta” ¹² y con el cual se intentan justificar las anteriores ejecuciones, no es exclusivo del campo fiscal porque significa que la norma sale de su abstracción y vive en la modificación forzosa cuando la circunstancia individual varía y no se cumple espontáneamente con la consecuencia regulada. Pero para efectuar la concordancia entre la situación de hecho y el supuesto legal, es menester llenar condiciones que varían de lo civil a lo penal, de lo castrense a lo disciplinario y de lo judicial a lo administrativo. Mientras el acreedor de una sentencia civil no puede actuar directamente, ¹³ el titular de la pretensión punitiva está organizado para aplicar la sanción; ¹⁴ y en tanto que la corrección disciplinaria alude a una cierta jerarquía funcional, como la que ostenta el juez no sólo respecto de las partes, sino de terceros, ¹⁵ la ejecución administrativa se basa en la simple competencia por la cual, el agente, sin ostentar superioridad jerárquica sobre el particular, puede molestarle en

⁷ Ayarragaray, p. 14.

⁸ Castillo Larragaña y De Pina, p. 304.

⁹ Fraga, pp. 94 y 266.

¹⁰ Vallarta, p. 74.

¹¹ Servando J. Garza, p. 28.

¹² *Id.*

¹³ Ayarragaray, p. 75.

¹⁴ J. J. González Bustamante, p. 105.

¹⁵ Arts. 62 y 73. C.p.c.

sus derechos y aún privarle de ellos,¹⁶ como en el descubrimiento y aprehensión de efectos introducidos de contrabando.

La ejecución alude al empleo de la fuerza y no a la simple afectación del derecho como quería Chiovenda,¹⁷ al concebir al título subjetivo como instrumento para actuar sobre la relación privada, susceptible de ser expropiado en supuesta ejecución ideal. La coacción ha de trascender hasta los hechos, pero debe ser aplicada por tercero y no por obra del mismo responsable, no cabe hablar de autoejecución en los casos que cita Pallares,¹⁸ de los artículos 310, 2286, 2879 y 2664 del Código Civil; porque ahí se contemplan ejemplos del ejercicio de una facultad legal actuada autodefensivamente y no de la realización forzada de una responsabilidad a cargo del particular.

Algunas veces la conducta impuesta por la ley es alcanzada contrariando la voluntad del obligado, como en las medidas preventivas; pero aunque haya en ellas una actividad material que obstaculiza el libre proceder del particular, no alcanzan la categoría de ejecuciones y, para Carnelutti¹⁹ ni siquiera son sanciones sino medidas preventivas, entre las que incluye a la interdicción y a la inhabilitación, emparentadas en alguna forma con las medidas de seguridad. En otras ocasiones, la medida es francamente represiva porque alcanza la sanción; pero la ejecución no reside en la mera determinación de la pena. Explica Carnelutti que entre restitución y pena corre la diferencia del sacrificio del interés subordinado por la norma, y el sacrificio de un interés distinto.²⁰ Sin abordar el análisis de esta especificación, lo cierto es que, coacción y sanción van por distintos caminos, como sostiene Fleiner,²¹ no por razones de competencia como parece explicarlo, sino porque la sanción vive primordialmente en el plano de la decisión y cuando pasa al momento de la realización, pierde características ejecutivas si puede ser cumplida espontáneamente. Esta circunstancia es sumamente importante para dilucidar si en determinada hipótesis el responsable cumple o es ejecutado. Colocar al sujeto en situación afflictiva, como la imposición de una multa, no es ejecución (ni directa ni indirecta), la supuesta coacción moral que ello pudiera implicar queda en el campo

¹⁶ M. Rivera Silva, p. 57.

¹⁷ Chiovenda, Ensayos III, p. 342.

¹⁸ Eduardo Pallares, *Vía de Apremio*, p. 12.

¹⁹ Carnelutti, *Sistema I*, p. 25.

²⁰ *Id.*, p. 27.

²¹ Fritz Fleiner, p. 173.

que Carnelutti²² llama de la sanción para implicar castigos y premios. La ejecución no es simple constreñir, orillar, sino llevar a cabo "sobre" la voluntad del responsable, siendo indiferente su anuencia, inhibición o rebeldía.

La ejecución no es violencia pero tampoco puede irse al extremo opuesto, como hace Pallares²³ cuando supone que hay una ejecución no forzada al invocar la cosa juzgada, al inscribir o cancelar registros, y mucho menos al admitir pruebas o peritajes en daño del condenado, pues aquí se está en la característica fundamental de la jurisdicción como acto de impulso judicial. Ejecución callada, sin estrépito, aparece cuando los trabajadores al Servicio del Estado, sufren un descuento, no forzoso como explica Arce Cano,²⁴ pues lo forzoso está en cualquier obligación, sino forzado para destinar parte del sueldo al patrimonio de Pensiones Civiles. En este sentido carece de razón Pallares²⁵ cuando piensa que por equidad, no debe negarse al sentenciado la facultad de pedir la ejecución en su contra; y le asiste la misma a Chioventa²⁶ cuando explica que el derecho es algo que favorece al sujeto, de manera que nadie puede sostener el privilegio de no tener razón y ningún condenado puede exigir su ejecución.

La ejecución sale del campo privado por una prohibición constitucional que se ha confundido con la exclusión de la autodefensa. La doctrina ha descubierto que en la ley 176, libro 50 del título 17 del Digesto, se destierra la potestad particular de ejercer fuerza en el contrario; pero ello no significa que ejecución y autodefensa se identifiquen. Cuando en el sistema español se ordenaba que el mandato se entregara al ejecutante y no al alguacil,²⁷ se propiciaba la realización coactiva por medio de las partes, mas no se dejaba en manos de ellas la ejecución sino la instrucción, el acreedor no actuaba sin autorización oficial, al contrario, con ella justificaba la intervención del agente público. La prohibición constitucional convierte en ilicitud la autoejecución, porque, como expresa Graf zu Dohna, se caracteriza por una conducta en contradicción con la idea del derecho, con la máxima de la conducta justa; es ilícita porque no constituye el medio idóneo para el fin razonable según determinado valor jurídico.

La ejecución se aleja tanto de la violencia o fuerza injustificada, como

²² Carnelutti, Sistema I, p. 26.

²³ Pallares, p. 38.

²⁴ Arce Cano, p. 62.

²⁵ Pallares, p. 45.

²⁶ Chioventa, p. 16.

²⁷ Gómez y Negro, p. 209.

de la autodefensa susceptible de utilizar la compulsión, y aún de la misma autoejecución como forma ilícita de coaccionar, para tomar el lugar de un centro equidistante de las otras manifestaciones de hecho, y aparecer como el funcionamiento de la tutela declarada en forma coactiva.²⁸ La ejecución es una fuerza que modifica la circunstancia externa, pero se trata de una energía controlada por la legalidad, se realiza a través de ella una transformación querida por el derecho. Esa alteración no es la obligación impuesta en primer lugar por la norma, sino la consecuencia contenida en la llamada responsabilidad.²⁹ resultado de la falta de cumplimiento voluntario, entendiéndose siempre que lo fundamental es el cumplimiento, pues en casos como los descuentos o retenciones de impuestos (Cédula IV para trabajadores), es indiferente que el deudor quiera o no pagar, sino que no haya pagado. Es cierto que, al decir de Vicente y Gella,³⁰ puede haber deuda sin responsabilidad en la denominada moral, con lo cual queda demostrado que podrá haber pago pero no ejecución, la que, por otro lado, si se presenta en los casos de responsabilidad sin deuda del fiador, pues se reputa medida coercitiva, dice Sodi,³¹ cuando obra sobre un derecho activo como sanción del comercio jurídico. Ejecución, pues, es un operar sobre las cosas o las personas, con la fuerza suficiente para alterar sus derechos en la medida de la responsabilidad consiguiente.

3. *Ejecución y poder*.—Según Merkl³² hay una innegable relación de igualdad entre la ley y ciertos actos administrativos y judiciales. Se trata del condicionamiento legal progresivo que constituye la pura naturaleza ejecutiva; de donde se infiere que la idea directriz radica en asimilar las funciones, cuestión superada por el Derecho procesal, pero que implica subsidiariamente el problema de la autoaplicación de la ley. Sobre este particular, ya Fleiner³³ expone que gran número de derechos y deberes públicos son delimitados por una declaración de la autoridad, por lo que no provienen directamente de la expedición de la ley sino de un acto específico, conocido como: la orden (negocio unilateral de derecho público, dice el autor³⁴), que tiende a crear, modificar o suspender una relación jurídica

²⁸ Ayarragaray, p. 67.

²⁹ Vicente y Gella, p. 14.

³⁰ Id.

³¹ Demetrio Sodi, La Nueva Ley procesal I, p. 382.

³² Merkl, p. 42.

³³ Fleiner, p. 147.

³⁴ Id. p. 148.

pública. Ley y decreto establecen reglas, la orden origina una relación específica,³⁵ por más que la orden no necesita del apoyo del ciudadano sino de la disposición legal.³⁶

Pero orden de un funcionario y mandato de la ley obligan al jurisdicionado, utilizando el procedimiento de la sanción o de la ejecución por vía coercitiva especial;³⁷ y en este punto, tanto las autoridades judiciales como las administrativas, hacen efectiva la denominada colaboración de poderes, de la que nace la verdadera fuerza pública que sistematiza el funcionamiento de ambas esferas,³⁸ en el único sentido posible de la legalidad: actuación coercitiva para suplir el cumplimiento y control de la compulsión. Aunque la responsabilidad vaya a satisfacer exclusivamente intereses privados, la colaboración de poderes significa que el ejecutor hace efectiva la instrucción *incidiendo coactivamente en la esfera jurídica del ejecutado*. A través de sus poderes, el Estado cumple hacia el acreedor civil³⁹ y hacia el administrativo, noción que quizás por la escasa edad de la disciplina respectiva no se ha profundizado en la misma extensión que en lo procesal, aunque ello es más una ventaja que un defecto, porque así puede confirmarse si la ejecución es algo peculiar de la jurisdicción como supone Chiovenda⁴⁰ o pertenece a una rama autónoma que podría denominarse el Derecho ejecutivo según Merkl,⁴¹ y que abarcaría por igual lo que ya se ha calificado de Derecho Judicial⁴² y el administrativo, unificando las normas que condicionan la compulsión en los dos campos, ninguno de los cuales puede sentirse despejado de un capítulo que, si encuentra su mejor desarrollo doctrinario en lo procesal, tiene sus primeras manifestaciones en lo administrativo,⁴³ y en algún momento ha exigido una interpretación jurisprudencial que distinga los procedimientos.⁴⁴

Las funciones del Gobierno implican el poder y el ejercicio de éste, decía a principios de siglo Eduardo Ruiz; suponen la idea de mando para

³⁵ *Id.*, p. 150.

³⁶ *Id.*, p. 154.

³⁷ *Id.*, p. 172.

³⁸ Ayarragacay, p. 80.

³⁹ *Id.*, p. 67.

⁴⁰ Chiovenda, Ensayos I, p. 67.

⁴¹ Merkl, p. 125.

⁴² Enrique Aguilera de Paz y Francisco de P. Rives y Martí, I, pp. 1 y ss.

⁴³ Calamandrei, Instituciones, p. 110.

⁴⁴ Apéndice al Tomo CXVIII, p. 1479, Cía. Ganadera y Textil de Cedros, S. A.

hacerse obedecer.⁴⁵ La vida institucional, aunque por tal se entienda apenas el conjunto de reglas de derecho relativas a una determinada situación de hecho,⁴⁶ reclama la discriminación de las reglas privadas y las públicas, especialmente cuando el derecho está en trance de litis⁴⁷ y la resolución sólo puede efectuarse en la imposición forzada, porque aquí destaca la circunstancia de que no es la obligación privada la que da nacimiento a la compulsión, sino la responsabilidad acertada como mandato de orden público.

Mucho se ha escrito sobre la naturaleza jurisdiccional de la ejecución, sin embargo, los propios adeptos de esta construcción compleja, enseñan que la demanda puede desembocar en tres situaciones diferentes, ninguna de las cuales es en sí misma procedimiento compulsivo: a) en caso de proceso irregular, hay apenas el derecho a obtener una providencia sobre el proceso; b) si éste es regular pero la pretensión carece de fundamento, el reclamante tiene derecho a una providencia de fondo que rechaza la demanda; y c) si el proceso es regular y la pretensión fundada, se tiene derecho a la providencia de mérito favorable.⁴⁸

Es inexplicable la insistencia de confundir la función jurisdiccional con la potestad judicial, sobre todo cuando se tiene presente que, al decir de Weill, es un principio fundamental que los árbitros no tienen potestad pública alguna y no pueden asegurar ellos mismos la ejecución de sus sentencias;⁴⁹ y que, conforme al Derecho procesal civil internacional, la "lex fori" determina las condiciones de la ejecución, tanto las generales constituidas por el título como las especiales de los medios de realización y la idoneidad de los bienes.⁵⁰ Arbitraje y proceso extranjero son procesos y en ambos, la jurisdicción se ha manifestado proveyendo el accionar de las partes; por donde se infiere que nada ha faltado a ese tercero imparcial que se llama juez o árbitro, para realizar su función. Pero el ejecutar como alteración física de la circunstancia no está en sus atribuciones, al juez puede faltarle "competencia" judicial cuando se le sustrae la potestad de ejecutar, sin mengua de su plena competencia jurisdiccional, esto es lo que se observa en el Tribunal Fiscal de la Federación.⁵¹ De otra parte, la eje-

⁴⁵ Eduardo Ruiz, p. 137.

⁴⁶ Vicente y Colla, p. 90.

⁴⁷ Id., p. 51.

⁴⁸ Calamandrei, p. 279.

⁴⁹ Louis Weill, p. 10.

⁵⁰ Gaetano Morelli, p. 23.

⁵¹ Apéndice al Tomo CXVIII, p. 1937, tesis 1139.

cución aparece en toda su plenitud en el procedimiento administrativo, destacando la característica unilateral de su imposición, sin importar que a ella siga el control de un proceso, o que esté prohibida la posterior discusión como en la expropiación agraria.⁵²

Es verdad que, en principio, toda orden supone la posibilidad de hacerla cumplir y por ello contiene la garantía de su eficacia en la ejecución; pero ni siempre dicha garantía importa una coacción,⁵³ ni es necesario que se alcance por medios compulsivos. La garantía, dice Sánchez Viamonte,⁵⁴ es el instituto creado en favor del sujeto para que, utilizándolo, pueda alcanzar de inmediato la eficacia del derecho individual. Mas ante la resistencia del deudor no se habla de dos medios, uno sucedáneo del otro, sino de dos procedimientos, el primero (procesal) encaminado a la obtención del mandato que contiene una sentencia asegurando directamente la responsabilidad por el crédito insoluto, y el segundo tendiente a la realización de hecho que, a su vez, asegura la afectuación del pronunciamiento.

En el procedimiento procesal es ineliminable la actividad jurisdiccional (que compete también al simple árbitro privado), por ello Chiovenda reconocía que la supuesta relación de conocimiento (en otras palabras, el proceso puro) se cierra normalmente con la sentencia que resuelve la cuestión de fondo, excepcionalmente con la que declara no poder pronunciarse sobre él, con la amigable composición, la renuncia de los actos o la perención; en síntesis, antes de que comience la ejecución de la responsabilidad acertada en el fallo.⁵⁵ Esa jurisdicción, lógicamente, no es una potestad pública, desde que la pueden actualizar los árbitros privados y los tribunales extranjeros; lo que sucede es que también pueden ejercerla los poderes públicos: el legislativo en los casos del Gran jurado, el administrativo en lo que antes se llamaba el contencioso administrativo, y el judicial en lo que también debiera calificarse de contencioso judicial (porque otras atribuciones como la jurisdicción voluntaria, ni son procesales ni son ejecutivas, como tampoco lo son las administrativas), sin que importe la diferencia entre civil y penal, porque aquí hay también la contienda de los accionantes (indiciado y Ministerio público) que se caracteriza por instar para obtener una determinada interpretación imperativa.⁵⁶

⁵² Angel Caso, p. 215.

⁵³ Alsina, I, p. 37.

⁵⁴ Sánchez Viamonte, p. 18.

⁵⁵ Chiovenda, Instituciones, I, p. 63.

⁵⁶ Briseño, Las sentencias, p. 298.

Probablemente la confusión al asimilar acto jurisdiccional y competencia judicial, haya nacido cuando en el siglo XIII, al decir de Ayarragaray,⁵⁷ se estampó el concepto de "officium iudicis" para suplir la carencia de la "actio iudicati", y se dotó al juez de la potestad suficiente para ejecutar su propia sentencia. Quizás se pensó que con ello se ampliaba simplemente el círculo de atributos que permitían a ese funcionario, aplicar sanciones que, unas veces, eran netamente procesales, como la de declarar confeso a un accionante o en estado de contumacia; pero en realidad, se le dotó de competencia para invadir eventualmente la esfera patrimonial de los particulares. Conocimiento y ejecución parecieron definir una función pública, aunque nunca se perdió el poder coactivo que distingue a toda autoridad; así, la facultad económico coactiva vivió fecundamente en el apremio, aunque algunas veces, como en el artículo 3º de la ley mexicana de 1837, llegara apenas al embargo para dejar el paso al conocimiento del juez de Hacienda.⁵⁸ La compulsión de este apremio se remontaba doctrinariamente, invocando el concepto de "regalía", por la cual se entendía que la entrega de los bienes era simple reversión hacia el dominio del soberano,⁵⁹ la ejecución era, pues, unilateralmente administrativa sin precedencia alguna de lo jurisdiccional y ni siquiera de la judicial.

Basta observar los distintos sistemas judiciales positivos, para confirmar que si toda ejecución es el ejercicio de un poder público, no basta atribuir potestad o competencia a un órgano para suponerlo ejecutivo. El "astreinte" nació y vivió en la práctica judicial francesa, desvinculado de un texto legal específico y amparado, dice Beceña,⁶⁰ en el hecho de no estar prohibido y de presentar gran utilidad práctica. En realidad, su aparición se debió a la ausencia de un verdadero poder coactivo de la judicatura competente, sin embargo, para sancionar. No es aceptable, por todo lo dicho, que se conciba a la "actio iudicati" como facultad implícita de la acción ejercida en el proceso, según tesis de Castillo Larrañaga y De Pina.⁶¹ Es evidente que puede accionarse sin posibilidad de exigir la ejecución, por ejemplo, contra el Estado.⁶² La pretensión de ejecutar una sentencia es inoperante contra el fisco y por ello Sodi⁶³ se oponía a llamarle procedimiento de ejecución.

⁵⁷ Ayarragaray, p. 33.

⁵⁸ Vallarta, p. 84.

⁵⁹ Id., p. 87.

⁶⁰ Beceña, p. 347.

⁶¹ Castillo Larrañaga y de Pina, p. 362.

⁶² Vicente y Gella, p. 382.

⁶³ Sodi, Procedimientos federales, p. 8.

Por tanto, si por "actio iudicati" se entiende cosa juzgada, es cierto que se produce como resultado de la pretensión procesal; pero si se alude a la ejecución, su autonomía, respecto al proceso llega a la misma abstracción, o sea, que puede sustraérsele (abtraerse) toda la serie de actos procesales, para fundarla exclusivamente en la sentencia, resolución que, en su cualidad imperativa es idéntica a cualquier mandato administrativo.⁶⁴

Poder público y modificación física confluyen para dar lugar a la ejecución. La ausencia de cualquiera la hace jurídicamente imposible. Pero abundan los casos parcialmente semejantes, hipótesis en que hay, por ejemplo, alteración de los hechos sin que pueda descubrirse la potestad autoritaria: la empresa corta el conducto para suspender el servicio eléctrico, el fiduciario vende el bien para pagar la deuda del fideicomitente o, en fin, la prenda es vendida por el mutuante para cobrarse. Aunque cercanos, estos casos no son de ejecución sino que se refieren a efectos previstos por las partes; no hay en ellos aplicación de poder público y ni siquiera compulsión aunque sí pueden percibirse alteraciones de hecho y de derecho.

4. *Presupuestos y efectos.*—No hay certeza doctrinaria acerca de las condiciones que deben anteceder a la ejecución. De una parte, Fleiner⁶⁵ afirma que coacción y sanción van por caminos diferentes, lo que le permite calificar de errónea la concepción que mira en las lesiones a intereses administrativos supuestos delitos, y que busca el empleo de sanciones donde basta la coacción. Por otro lado, Satta⁶⁶ sostiene que entre la ejecución y el interés que se quiere tutelar, hay una condena que implica la modificación jurídica que muda la fuente de la obligación, y esta misma, contrariando la realidad y la naturaleza simplemente declarativa del fallo. Es decir, para uno, la coacción no presupone la sanción, y para el otro sucede lo contrario.

Es obvio que la ejecución necesita justificarse, ya sea en la sentencia judicial o en la instrucción administrativa. Fleiner mismo observa que a la coacción precede generalmente la conminación⁶⁷ y, tratándose de relaciones privadas, Furno habla de la ejercitabilidad de la acción "in executivis" cuando la prueba legal es estimada por el orden jurídico como suficiente para fundar la aptitud de la vía;⁶⁸ en otras palabras, la suscripción de una letra de cambio podría parangonarse al allanamiento respecto al procedimien-

⁶⁴ Briseño, *Las sentencias*, p. 296.

⁶⁵ Fleiner, p. 173.

⁶⁶ Satta, p. 49.

⁶⁷ Fleiner, p. 174.

⁶⁸ Furno, p. 204.

to de realización forzada para el caso eventual de incumplimiento. Podrán, pues, discutirse las características penales de la actividad administrativa sancionadora; pero no cabe duda que la ejecución de una multa⁶⁹ y la ejecución de una sentencia, tienen que coincidir en la necesidad del justificante que es su presupuesto. Deslindadas las nociones de obligación y responsabilidad, es claro que sólo puede llevar a efectos de ejecución la segunda, sea porque así se prometió o porque la ley lo impone;⁷⁰ de ahí que pueda no existir en realidad obligación primaria y sin embargo deba cumplirse el mandato como creador de la responsabilidad.⁷¹

Si la ejecución es la realización forzada de una responsabilidad, para llevarse a cabo necesita de condiciones previas (presupuestos que determinen: a) cuál es la responsabilidad, b) quién es el responsable, c) quién puede exigir la responsabilidad, d) qué circunstancias de hecho deben modificarse, y e) quién debe efectuar la alteración. Aunque estos presupuestos pueden concretarse haciéndolos constar en el título, ninguno de ellos puede sustraerse porque se caería en concepciones erróneas como la de suponer que las sentencias constitutivas también se ejecutan en la continuación de los trámites para inscribirlas.⁷² El ejecutor es siempre un agente que cuenta con la fuerza pública para vencer oposiciones, llámesele simple colector de impuestos o "sheriff".⁷³ El encargado de un Registro público no sufre la compulsión de alguaciles, ujieres o actuarios fiscales; y, por otra parte, la modificación de los registros no implica perjuicio alguno para el registrador. El ejecutado, según Satta,⁷⁴ se encuentra en estado de sujeción, tanto respecto a quien pretende la ejecución, como del órgano facultado para la actuación; en la inteligencia de que éste puede no ser el mismo que acertara la responsabilidad, pues, como señala Porrás, la regla de que las sentencias deben ejecutarse por los funcionarios con poder jurisdiccional, no es absoluta y una autoridad administrativa o una judicial distinta de la que conoció, pueden, por disposición de la ley, llevar a cabo la ejecución,⁷⁵ razón que puede también esgrimirse para recordar que si la jurisdicción, por comisión no está permitida, sí lo está la ejecución por delegación.

⁶⁹ S. J. Garza, p. 154.

⁷⁰ Vicente y Gella, p. 142.

⁷¹ Id., p. 70.

⁷² Castillo Larrañaga y De Pina, p. 303.

⁷³ Vallarta, p. 41.

⁷⁴ Satta, p. 61.

⁷⁵ A. Porrás, p. 310.

Pero la determinación de esos presupuestos no es la misma para todos los autores, Sodi la limita a cuatro elementos: un sujeto de la pretensión, un órgano de la ejecución, un objeto de ella y un título;⁷⁶ sin embargo, en todos los casos se habla de la necesidad del título, y ello es natural, porque en él se contienen los elementos de eficacia a los que la ley condiciona la orden de proceder contra el ejecutado. La comprobación meramente extrínseca que el ejecutor verifica respecto al documento, dice Furno,⁷⁷ no le pone en contacto con un juicio histórico normativo sino con la voluntad concreta de la ley que le manda actuar sin importarle ninguna convicción.

Ese título, sea como prueba legal del derecho o como medio de certeza, tenga el carácter de ejecutivo (convencional) o de ejecutorio (pronunciamiento judicial), tiene la función de elemento constitutivo de una pretensión de coaccionar. La garantía contra la compulsión sufre una excepción ante la eficacia del título, dice Ayarragaray,⁷⁸ su fuerza en todas las legislaciones, es de tal naturaleza, que puede no intervenir en la ejecución el beneficiado con la sentencia (art. 534 cpc.), aunque quede responsable de las consecuencias como promotor de los hechos.⁷⁹ Con todo, la doctrina ha pasado desapercibida la existencia de una tercera clase de título: el ejecutante. La administración, se dice,⁸⁰ tiene dos privilegios para la realización de sus decisiones: el de efectuarlas sin intervención previa del juez y el de la ejecución de oficio. A este privilegio se le llama ejecutoriedad y, debido a él, los actos administrativos imponen deberes o restricciones a los jurisdicionados, que pueden realizarse aun contra su voluntad. Dicha ejecutoriedad parte del principio opuesto que impera en el Derecho privado; mientras los particulares tienen prohibida la actuación violenta para evitar la anarquía, la administración pública, dice Fraga, puede tutelarse directamente sin el auxilio de otras autoridades. Ello no obstante, la autotutela de la Administración no implica excepción al presupuesto del título, todo lo contrario, el artículo 16 constitucional exige la orden escrita debidamente fundada y motivada.

En consecuencia, la ejecución es legítima en los términos del título, y en él han de constar los restantes presupuestos; pero, además, el procedimiento coactivo produce efectos que son los resultados especiales de la com-

⁷⁶ Sodi, T. I, p. 381.

⁷⁷ Furno, p. 203.

⁷⁸ Ayarragaray, p. 105.

⁷⁹ Id., p. 211.

⁸⁰ M. M. Díez, p. 203.

pulsión. Puede suceder, según Satta, que el obligado detente un bien de otro, que detente un bien que deba dar a otro, que no conserve un bien que deba dar a otro, o que, en fin, deba hacer o no hacer para otro cualquier cosa que constituya un bien o no consienta el cumplimiento.⁸¹ Si los dos primeros casos llevan a la ejecución directa, el tercero a la indirecta y el cuarto a un proveimiento constitutivo que no es ejecutivo ni jurisdiccional, parece lógico sostener que no todas las obligaciones producen efectos ejecutivos. Estos sólo se advierten, en el campo patrimonial, cuando la modificación es real y excluye al ejecutado, aunque puede ir más allá y afectar al sujeto en su libertad o su persona. Timbre de orgullo para México, escribía Vallarta,⁸² es el haber prohibido la prisión por deudas aunque fueran fiscales, el apremio militar, las dietas diarias, la responsabilidad de los Ayuntamientos y el remate de los bienes embargados, por sólo la postura que cubriera el crédito, crueldades todas inventadas por la avaricia de la Administración. Sin embargo, esta última ha continuado utilizando medidas tales como el embargo preventivo, la clausura de establecimientos, la declaración de interdicción del ejercicio profesional, la prohibición de circulación (automóviles), la privación de derechos públicos, la exclusión del infractor respecto a un servicio público, la eliminación de las listas de electores, de las Cámaras de comercio, de ciertas comisiones fiscales de conciliación, la prohibición de importar, la declaración de nulidad de las operaciones, la publicación de la condena, la confiscación de bienes, la reversión, las multas y hasta la aprehensión del individuo; aunque ciertamente, esas sanciones están más generalizadas en legislaciones extranjeras que en la nacional.

De todas maneras, a través del título se produce el efecto que menciona Ayarragaray,⁸³ se delimita el campo operatorio y se ejerce la coacción sobre un objeto determinado, que puede ser la misma persona o un derecho. Presupuestos y efectos se unifican ante el título, por ello, la ejecución vive idealmente en el accertamiento documentado antes de manifestarse en la realidad alterada. De otra manera, ni hay ejecución sino violencia, ni se consigue el fin legal de realizar la responsabilidad a que está sujeto el ejecutado.

⁸¹ Satta, p. 23.

⁸² Vallarta, p. 25.

II. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO

5. *Necesidad de la vía.*—Una institución que no regulara la capacidad de los sujetos,⁸⁴ la responsabilidad de la conducta⁸⁵ y el rito público para hacerla efectiva, sería insuficiente. La vía de ejecución, dice Foignet⁸⁶ es un procedimiento que tiene por objeto asegurar la realización del derecho por medio del rigor. La vía se liga al procedimiento general, a la teoría de los contratos y las obligaciones y a la de los mismos privilegios como la hipoteca, en la distribución del producto de la venta después del embargo. Los textos sobre el procedimiento son de orden público y se aplican a nacionales y extranjeros por igual, están sobre la voluntad de los particulares y del poder del juez, no se derogan por convenio privado,⁸⁷ ni puede organizarse una vía no prevista en la ley. El procedimiento de la vía ejecutiva es de reconocido origen germánico.⁸⁸

En principio, parece que el acreedor tiene derecho a la ejecución de la misma obligación y la figura del “astreinte” se concibe como medio indirecto;⁸⁹ pero si se reflexiona en que todas las prácticas han tendido a afectar intereses diversos al primariamente subordinado, resulta que la ejecución se efectúa en un procedimiento que abarca algo más de la conducta identificada en las prestaciones de la relación sustantiva básica. Baste pensar que la intervención de depositarios, peritos, etc., grava el débito principal, de modo que, por ejemplo en España, el deudor corría con los gastos de traslado de objetos y su anotación, pero el pago de auxiliares, peritos, pregoneros y el papel de reintegro, se sufragaban a cuenta de recargos.⁹⁰ Es interesante recordar que en el viejo sistema, bajo pena de nulidad, el mandamiento de ejecución se entregaba al acreedor para que lo hiciera ejecutar.⁹¹

En el orden civil, se ha llegado a considerar que la ejecución es una serie de procedimientos encaminados a llevar a efecto, por embargo y venta

⁸³ Ayarragaray, p. 76.

⁸⁴ Briseño, Categorías, p. 26.

⁸⁵ Id., p. 25.

⁸⁶ Foignet, p. 1.

⁸⁷ Batalla García, p. 80.

⁸⁸ Foignet, p. 4.

⁸⁹ Id., p. 4.

⁹⁰ Manual de apremios, p. 30.

⁹¹ Jordán de Asso, p. 323.

de bienes, una obligación previamente declarada.⁹² Se ha pensado, también, que el ejecutivo es un juicio sumario introducido en favor de los acreedores para conseguir sin más dilaciones el cobro de sus créditos, atendidas la verdad y la equidad.⁹³ Sin embargo, no todas las apreciaciones concuerdan con la realidad jurídica, desde luego, es inadecuada la calificación de serie porque esta nota sólo puede acomodarse a la naturaleza del verdadero proceso,⁹⁴ además, ni siquiera en el campo judicial y aunque se piense en la esfera patrimonial, puede hablarse de juicio; las simples sanciones económicas contenidas en las medidas disciplinarias, se aplican por el juzgador sin formar proceso, lo que no impide que, después de impuestas, se oiga al perjudicado en justicia, situación que en realidad conforma un procedimiento administrativo revocatorio.⁹⁵ Por último, las ejecuciones personales abundan en el proceso civil, como expedientes de policía para asegurar la marcha de la serie: entre otras, puede citarse por lo anacrónico y asistemático, el artículo 385 fracción I del cpc. que autoriza citar a las partes a absolver posiciones bajo el apercibimiento de ser tenidas por confesas, “o de ser conducidas por la policía si el juez lo estima conveniente”. Estos casos no resisten una separación sutil entre lo disciplinario, lo administrativo y lo penal, porque las ejecuciones personales son de tanta importancia que se ha propuesto invertir el valor de lo penal, destacando el estudio y experimentación del hombre en el desarrollo del sancionamiento mismo.⁹⁶

La ejecución, se infiere de lo dicho, es un procedimiento que aparece en los dos campos: administrativo y judicial. La comunidad de notas: compulsión, título, agente, responsabilidad y ejecutado; explica la necesidad de una vía segura, tanto para los sujetos pasivos como para los ejecutantes. Esa vía es de orden público, es la dinámica de una secuencia, legalmente establecida, para unir sucesivas instancias, en un mecanismo que tiene la homogeneidad de su única finalidad.⁹⁷ Aunque los caracteres anteriores le acerquen al proceso, no le asimilan con él pero sí demuestran que está en su desenvolvimiento. El proceso, como la ejecución, viven en el procedimiento, por ende, resulta obvio puntualizar que los primeros son algo más que el último, porque le implican en la misma forma que lo químico supone lo mecánico.

⁹² López Portillo, p. 153.

⁹³ Del Castillo Velasco, p. 141.

⁹⁴ Briseño, Categorías, p. 138.

⁹⁵ Id., p. 422.

⁹⁶ Acero, p. 443.

⁹⁷ Briseño, Categorías, p. 365.

Por las circunstancias indicadas, es comprensible que la doctrina haya equivocado las conclusiones y, al ver procedimiento, tanto en la cognición como en la ejecución, hable de un juicio: el ejecutivo, y piense que se trata de una secuencia mixta de ejecución con una fase de conocimiento;⁹⁸ sin embargo basta recordar que la sentencia de remate se ha concebido como la resolución que decide si ha lugar o no a llevar adelante la ejecución sin pronunciarse sobre la relación material, pues, se dice,⁹⁹ la controversia sobre el crédito es una cuestión prejudicial. Chioventa ha sostenido que si la acción ejecutiva existe y se cita al deudor, como en la expropiación de inmuebles, el objeto del proceso no es dicha acción, sino la admisibilidad del acto ejecutivo;¹⁰⁰ y Gómez de la Serna enseñaba que el ejecutivo se distingue del declarativo, porque en aquél se supone la existencia cierta de un derecho que en el segundo se duda, y así, no le llamaba juicio sino procedimiento para asegurar bienes.¹⁰¹

La seguridad del crédito es indispensable en lo fiscal. La oficina recaudadora debe practicar la liquidación y dictar acuerdo que inicie el trámite coactivo.¹⁰² Y el mandato de autoridad competente es indispensable en lo penal, al grado de que Beling habla de título ejecutable y afirma que con la admisibilidad de la ejecución punitiva nace la facultad del Estado (en realidad, del órgano ejecutor) de realizar la pena.¹⁰³ En general, pues, debe decirse que la ejecución debe efectuarse dentro de lo que se llama vía de derecho público.¹⁰⁴

6. *Noción histórica.*—Porque la ejecución es un procedimiento público, establecido por la necesidad de obtener la realización aun a costa de la compulsión sobre el responsable, debe aceptarse con Liebman¹⁰⁵ que la falta de un procedimiento romano ejecutorio, obedeció a que el “iudex” era un particular y carecía de imperio, de manera que su sentencia era privada, situación que perduró hasta la desaparición de los dos momentos “in iure” e “in iudicio”. A su vez, en el derecho germánico, la modificación real fue una actividad privada del acreedor, usando su fuerza sobre los bienes

⁹⁸ Liebman, p. 400.

⁹⁹ Id., p. 401.

¹⁰⁰ Chioventa, Principios, p. 401.

¹⁰¹ Gómez de la Serna, p. 14.

¹⁰² J. Castillo, p. 7.

¹⁰³ Beling, p. 366.

¹⁰⁴ Carrillo F., p. 65.

¹⁰⁵ Liebman, “Le opposizioni”, p. 12.

del deudor para hacerse pago; de ahí que fuera este último quien compareciera ante el juez reclamando persecución injusta; por lo menos, hasta que las necesidades del comercio y la navegación hicieron surgir el “*processus executivus*”. Furno¹⁰⁶ sostiene que el origen de los títulos ejecutivos extrajudiciales, remonta a la época comunal en que había frecuente interferencia de funciones entre el juez y el notario, las que explicaban la eficacia inmediata de los instrumentos autorizados por el “*iudex chartularius*”.

Al repudiar la iglesia la defensa privada, resurgió el principio romano de que la ejecución debía estar precedida por el conocimiento, aunque en ciertos casos éste pudiera ser limitado o postergado. La “*actio iudicati*” comienza a llamarse “*actio in factum*”, hasta que en el siglo XIII se prescinde de ella para reconocer al juez la facultad indispensable que incluía la realización de sus sentencias. El pronunciamiento ya no es una prueba de crédito, ni base de la “*actio*”, el juez tiene potestad para actuar la ley con prescindencia del derecho de crédito.¹⁰⁷

Lo que atrae la atención, dice Furno,¹⁰⁸ es el nombre que se da a los documentos: “*instrumenta guarentigiata*” o “*confessionata*”, una de cuyas variedades “*ex causa cambii*” es remoto antecedente de la letra del mismo nombre. La doctrina veía en ellos una confesión y aplicaba el principio “*confessus habetur pro iudicato*” que ocasionaba la inmediata ejecución. Documentos notariales y judiciales se equipararon por motivos de organización de los oficios y el juicio ejecutivo viene a originarse en el derecho común o romano canónico.

El uso medieval de no citar a juicio al deudor y apoderarse de sus bienes por la fuerza, parece surgir del pacto de precario, porque teniendo el acreedor la posesión natural y civil, lejos de agredir al deudor, se consideraba perturbado con la renuencia de éste. Podía, entonces, entrar en posesión de los bienes, sin efusión de sangre, práctica que Baldo remontaba hasta los griegos, en cuanto concedían al acreedor, aunque no hubiera pacto, un derecho semejante y, ante la resistencia, le otorgaban un recurso parecido al “*unde ri*”.¹⁰⁹

En resumen, el pacto ejecutivo, conforme al espíritu de la ley 3a. C. de “*pignoribus*”, cuando el acreedor acudía ante la autoridad, se seguía según el procedimiento pactado que, los tratadistas, extendieron abarcando

¹⁰⁶ Furno, p. 205.

¹⁰⁷ Liebman, id., p. 15.

¹⁰⁸ Furno, p. 205.

¹⁰⁹ Villalobos, p. 112.

los demás contratos. El acreedor pudo comparecer ante el juez protestando que lo hacía por deferencia y dejando a salvo sus derechos derivados del convenio. El nombre de “voie parée” y sus equivalentes “executionis paratam”, aparejada ejecución, se formaron por corrupción del participio “paratam” empleado en la ley 40 D. de “minoribus”, donde se habla de “persecutionem partam ex causa iudicati”. Cuando se extendió la práctica de obtener directamente del juez la orden de prestación, que abría a la ejecución, apareció el “mandatum de solvendo” que se acompañaba y justificaba con la “clausula iustificativa” para permitir las oposiciones. Este mandato, diferente al del “processus executivus” y al documental que se dictaba previa cita del deudor, con ejecución parada, se distinguió por el nombre “mandatum sin clausula” o “cum clausula et si quis”, siendo consideradas por separado estas formas.

Al aparecer la Clementina Sacpe, sus disposiciones se aplicaron a la ejecución y se reconoció que el “ius executivus”, derivado de la sentencia, se podía obtener sin la declaración judicial de la permanencia del derecho de crédito. Se afirmó que la sentencia tenía ejecución “parata”. La ejecución “officium iudicis” precedió ante el juez de la sentencia, la vía “paratam” ante otros jueces, por la innovación contenida en la sentencia. En todo caso, al mandamiento precedía la citación y, en forma especial, después de la subasta.¹¹⁰ La ejecución sin intervención judicial, o incidentalmente con ella, sustituyó al “processus executivus” en Italia y, en España, se hace remontar al Fuero Juzgo (ley 23, título 1º, libro 2º) que declara que, si el demandado confiesa la deuda, el actor no necesita prueba y el juez debe acoger la demanda y dar sentencia por escrito para que ninguna duda venga después¹¹¹ (sobre este punto, Fairén¹¹² destaca la antigüedad del ordenamiento sevillano de 1360). Por último, Podetti afirma que la ejecución cambiaría y el proceso monitorio, son formas residuales del “processus executivus”, y que ya en los antecedentes españoles, aparece una reserva de prueba para el período posterior al cumplimiento de la obligación.¹¹³

7. *Características del procedimiento.*—Aún quienes pugnan por la tesis monista del proceso que incluye la llamada fase ejecutiva, reconocen que, a diferencia de la cognición, el procedimiento sirve para actuar una situa-

¹¹⁰ Ayarragaray, p. 35.

¹¹¹ Podetti, p. 20.

¹¹² Fairén, pp. 553 y ss.

¹¹³ Podetti, p. 43.

ción jurídica, para llevar a cabo actividades prácticas necesarias para modificar el estado de hecho y remover lo que se considera contrario a derecho.¹¹⁴ Se trata de obtener la conformidad de lo que es con lo que debe ser y, para ello, hasta la pretensión de coaccionar, si bien, en ocasiones que coinciden con la ejecución judicial, a ella debe preceder el conocimiento que establece la conformidad de lo pedido con lo certificado. La certidumbre necesaria es, en todos los casos, proporcionada por el título.¹¹⁵

El procedimiento español, que con variaciones explicables se sigue en Iberoamérica, por su traza, su disposición, su contenido y efectos de la resolución, es heredero directo del "processus executivus".¹¹⁶ En estas condiciones, cuando se piensa, procesalmente, en la ejecución, se toma en cuenta su liga más o menos estrecha con el conocimiento; pero, a medida que se ensancha el campo de observación, se advierte que la ejecución es un procedimiento con plena autonomía, lo que en nada impide que pueda depender eventualmente de un litigio sometido a proceso. De una manera particular, el carácter del acto administrativo, lleva de inmediato a pensar en el procedimiento de ejecución (y así lo ha visto la jurisprudencia);¹¹⁷ por tanto, no es extraño que hasta la tesis conservadora de Chiovenda¹¹⁸ admita que, luego de la sentencia de autorización para vender, que agota el acto autoritativo de coerción (lo que es falso), sigue un acto administrativo que es el vender, realizado por el juez que, al levantar el acta de remate, efectúa una relación administrativa contractual.

El procedimiento de ejecución está tan emparentado con el acto administrativo como con el judicial;¹¹⁹ pero ello mismo destaca la tajante separación de ambos. Su característica innegable es la de ser una actividad compulsoria, lo que descarta la posibilidad de una válida resistencia del ejecutado. Es verdad que la Constitución garantiza la pacífica posesión, el normal disfrute de los derechos y la libertad personal (la no sujeción de la conducta propia a la imposición ajena); pero ninguna contradicción existe entre ese aseguramiento y la legitimidad de la coacción, porque ésta debe ejercerse ahí donde ha habido extralimitación del responsable. La cuestión consiste, por tanto, en puntualizar los límites de los derechos indivi-

¹¹⁴ Carnelutti, Instituciones, p. 159.

¹¹⁵ Id.

¹¹⁶ De la Plaza, II, p. 523.

¹¹⁷ Semanario Judicial, T. CXVI, p. 1028.

¹¹⁸ Chiovenda, Ensayos, p. 347.

¹¹⁹ Briseño, Categorías, p. 395.

duales: subjetivo, familiar, administrativo, estatuto personal y de instancia. Las relaciones derivadas de ellos y coordinadas en las figuras institucionales respectivas, suelen llevar a consecuencias de responsabilidad que se ubican en la normatividad pública, donde la coacción es normal.

A ese procedimiento de ejecución, como a toda ritualidad legal, le es adecuada la variedad de ideas directrices de la sistematización normativa que se llaman principios generales o, como quiere Millar¹²⁰ principios formativos. Pero no se trata de las nociones rectoras del proceso, y en este punto cabe aclarar que Millar engloba principios procesales con procedimentales. En la ejecución no hay bilateralidad de la audiencia porque, o está pospuesta para cuando se realice el control jurisdiccional de la ejecución, o se ha anticipado en el proceso que la doctrina quiere distinguir con el calificativo de cognición.¹²¹ En cambio, puede hablarse de presentación de parte e investigación oficial, según que el beneficiario del título (ejecutivo o ejecutorio) o la autoridad competente (para el título ejecutante), abran el procedimiento; con ello queda esclarecido que este principio tampoco es procesal (por lo menos, no lo es exclusivamente) y que se refiere al litigio y no a la serie proyectiva.¹²² En la ejecución puede haber impulso de parte, especialmente cuando ella es la ejecutante (administración), pero en realidad el impulso es oficial en cuanto quien debe prestar la ejecución es el ejecutor mismo y no los titulares de derechos privados. Hay, sí, un orden consecutivo, pero no una preclusión ni acumulación eventual, porque el título es la medida de la realización. La prueba es siempre formal por la índole misma del título, y la oralidad resulta ineliminable por el contacto directo del ejecutor y el ejecutado, pero la escritura se manifiesta indispensable, tanto para aludir al título como a la subsecuente acta de la diligencia. El procedimiento exige una inmediatez ineludible, sin que obste la circunstancia de poder delegar en otra autoridad los actos, porque el exhortado se convierte en ejecutor y en sujeto inmediatamente conectado con el ejecutado. Por último, la publicidad del procedimiento no impide el secreto de la instrucción.¹²³

Lo comentado sirve para precisar una circunstancia decisiva: la ejecución comienza a partir del título. Cuanto le preceda podrá denominarse procedimiento oficioso (administrativo) o procesal; pero en ningún caso

¹²⁰ R. W. Millar, p. 43.

¹²¹ Liebman, *Sobre el juicio*, p. 399.

¹²² Briseño, *Categorías*, p. 151.

¹²³ Carrillo Flores, p. 101.

ejecución. Podrá discutirse si la obligación contributiva es relación administrativa o política como quería Vallarta,¹²⁴ mas ninguna duda cabe de que su satisfacción puede realizarse coactivamente conforme al texto constitucional, siempre en vía de apremio. Será factible hablar de medios indirectos para obtener la prestación y aceptar con Foignet que el "astreinte" es una condena pecuniaria, una amenaza susceptible de vencer la resistencia del deudor,¹²⁵ pero habrá que reconocer que estas determinaciones judiciales son apenas el antecedente de la ejecución, que, por su propia finalidad, pueden no alcanzarla. La ejecución se apoya en el título y no en el proceso de conocimiento que cita Ayarragaray.¹²⁶ Con todo, la ejecución no es violencia, no es ilicitud; entre la instrucción o la sentencia (el accertamiento) y la realización, corre un plazo más o menos corto, en el que inciden la notificación, el requerimiento y hasta las impugnaciones, garantías y medios suspensivos. Es cierto que en muchas ocasiones, la ejecución misma es acompañada con otras compulsiones, lo que se llama ejecución indirecta, como la guarnición colectiva o individual francesa, la prisión por deudas o por desacato, ocultamiento, resistencia y demás, y el llamado "contrainte par corps".¹²⁷ Sin embargo, estas cargas legales porque están en la ley aunque inadecuadas por la hipótesis misma de la ejecución, no son ésta sino medidas auxiliares. La ejecución es la secuencia de actos, eslabonados y apoyados en la materialidad, según el propósito derivado del título en que consta la situación jurídica a realizar; la ejecución es el procedimiento de la autoridad competente para efectuar la responsabilidad a cargo del ejecutado.

III. DEL TÍTULO DE EJECUCIÓN

8. *El documento.*—El título, presupuesto fundamental y constitutivo del procedimiento de ejecución es, ante todo, un documento. El artículo 16 constitucional exige la escrituración del mandato y no hay ley procesal que no se refiera a la forma de la sentencia judicial. Pero los escritos no forman una sola categoría de objetos, doctrina y legislación oscilan, por lo menos, entre dos especies: los documentos y los instrumentos. Instruir y

¹²⁴ Vallarta, p. 59.

¹²⁵ Foignet, p. 9.

¹²⁶ Ayarragaray, p. 44.

¹²⁷ Vallarta, p. 28.

enseñar ("docere") tienen jurídicamente más puntos de contacto que de separación, por lo que podría limitarse la palabra instrumento para aquellos escritos que ayudan al procedimiento, y documentos para los que constatan o muestran la relación jurídica. Sin embargo, esta sugestión no tiene más propósito que la de fijar convencionalmente la terminología, sin llegar a la censura de las prácticas en contrario; sobre todo, lo importante es que el documento es una "forma" jurídica donde se establecen: la relación normativa, la posición de los sujetos y la situación de sus actos.

Forma, dice la doctrina,¹²⁸ es la declaración exteriorizada, la vestimenta, el uniforme con que el acto o negocio se muestran a la vida jurídica. Todo parece indicar que el Derecho no acepta que una relación tenga valor *sin su manifestación formal*, pero hay que dejar sentado que aquí no se habla del derecho de la forma, o sean las reglas que atañen a la presentación del procedimiento, lo que se llama derecho formal o adjetivo, sino del derecho que regula la expresión de la conducta jurídica.

En este último sentido, el libro V, título 2 del Fuero Juzgo es el primero en el derecho hispánico que exige la escritura,¹²⁹ y cuando ésta no era patrimonio general, príncipes y señores aprendían a hacer su *monograma como* abreviación del nombre, del que deriva la estampilla, en que se incluían letras y rúbrica, la cual probablemente fue usada por primera vez por Juan II de Portugal.¹³⁰

Para los notarialistas, el protocolo es principio clasificatorio y, según él (derivado del griego: primero y principal, y lugar), son documentos públicos principales: las escrituras en su matriz y los testimonios o copias de ellas; un segundo grupo lo forman los documentos administrativos: actas de inspectores fiscales, billetes de lotería, licencias y cuantos exteriorizan o expresan la voluntad de la autoridad.¹³¹ Parece, entonces, que lo decisivo en este campo es el vínculo entre el instrumento (registro, protocolo, etc.) portador de la fe pública, y el documento que con ella se relaciona por autenticación. Los notarialistas hacen remontar el título ejecutivo hasta la "mancipatio" y el "nexum" cuando se celebraban ante el "libre pens" y cinco testigos con palabras solemnes.¹³² El "instrumentum" se consideró como medio único de prueba, a pesar de su transformación en los contratos reales y consensuales.

¹²⁸ C. E. González, p. 31.

¹²⁹ Id., p. 49.

¹³⁰ Miracle, p. 33.

¹³¹ C. E. González, p. 99.

¹³² Id., p. 48.

Técnica distinta es la utilizada por los procesalistas. Carnelutti¹³³ parte de la división entre autodocumentación (donde convergen el autor del documento y del hecho documentado) y heterodocumentación (donde divergen dichos sujetos). En todo caso, para el autor, el documento no proviene de quien lo factura, sino de quien lo suscribe. La autodocumentación puede representar el hecho de su formación con el carácter de constitutiva, por lo que dispone; o bien narrativa, porque representa un hecho diverso. Cuando se forma un acta, se describe lo que se ve; cuando se hace una narración se origina una relación. Por su parte, la certificación debe distinguirse de la operación federataria y contemplarse como función documentadora, propia de la atribución autenticadora, aunque también hay certificación en la expedición de copias y en su legalización. Estas distinciones son igualmente aplicables a la heterodocumentación.

Desde el punto de vista del título, es decir, si el documento se analiza en su carácter de presupuesto fundamental de la ejecución, habrá que concluir que es el escrito constitutivo de la pretensión coactiva. El título es un documento que porta el ejecutor, de manera que la discusión acerca de si se trata del acto o de su prueba, obedece a que se contemplan objetos diferentes. Al expresar el legislador que traen aparejada ejecución, desde la primera copia de una escritura pública expedida por juez o notario, hasta el juicio uniforme de contadores si las partes se hubieren sujetado a él expresamente o lo hubieren aprobado,¹³⁴ en realidad se está refiriendo al documento (no al instrumento o protocolo) que justifica la instancia del particular. Pero la ejecución misma, comienza a partir del momento en que la autoridad (judicial o administrativa: por ejemplo, la que conforme al artículo 77 del código fiscal, determina el crédito) emite la instrucción, ordenanza o mandato.¹³⁵

Si el procedimiento de ejecución es una vía pública, si nace a partir del mandato de la autoridad competente, si contra este mandato no caben más remedios que los que la ley consigna (entre ellos las excepciones y defensas causales), si el ejecutor es un agente de la autoridad, y si todo ello tiene como justificación el título respectivo del funcionario; parece indudable que el título es un documento público (judicial o administrativo), pero en tal caso, aquellos que se originan convencionalmente no pueden ser llamados títulos sino por sinécdoque, por lo menos no serán los títulos

¹³³ Carnelutti, Lecciones, III, p. 115.

¹³⁴ Cpe., art. 443, Cfpe., art. 407, C. de c., art. 1391.

¹³⁵ M. Pugliese, p. 251.

de la ejecución sino del derecho o de la pretensión correspondiente, según la clase de autoridad que deba conocerlos para emitir el mandato (verdadero título de la ejecución). Coordina con esto la jurisprudencia cuando expresa: "Autoridades ejecutoras. La ejecución que lleven a cabo, de órdenes o fallos que constituyan una violación de garantías, importa también una violación constitucional". "Autoridades ejecutoras. Si el amparo se niega contra las autoridades que ordenen la ejecución del acto que se estima violatorio de garantías, debe también negarse respecto de las autoridades que sólo ejecutaron tal acto por razón de su jerarquía".¹³⁶ La validez del título y su índole presupuesta, quedan evidenciados en estas tésis.

9. *Forma y contenido.*—Aunque en principio la forma no es constitutiva, existen muchos casos en que los negocios jurídicos tienen virtualidad por ella, entre ellos destaca el de los títulos de crédito.¹³⁷ Ya las Institutas hablaban de la "literarum obligatio" como contrato abstracto, además de la "stipulatio", de modo que no sólo se puede separar el acto formal de la forma del acto, sino que es frecuente estudiar por un lado los formulismos y por otro las formalidades.¹³⁸ Parece conveniente, por lo mismo, dar a cada noción un significado que vaya en relación con su jerarquía. La gislativo; acto materialmente ley puede serlo el administrativo, especialmente tienen; pero cuando los efectos se atribuyen al procedimiento para confeccionar cierta forma y no cualquiera otra, habrá que aludir a lo formal. *Acto formalmente ley, se dice, es el proveniente del procedimiento legislativo; acto materialmente ley puede serlo el administrativo, especialmente en el reglamento.*¹³⁹ De ahí puede inferirse que el formalismo es la secuencia consagrada para obtener una forma particular, por lo que formulismo queda como denominación de un esquema inalterable. Decir que el proceso es formalista es tanto como exigir el procedimiento legal, censurar su formulismo es atacar el molde férreo de sus lugares comunes. La formalidad es certeza y validez por correspondencia de la forma a lo normado, formulismo es degeneración que la economía de la práctica ha implantado.

El formulismo puede eliminarse sin mengua de la formalidad, pero ésta resulta indispensable para asegurar la eficiencia de los actos. Las relaciones jurídicas se vuelcan en la forma arbitraria o convencional para garantizar su contenido. Por ejemplo, mientras el documento puede ser

¹³⁶ Apéndice al tomo CXVIII del Semanario Judicial, pp. 355 y 357.

¹³⁷ Vicente y Gella, p. 26.

¹³⁸ Arangio Ruiz, p. 54.

¹³⁹ Tena Ramírez, p. 469.

escrito por cualquiera, para su eficacia es forzosa la rúbrica de su autor intelectual; la figura caprichosa trazada con el nombre y apellidos de quien suscribe, la contraseña particular, a la manera del sello en los antiguos. Firma en latín (“firmare”) significa afirmar, corroborar y hacer valedero el contenido escrito antes de ella (la rúbrica, en cambio, se hace provenir o de “roborare”, robustecer, corroborar lo que precede, o de “ruber”, por ser roja la tinta con que entonces se trazaba el signo).¹⁴⁰

El documento tiene un efecto y un valor presuntivos respecto a la existencia de la obligación (en los títulos, ésta es literal y autónoma). No se puede, dice Vicente y Gella, proceder a investigar primero si una obligación escrituraria es título de crédito para decir luego que tiene los caracteres respectivos, hay que saber primero si está incorporada la obligación, si es literal y autónoma. Existirá título cuando el legislador asigne tales efectos a la obligación escriturada, de naturaleza patrimonial.¹⁴¹ Por tanto, hablar de un título, es referirse a un documento formal (con forma escrita), aunque su confección sea más o menos libre (más o menos formulista, algunos requieren cierta precisión y, en España, se exige el papel timbrado).¹⁴²

La forma trasciende hasta el valor probatorio, lo tienen pleno, dice Moreno Cora,¹⁴³ las escrituras públicas respecto del hecho que es su objeto, pero no de aquello que incidentalmente se le relaciona. Parece que esta clase de documentos dio lugar a la frase obligación documental debida a Bonelli al hablar de “cartolare”;¹⁴⁴ aunque la doctrina francesa sigue el sistema de llamar públicos o auténticos a los actos firmados en público, y privados a los restantes. En Italia, en cambio, se piensa que es público el que afirma su formación en presencia del hecho, destinándose a fijar de modo permanente su representación verbal o figurativa. Los argentinos, por su parte, suponen que el documento público es el que hace prueba aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y también de su fecha, además de dar eficacia al negocio mismo.¹⁴⁵

No hay, pues, una congruencia absoluta en la teoría, pero a través de estos criterios, el documento público va destacando sus fines: la responsabilidad del sujeto obligado, la credibilidad, su autenticidad por el origen

¹⁴⁰ Mirabe, p. 32.

¹⁴¹ Vicente y Gella, p. 131.

¹⁴² Id., p. 139.

¹⁴³ Moreno Cora, p. 266.

¹⁴⁴ Arcangeli, p. 2.

¹⁴⁵ C. E. González, pp. 59 a 66.

y la enunciación, la firmeza y la irrevocabilidad (lo que no impide la anulación) y, sobre todo, la ejecutoriedad. Es éste el contenido más relevante, lo mismo en el campo civil que en el penal o el administrativo, pues se trata de la cualidad del título, en virtud de la cual, el ejecutor puede, en caso de resistencia, obtener la modificación de la realidad en el sentido de la instrucción y mediante la fuerza estatal. Con estas propiedades, y con las salvedades que se apuntaron en su oportunidad, pueden catalogarse entre los documentos públicos a los judiciales y a los administrativos por más que la doctrina añade los notariales, documentos que, propiamente, *deben denominarse profesionales*, puesto que el escribano ha dejado de ser funcionario público desde el punto de vista orgánico, aunque conserva la autenticación; ¹⁴⁶ como sea, es la ley la que atribuye a los documentos su valor, según presunción de legitimidad, ¹⁴⁷ es ella la que tasa su credibilidad con rígido mecanismo normativo, dice Furno, para satisfacer la necesidad general de certidumbre, sobre la base de reglas de experiencia, con enérgicas repercusiones en el campo sustancial. ¹⁴⁸

Como no puede negarse que el documento (público: administrativo y judicial, profesional o notarial, y el privado: de crédito y reconocido) se convierte en título hábil para ejecutar cuando se emite por la autoridad competente y se tramita por el ejecutor, es manifiesto que, además de exigir una conversión cuando no es el documento instructorio, sólo puede llamarse título de ejecución al que abre el trámite coactivo y no a todos los que, por ejemplo, citan los procesalistas reproduciendo el articulado de la ley, ¹⁴⁹ o los notarialistas con el afán de sobreestimar la profesión, sino aquellos que originan el apremio, lo que en el campo fiscal constituye el principio (cabeza) del expediente. ¹⁵⁰

10. *El título.*—La importancia del documento para la ejecución es de rango constitucional, avalado por la tradición histórica que aparejó la confesión a la sentencia y la escritura notarial a ambas. ¹⁵¹ Sin embargo, no puede olvidarse que el título formado sin intervención judicial, se concibe como una disposición anticipada del propio derecho, a la que se le atri-

¹⁴⁶ Mustapich, I, p. 50.

¹⁴⁷ Coronas, p. 228.

¹⁴⁸ Furno, p. 207.

¹⁴⁹ Sodi, La Nueva Ley, II, p. 396.

¹⁵⁰ Rossy, p. 509.

¹⁵¹ Podetti, p. 13.

buye la precedencia de la compulsión.¹⁵² Esto es así, piensa la doctrina,¹⁵³ porque como acto con eficacia constitutiva, resulta fuente inmediata y autónoma de la coacción; o bien, como quiere Carnelutti, una condición del ejercicio del derecho en su virtualidad de simple prueba; y aún podría agregarse que para Chiovenda es el poder jurídico de establecer la condición para la actuación práctica de la ley.¹⁵⁴

De cualquier manera, lo cierto es que el título es el principal presupuesto de la ejecución, que tiene el valor de un documento de legitimación formal,¹⁵⁵ al grado de que la actividad ejecutora nace y muere con él, independiente de la relación sustancial; en la inteligencia de que la administración pública puede crear títulos, como los destinados al cobro de impuestos, susceptibles de excluir la competencia judicial. Es obvio que en un régimen de Derecho, la ejecución puede obstaculizarse por diferentes medios, unos tendientes a detener el procedimiento y otros a destruir la causa; pero en tanto el título aparece como el presupuesto documental, la situación jurídica adquiere perfiles singulares, según la clase de título que se observe. El de crédito, por ejemplo, cumple su finalidad de circulación de bienes futuros con la adquisición del documento, pero en el fondo, destaca la transmisión del derecho a exigir la prestación que del texto resulte.¹⁵⁶ Si al título se le sustrae la nota crediticia, es probable, siguiendo una idea de Satta,¹⁵⁷ que la característica relevante sea la fundamentación de la pretensión de proceder a efectuar la modificación real de la situación jurídica.

Es verdad que la tesis de Satta sólo es aplicable a la sentencia de condena y, por lo mismo, no sirve para explicar la naturaleza de las restantes decisiones, pero al menos cabe llevarla al campo administrativo, para confirmar que aquí también, el título acierta la subsistencia de las condiciones para la actuación de la sanción, o sea; del interés que se quiere tutelar,¹⁵⁸ porque la ejecución, queda evidenciado, excede el campo judicial y la misma noción de pena, además de que la aludida autorización del responsable ya no tiene aplicación en lo ejecutante de la Administración.

En este último sector, el título es autodocumentado por el ejecutor, y contiene un accertamiento de prestación, pero no del sujeto pasivo, sino del

¹⁵² Id., p. 16.

¹⁵³ Liebman, "La Oposizioni...", p. 141.

¹⁵⁴ Podetti, p. 40.

¹⁵⁵ Ayarragaray, p. 74.

¹⁵⁶ Vicente y Gella, p. 18.

¹⁵⁷ Satta, p. 25.

obligado a emplear la fuerza. Se trata de una autorización al agente público, para que “haga” algo, *afectando el derecho del responsable*. El título, aquí, ya no es ejecutivo porque carece de la previa o anticipada autorización del ejecutable, ni es ejecutorio porque no ha sido formado por un tercero con la intervención de los litigantes. Se trata de un título que debe denominarse “ejecutante” (participio activo de ejecutar), porque al tiempo que crea la responsabilidad del ejecutado, *transforma al mismo autor del documento en parte activa: en ejecutante-ejecutor*. El sujeto facultativo por la ley para constituir estos títulos, lleva a cabo un *acertamiento de la responsabilidad del jurisdicionado*, en una resolución que aparece como declaración “formal” que sirve de fundamento a la actividad compulsoria del agente. Como quiere Satta,¹⁵⁹ al acertamiento debe reconocérsele *valor constitutivo respecto a la pretensión de ejecutar*.

11. *Características distintivas de los títulos*.—Cualquiera que sea su procedencia, título de ejecución es el documento que señala la correspondencia entre la responsabilidad de un sujeto y la coerción que la ley autoriza para realizarla. Ya en el campo convencional, Arcangeli descubre que un acto sin importancia jurídica puede realizar una *modificación real, y que una cosa corporal indiferente puede recibir, a causa de la aceptación, una incorporal: la declaración suscrita, por la que un pedazo de papel se trueca en un título apto para ser portador de un valor*.¹⁶⁰ Pero en estos títulos valor, la regla es que el pago se haga a quien resulte acreedor según el documento (ley de circulación de los títulos de crédito); en cambio, el título judicial sigue la regla civil que ordena pagar a la persona en cuyo favor se hubiere constituido la responsabilidad o a su representante.¹⁶¹ En un caso no se requiere demostrar la propiedad efectiva del documento, en el otro es indispensable la identidad del acreedor material.

Ya Verdugo había puntualizado que para los efectos del título convencional, debe estarse a la voluntad de las partes;¹⁶² *puede inferirse de ello que en los títulos de derechos privados, los interesados preven hasta la aplicación de las normas públicas, combinación que demuestra la institucionalidad de la ejecución*,¹⁶³ *conforme a la que las diferencias entre los*

¹⁵⁸ Id., p. 49.

¹⁵⁹ Id., p. 52.

¹⁶⁰ Arcangeli, p. 52.

¹⁶¹ Vicente y Gella, p. 148.

¹⁶² Verdugo, p. 127.

¹⁶³ Briseño, Categorías, p. 20.

títulos ejecutivo, ejecutorio y ejecutante, deben ubicarse en su causa. Según sea ésta convencional, judicial o administrativa, habrá lugar para elegir entre las diferentes concepciones que enumera Rodríguez Solano: derecho material, simple declaración, prueba, presunción o apariencia de verdad, documento en que se constata la pretensión o integrante de una acción independiente y autónoma del derecho en él consagrado, o como representado tanto por la obligación o crédito subyacente, como por el mismo documento.¹⁶⁴

Si entre los títulos ejecutivos y los ejecutorios la doctrina ha encontrado numerosas diferencias,¹⁶⁵ respecto a los ejecutantes se ha limitado a incluirlos entre los extrajudiciales, sin observar que su fuerza es similar a los ejecutorios pero su validez les hace paralelos a los ejecutivos.¹⁶⁶ Ejecutivos y ejecutorios son títulos de los que nace el derecho de dirigirse al órgano ejecutor.¹⁶⁷ Ejecutante, en cambio, es el que contiene la formal declaración del sujeto ejecutante de convertirse en ejecutor o de delegar en un agente que le está subordinado, la ejecución misma.

En los tres títulos puede haber discrepancia entre su contenido y la exactitud de los hechos que los motivan, y en todos hay una responsabilidad constatada por escrito que los caracteriza en las notas de incorporación, autonomía y literalidad;¹⁶⁸ pero no cabe olvidar que en el ejecutante la pretensión es documentada por el mismo ejecutor, lo que impide que varíe el acreedor, que el título sirva para la circulación de la riqueza, que sea cedible o que pueda extenderse al mismo tiempo para dos o más agentes.

El título ejecutante puede ser emitido por la autoridad administrativa o la judicial (en los medios de apremio del art. 73 cpc.), el ejecutorio sólo por ésta y el ejecutivo no puede contener la declaración del ente soberano (por otro lado, no es título ejecutivo el convenio que autoriza al particular para disponer, como el fideicomiso en garantía, por ejemplo).¹⁶⁹ Por otra parte, para quienes acepten la clasificación de Fenech¹⁷⁰ respecto a la ejecución: expropiativa o entrega de dinero, satisfactiva o entrega de cosas, transformativa o de hacer y deshacer, distributiva o general y de concursos, y penal o represiva; resultará indisputable que el título ejecu-

¹⁶⁴ Rodríguez Solano, p. 74.

¹⁶⁵ Podetti, p. 78.

¹⁶⁶ J. F. Linares, p. 70.

¹⁶⁷ Chioveada, Eusayos, I, p. 116.

¹⁶⁸ Vicente y Gella, p. 131.

¹⁶⁹ Batiza, p. 400.

¹⁷⁰ Fenech, I, p. 32.

tante no puede conducir sino a dos consecuencias: un hacer sobre las cosas y un hacer sobre las personas, cuyos efectos podrán repartirse entre los tipos aludidos, pero en la inteligencia siempre de que el agente, o sea el sujeto a quien se dirige el mandato del ejecutante (autoridad), es quien personalmente ha de aplicar la compulsión para satisfacer la pretensión de aquél y no para distribuir entre terceros el producto de los bienes.

La declaración auténtica del ejecutante requiere de un fundamento y una motivación, por tanto, al igual que el título ejecutivo, debe preceder un accertamiento¹⁷¹ y, por ello, no cabría calificarlo de abstracto,¹⁷² porque la ley no sólo no separa sino que exige la determinación de los elementos causales (lo que explica que incumba al ejecutado la prueba de la ilegitimidad del título.¹⁷² En cuanto declaración, el título ejecutivo debe considerarse como decisión de voluntad que unilateralmente ordena la compulsión, lo que le distingue de las afirmaciones y aseveraciones como participación de conocimiento y de existencia de los hechos, pues se trata de una formulación y creación de la posición vinculada y de la responsabilidad resultante.¹⁷³ Ahora bien, esta declaración no es resolución declaratoria como lo entiende la doctrina,¹⁷⁴ sino constitutiva de la potestad coactiva,¹⁷⁵ con las propias consecuencias que se asignan al título de crédito, en el sentido de ser una obligación suspensiva, condición que se realiza al llegar a manos del ejecutor legitimado.¹⁷⁶

La presunción de legitimidad se apoya en la formalidad del título que muestra el acto de la autoridad en forma expresa y hasta solemne, con base en textos legales aplicables.¹⁷⁷ En el título debe figurar la autoridad que lo emite, los elementos que permitan conocer la legitimidad de la pretensión compulsiva y, a diferencia del título de crédito, la relación sustantiva no se revoca con la obtención del ejecutante. Tampoco son susceptibles los últimos, de apropiación por medios originarios: ocupación, descubrimiento, usucapión, etc.; ni siquiera pueden, como los ejecutorios, ser transmitidos por sucesión particular o universal.¹⁷⁸

¹⁷¹ Satta, p. 52.

¹⁷² Arcangeli, p. 16.

¹⁷³ C. E. González, p. 227.

¹⁷⁴ Id., p. 231.

¹⁷⁵ Briseño, Las sentencias, p. 302.

¹⁷⁶ Arcangeli, p. 28.

¹⁷⁷ Bielsa, p. 35.

¹⁷⁸ Arcangeli, p. 83.

Cabría añadir que la incorporación en el título ejecutante, no es el elemento constitutivo del crédito como en los otros dos, sino la inseparabilidad de la facultad compulsoria y el documento en que se consigna; sin embargo, es aplicable la tesis de que su valor legitimario deriva de la incorporación, en beneficio del deudor y del ejecutor, porque la condición previa del ejercicio de la facultad estriba en la presentación del título; ¹⁷⁹ pero es necesaria la reserva de que el ejecutor, como agente público, debe identificarse, de manera que la simple adquisición del título no implica la facultad compulsoria, porque no es cosa en el comercio ni está patrimonializado en el sentido de Vicente y Gella, ¹⁸⁰ por más que pueda incorporar un valor económico como en materia fiscal, expresando las medidas y modalidades de la actividad del exactor, conforme al principio general de la literalidad. ¹⁸¹

Quizás la característica más notable sea la circunstancia de que el título ejecutante es suscrito por el propio sujeto ejecutante y que pueda ser cumplido por él como ejecutor (sería el caso del Director de Gobernación del Departamento del D. F. que puede ordenar una clausura o efectuarla personalmente); y todavía puede añadirse que, mientras en los títulos ejecutantes y ejecutorios es factible el exceso de poder, ¹⁸² tal extremo queda eliminado por hipótesis en el ejecutivo (pero no en su realización a través del mandato ejecutorio).

12. *La regularidad y el control del título ejecutante.*—Explicaba Lazcano ¹⁸³ que en la ejecución no debe discutirse el origen o causa de la obligación, sino sus defectos extrínsecos, porque es la forma y no la causa lo que da fuerza ejecutiva al título: de ahí que en la inhabilidad de éste se comprenda su falsedad y que muchos de los que se supone traen aparejada ejecución, fueran excluidos de su proyecto. En trabajo similar, Couture ¹⁸⁴ sostenía que la ejecución debe cumplirse segura y enérgicamente, al grado de que nada impide penalizar su procedimiento. Esas proposiciones giran en torno del secular problema que podría resumirse en estas palabras: es forzoso ejecutar lo ejecutable; pero tal expresión supone la vigencia de dos

¹⁷⁹ Vicente y Gella, p. 51.

¹⁸⁰ Id., p. 46.

¹⁸¹ Id., p. 25.

¹⁸² Calamandrei, Casación, I, p. 74.

¹⁸³ Lazcano, p. 178.

¹⁸⁴ Couture, Proyecto, p. 117.

hipótesis: sólo es ejecutable un título regular, y, la irregularidad de un título exige el control jurídico.

La situación, pues, se traduce en graves dificultades prácticas, porque si la ejecución se asegura, se legitima en el título, que es su presupuesto y su medida, por hipótesis nada debiera (legalmente) impedirla cuando éste la justifica; pero el título puede no ser auténtico, estar inhabilitado por circunstancias que no se advierten en el mismo, o no responder a la relación sustantiva que invoca (sobre todo el ejecutante que requiere de motivación, según el art. 16 constitucional). Además, en no pocas ocasiones, la autoridad confunde el título acto, con el título documento y, creyéndose facultada o pretextando la aplicación de medidas preventivas, modifica la situación de hecho sin dar oportunidad, ni a la discusión del acto ni a la posible reparación.¹⁸⁵ Es preciso retener la trascendencia del título ejecutante, sobre todo, porque si en los otros dos hay un momento aunque breve, de revisión al menos de su formalidad, en éste la potestad jerárquica del ejecutante impide al ejecutor cualquier examen y aun cabe que el ejecutante proceda por sí y ante sí a emplear la fuerza pública en su propósito.

Hay, desde luego, cuestiones simplemente orgánicas que podrían reducir las extralimitaciones; de ellas, quizás la más interesante sea la que consiste en dar congruencia a la función judicial y, puesto que ya no es punto de discusión doctrinal la responsabilidad en la ejecución,¹⁸⁶ si la judicatura tiene reconocido el "officium iudicis" que incluye la competencia para coaccionar, nada más lógico que hacer depender de ella la absurdamente llamada policía judicial. Esta modificación eliminaría innumerables abusos en la excepcional facultad constitucional de verdadera autodefensa para el caso de delito flagrante que, según la teoría,¹⁸⁷ debe tomarse "strictu sensu". Se satisfaría con ello la doble finalidad de no dejar sin realización la ejecución judicial, y de someter la actividad del verdadero ejecutor (o de sus auxiliares cuando la policía obedeciera las órdenes de éste) al control de quien, para el caso, es la autoridad competente: el juez ordenador.

De otra parte, la carencia de un código administrativo, de un proceso administrativo y de un tribunal especializado en tan amplia rama,¹⁸⁸ ha forzado a la doctrina a buscar principios y a la jurisprudencia a interpretar

¹⁸⁵ Carrillo Flores, p. 226.

¹⁸⁶ Couture, Proyecto, p. 118.

¹⁸⁷ González Bustamante, p. 184.

¹⁸⁸ Briseño, Rev. Fiscal, núm. abril de 1957 y diciembre de 1958.

normas¹⁸⁹ con la sola ayuda del precepto constitucional. La profusa aplicación del título ejecutante en el campo administrativo, hace pensar que toca a los estudiosos de esta disciplina el resolver los problemas mencionados y, en efecto, son ellos quienes aluden al principio de ejecutoriedad y a sus presupuestos de fundamento y motivación; pero la ejecución, se ha intentado demostrar a lo largo de estas líneas, excede de cualquiera de los sectores clásicos (así sean simples poderes o se aluda a la materialidad de sus funciones), por ende, ningún examen de la ejecutoriedad, o sea la efectación del título ejecutante, puede renunciar a los análisis sustantivos y procedimentales de los títulos ejecutivo y ejecutorio.

La regularidad de la ejecución se concentra en sus presupuestos (supra No. 4) y ellos deben manifestarse en el título, de ahí que las excepciones, defensas u oposiciones se ligaran a él inmediata y directamente y que se admitiera un mayor número para el ejecutivo que para el ejecutorio.¹⁹⁰ Fundamentalmente se propició el ataque a la eficacia del título y la impugnación de la existencia del crédito; pero si el ejecutante consolida en sí muchas más condiciones que los otros, su irregularidad podría comenzar por detalles insignificantes como la clase de papel,¹⁹¹ su redacción, los signos de autenticidad notorios y la habilidad del momento en que se realiza. Ahora bien, según Couture,¹⁹² la verdadera garantía constitucional está representada por el proceso y no por cualquier procedimiento como el policial o la jurisdicción voluntaria; en consecuencia, aludir al control de la regularidad es tanto como determinar cuál debe ser la vía de impugnación del procedimiento de ejecución.

Según se vea en la ejecutoriedad (particularmente de la Administración) el título o el procedimiento, habrá que elegir entre el proceso y el recurso procedimental. En el primer caso, algunos cuerpos legales, como el Código fiscal o la Ley de Hacienda del Distrito en lo tributario, contienen disposiciones generales con limitados alcances que fuerzan a seguir la vía del amparo, ya como segunda instancia del juicio fiscal, o para suplir la incompetencia del Tribunal respectivo en materia de constitucionalidad.¹⁹³ En forma semejante, otras leyes y reglamentos (principalmente los gubernativos), regulan los llamados recursos administrativos con el

¹⁸⁹ Apéndice al Tomo CXVIII del Semanario Judicial, tesis 166 y 173; Briceño. Rev. Fiscal, núm. agosto a noviembre de 1958.

¹⁹⁰ Liebman, Sobre el juicio ejecutivo, p. 392.

¹⁹¹ C. E. González, p. 417.

¹⁹² Couture, Las Garantías, p. 184.

grave defecto de la total ausencia de sistematización. En el segundo caso, imperan dos técnicas igualmente insuficientes: la suspensión ante la autoridad ordenadora y la suspensión judicial.¹⁹³

Es indiscutible la importancia del amparo en los dos supuestos, sin embargo, el título ejecutante produce consecuencias que no son reparables en esta vía; la violencia del agente, los daños y perjuicios de la ejecución y la irresponsabilidad práctica del Estado,¹⁹⁴ hacen doblemente ruinoso y vejatorio una ejecución injustificada. No resulta exagerada, por ello, la idea de Servando J. Garza¹⁹⁵ cuando afirmaba que las garantías del artículo 16 constitucional, aseguran el contenido sustancial de la regularidad de los actos autoritarios, de tal modo que, salvo el requisito de la escritura, no eran simplemente formales la competencia del funcionario, la expresión del fundamento y su motivación.

El título de ejecución lleva a la sustracción del derecho individual y su atribución al ejecutor para que disponga de esa facultad,¹⁹⁶ en tal virtud, la declaración que contiene no puede suponerse provisional como dijera Ayarragaray,¹⁹⁷ porque la Constitución mexicana puntualiza el derecho a no ser molestado y, definitivamente hay molestia en cualquier principio de ejecución, aun en los casos de supuesta o efectiva clandestinidad de giros mercantiles, pues ni con pretexto de aplicación de reglas de policía sanitaria, como aceptaba Garza,¹⁹⁸ puede aceptarse, ni la ejecución sin título, ni su defectuosa justificación.

Si teóricamente se acepta que la fundamentación queda satisfecha con la expresión del precepto en que se apoya la ejecución, no sucede lo mismo con la motivación. Según Fraga, el acto está legalmente motivado cuando se comprueban los antecedentes que en realidad provocan la ejecución, cuando la situación es la prevista por la ley.¹⁹⁹ Y según Carrillo Flores, los presupuestos de hecho, motivos y contenido del acto, que la doctrina refiere a la competencia, son los elementos que integran la legitimidad material del acto. Si la administración manda cosa distinta de lo que la ley establece o lo hace en un caso con supuestos de hechos distintos a los pre-

¹⁹³ Nava Negrete, p. 63.

¹⁹⁴ Carrillo Flores, p. 227.

¹⁹⁵ S. J. Garza, p. 171.

¹⁹⁶ Chioyenda, Ensayos, III, p. 346.

¹⁹⁷ Ayarragaray, p. 115.

¹⁹⁸ S. J. Garza, p. 40.

¹⁹⁹ Fraga, p. 246.

vistos por el legislador, se viola la ley.²⁰⁰ La motivación, pues, constituye el control de la facultad discrecional y, cuando ella se usa para aplicar sanciones administrativas, el control toma la forma especial del desvío de poder. La garantía del artículo 16 constitucional no se satisface con expresarla incorrectamente, el uso debido de la discrecionalidad, empleada abundantemente en la ejecución del título ejecutante, consiste en determinar la medida de la sanción.²⁰¹ En íntima relación con estos principios, el ejecutor debe tener la competencia indispensable para suspender la realización, por lo menos con un sentido similar al que presidió la clásica división de las excepciones judicial en defensas "in continenti" y de largo examen.²⁰² Las cuestiones de conocimiento directo no pueden esperar al control procesal, y si en este ámbito cabe el desplazamiento inmediato a la vía administrativa,²⁰³ es inconcuso que la ejecutoriedad exige con mayor razón una potestad del ejecutor que descargue a la autoridad competente (sea para conocer del recurso jerárquico o para decidir el proceso pospuesto) de casos inútilmente controvertidos, y para que sea responsable aunque de mínima parte de la ejecución irregular.

No sería extremoso facultar al ejecutor para rehuirse a aplicar la facultad económico coactiva en casos ajenos al Derecho tributario, ya Vallarta sostenía²⁰⁴ que se invade la división de poderes, cuando esta atribución se aplica al cobro de cualquier deuda líquida sin importar su origen, tal y como si se empleara para hacer efectivas responsabilidades contractuales. De ahí podría avanzarse hasta superar la tesis de Sodi,²⁰⁵ en el sentido de que es absurdo hablar de ejecución contra el Estado, porque si en algún momento histórico (demasiado largo), se ha pensado que no puede ser coaccionado, bueno será reflexionar que, mientras más se extiende la facultad ejecutoria de la Administración, mayores razones existen para someterla, por lo menos, al cumplimiento indirecto en vía judicial como lo pensara Couture;²⁰⁶ ello sin olvidar que si el simple citatorio de un agente del Ministerio público, puede transformarse por voluntad del notificador en orden de arresto, ese documento debe constituir la medida

²⁰⁰ Carrillo Flores, p. 141.

²⁰¹ Serra Rojas, p. 301.

²⁰² Podetti, p. 17.

²⁰³ Briseño, Categorías, p. 408.

²⁰⁴ Vallarta, p. 68.

²⁰⁵ D. Sodi, Procedimientos, p. 255.

²⁰⁶ Couture, Proyecto, art. 461, p. 281; Briseño, El artículo 461 del Proyecto Couture.

del abuso de poder o de la usurpación de funciones. El título ejecutante no sólo autoriza a cierta alteración física, sino que la delimita, por tanto, cualquier desvío del ejecutor es susceptible de conversión en responsabilidad, en la misma proporción del exceso o defecto en la ejecución. Son éstas, cuestiones que debe resolver una codificación administrativa, cuya efectiva aplicación exige un adecuado procedimiento ante un Tribunal de lo administrativo.