

---

# El Procedimiento Cautelar entre Eficiencia y Garantías\*

Franco Cipriani

Profesor de Derecho Procesal Civil  
en la Universidad de Bari

## 1. Premisa

La necesidad de balancear eficiencia y garantías se plantea en la disciplina y en el estudio de cualquier procedimiento jurisdiccional<sup>1</sup>, pero reviste una importancia mayor cuando se refiere al procedimiento cautelar, que debe, efectiva y obviamente, ser mucho más esbelto y más rápido del ordinario, tanto como para asegurar si del caso también *ad oras* justicia, pero debe también estar estructurado de manera tal de evitar que la esbeltez y la rapidez sean obtenidas con total merma de las garantías, que no pueden no estar aseguradas en cualquier procedimiento jurisdiccional.

En efecto, no parece que sea posible pensar seriamente que la fundamental garantía constitucional del derecho de defensa pueda referirse sólo al procedimiento ordinario, casi como que fuera posible leer el segundo párrafo del art. 24 de la Constitución en el sentido de que el derecho de defensa es inviolable sólo en cualquier estado y grado del proceso ordinario. Justamente lo contrario, si no puede dudarse de que la tutela cautelar constituya un componente esencial e insuprimible de la tutela jurisdiccional<sup>2</sup>, no parece pueda siquiera dudarse que el derecho de defensa deba asegurarse y sea inviolable en todo procedimiento jurisdiccional: ciertamente, se deberá tener el cuidado de relacionarlo y adaptarlo al particular procedimiento, en el sentido de que se debe hacer de manera tal que la eficiencia y las garantías estén balanceadas, pero, a estar a la rigurosísima fórmula de la Constitución, que no duda

en hablar de inviolabilidad, tal necesidad no puede y no debe nunca implicar que, sobre el altar de la eficiencia, las garantías sean suprimidas. Lo que, por lo demás, no puede y no debe implicar tampoco que las garantías sean tales y tantas como para hacer ineficiente e inútil la resolución, siendo conocido, y no desde hoy, que el exceso de garantías termina sofocando la funcionalidad del proceso. Por lo tanto, al excluir que en el procedimiento cautelar la defensa deba ser ejercitada con los mismos medios previstos en el proceso ordinario, debe estar fuera de discusión que ella, si bien compatiblemente con la particular estructura del procedimiento cautelar, debe poder ser ejercitada también en esa sede.

Fijado este punto firme, parece oportuno recordar que la defensa implica no solo el derecho de contrastar a la contraparte, sino también aquel de censurar la actuación del juez: la contraparte debe poder ser contrastada antes de que el juez juzgue; viceversa, si se prescinde de los casos que dan vida a la recusación, en los cuales el juez debe poder ser contrastado también antes de que haya juzgado, es obvio que la actuación del juez debe poder ser contrastada solo después que se haya refundido en una resolución. Y desde el momento que el instrumento con el cual se censura la obra del juez es la impugnación, se puede muy bien comprender cuán grande sea la importancia que, a los fines de la efectividad de la defensa, revisten las impugnaciones<sup>3</sup>, que previenen el riesgo de que el juez se sienta *legibus solutus* y permiten al perdedor pedir justicia a otro juez.

---

(\*) Traducción de Eugenia Ariano Deho.

1 Con referencia al proceso ordinario v. mi ensayo sobre *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, p. 1243 y ss.

2 Cfr. Corte Const., 28 giugno 1985, N° 190, en *Il Foro italiano*, 1985, I, c. 1881, con nota de Proto Pisani, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, y en *Giurisprudenza italiana*, 1985, I, 1, c. 1297, con nota de Nigro, *L'art. 700 conquista anche il processo amministrativo*.

3 Cfr. Corte Const. (ponente Andrioli), 30 enero 1986, N° 17, en *Il Foro italiano*, 1986, I, c. 313 y ss., la cual en consideración del art. 24, segundo párrafo, Const., ha admitido la impugnabilidad de las sentencias de la Casación. La idea de que las impugnaciones constituyan una manifestación del derecho de defensa tiene dificultad en abrirse camino: v. por ejemplo, Comoglio (y otros), *Rapporti civili*, en *Commentario alla Costituzione*, al cuidado de Branca, sub art. 24, Bologna-Roma, 1981, p. 75 s.; Denti (y otros), *La magistratura*, IV, allí mismo, sub art. 111, Bologna-Roma, 1987, p. 11; Sorrentino, *Le garanzie costituzionali dei diritti*, Torino, 1998, p. 24 y s.

En fin, siempre a nivel de premisa hay además que precisar que para el procedimiento cautelar el problema de las garantías no puede no resentir de la funcionalidad del procedimiento ordinario. En efecto, desde el momento que la tutela cautelar encuentra su razón de ser en la imposibilidad de que la tutela ordinaria sea instantánea y en la consecuente inevitabilidad de que subsista un *spatium temporis* durante el cual, en la espera de la resolución ordinaria, el derecho de la parte corre el riesgo de sufrir un perjuicio irreparable, es obvio que la funcionalidad del procedimiento ordinario incida sobre el cautelar, por lo que es evidente que, cuanto más rápido y eficiente sea el proceso ordinario, tanto menos necesidad habrá de una eficaz tutela cautelar, y además que, cuanto más lento e ineficiente sea el proceso ordinario, tanto más será necesario que al menos el procedimiento cautelar funcione bien: tanto para quien pide la resolución cautelar como para quien la sufre.

## 2. La Tutela Cautelar en los Tiempos del Viejo Código

La necesidad de balancear también en el procedimiento cautelar las opuestas exigencias de eficiencia y de garantías, lejos de haber surgido en estos últimos tiempos, era advertida también en los tiempos del viejo código. Entonces, sin embargo, siendo el procedimiento ordinario mucho más rápido y eficiente que hoy, como confirmación del relieve que se ha recién hecho en orden a las relaciones entre los dos procedimientos, se planteaba en términos muy distintos.

Convendrá establecer la premisa que en ese tiempo en materia cautelar los mayores problemas surgían a propósito de los secuestros. En efecto, el código de 1865 no establecía la categoría general y atípica de las resoluciones de urgencia, que ha sido prevista por el legislador solamente con el CPC de 1940, de forma que las resoluciones cautelares por excelencia, eran los secuestros, que podían ser pedidos con recurso(NT), en cuyo caso el juez (pretor o presidente

del tribunal) decidía con decreto *inaudita altera parte* (art. 924 y ss.), o bien con el procedimiento sumario, es decir, con citación a audiencia fija (art. 389, n. 1), en cuyo caso el juez resolvía en el contradictorio de las partes y con sentencia<sup>4</sup>. Pero, mientras no se dudaba de que la sentencia fuera impugnabile en los modos ordinarios, es decir, pues, hasta la Casación<sup>5</sup>, se discutía sobre los remedios en contra del decreto con el cual se estimaba o se desestimaba *inaudita altera parte* la demanda de secuestro. La disputa, sin embargo, estaba limitada a la hipótesis de decreto de desestimación, atendiendo a que todos estaban de acuerdo en advertir que el decreto de estimación, pese a no ser impugnabile, no levantaba problemas dada la posibilidad que tenía el deudor de hacer valer sus propias razones en el sucesivo juicio de convalidación, que debía ser instaurado por el secuestrante dentro de un plazo brevísimo (tres días: art. 931) y que, por tanto, representaba para el secuestrado una inmediata y eficaz garantía<sup>6</sup>: en ese tiempo, en efecto, justamente porque el proceso ordinario de cognición tenía una duración en gran parte inferior al actual, el juicio de convalidación constituía realmente una garantía para quien sufría un secuestro.

El decreto de desestimación, en cambio, provocaba discusión. Los estudiosos más garantistas sostenían que «repugna incluso el solo concebir la duda de que la ley, la cual con tantas cautelas ha tratado siempre de tutelar los derechos de los particulares en contra del arbitrio y el error de los magistrados, en el caso sobre el cual se razona, el que no pueda ser otorgado ningún remedio en defensa de un derecho, que puede ser irreparablemente perjudicado por el rechazo del pretor o del presidente del tribunal»<sup>7</sup>. En consideración a ello, se sostenía que se debiera admitir la reclamación al presidente del tribunal, cuando la desestimación de la instancia de secuestro hubiera sido dispuesta por el pretor, o al presidente de la corte de apelación, en el caso en el cual la resolución de desestimación hubiera sido adoptada por el presidente del tribunal<sup>8</sup>.

(NT) El «recurso» [*ricorso*] en la terminología procesal italiana es una de las formas de presentación de las demandas: al igual que nuestras demandas y en contraposición a la «citación» [*citazione*], es el acto escrito por el cual la parte demanda dirigiéndose directamente al juez y no a la contraparte.

4 Como confirmación de la funcionalidad del proceso ordinario previsto en el viejo código, es quizá oportuno recordar que el procedimiento sumario, inicialmente previsto para las resoluciones interinas, en 1901, gracias a la reforma Mortara, devino el procedimiento ordinario. Sobre esa reforma v. Colesanti, *Lodovico Mortara e le riforme processuali. La prima fase (1901-1912)*, en *Rivista di diritto processuale*, 1997, p. 675 y ss.; Fazzalari, *2001: quattro centenari*, allí mismo, 2001, p. 899 y ss.; Cipriani, *Nel centenario della riforma del procedimento sommario*, en *Rassegna di diritto civile*, 2001, p. 526 y ss.; Panzarola, *Il rito per le cause commerciali fra codice di procedura civile del 1865, codice di commercio del 1882 e riforma del 1901. Riflessioni intorno ad una procedura e su un giudice «speciali», tra tradizione e rinnovamento*, en *Davanti al giudice*, al cuidado de Lanfranchi y Carratta, Torino, 2005, p. 171 y ss., espec. 250 y ss.

5 Cfr. Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, 5a ed., V, al cuidado de Lessona, Torino, 1905, p. 861; Lessona, *Sequestro conservativo*, en *Digesto italiano*, XXI, 2, Torino, reimpresión 1929, p. 988.

6 V. en efecto, Mattiolo, *Trattato*, cit., V, p. 860 y s.; Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, 4ª ed., Milano, 1923, p. 778 y s.

7 Así Mattiolo, *Trattato*, cit., V, p. 858.

8 En tal sentido Saredo, *Istituzioni di procedura civile*, II, Firenze, 1876, p. 464; Mattiolo, *Trattato*, cit., V, p. 859; Lessona, *Sequestro conservativo*, cit., p. 988.



Otra parte de la doctrina, en cambio, seguida por la jurisprudencia, consideraba que no se debiera admitir ningún remedio en contra del decreto de desestimación, tanto porque la ley no lo establecía, como porque no se tenía ninguna necesidad, en cuanto el instante podía no solo replantear el recurso al mismo juez que lo había desestimado, sino sobre todo actuar con el rito sumario, en cuyo caso, en el supuesto de desestimación, podía contar con todas las impugnaciones ordinarias<sup>9</sup>. Es por tanto evidente que también los que propendían por la solución menos garantista, excluían la impugnación solo porque consideraban que el problema, en realidad, y como probablemente era verdad, no existía.

Y, en efecto, como confirmación de la inexistencia del problema, puede observarse que en los años Treinta, Piero Calamandrei, en sus ya clásicas páginas sobre la tutela cautelar, no se detuvo ni sobre el procedimiento, ni mucho menos sobre las garantías, sino que se limitó a analizar las características de la resolución cautelar, extendiéndose sobre la provisionalidad y sobre la instrumentalidad respecto a la sentencia de fondo y advirtiendo solo *en passant* que tal sentencia podía llegar incluso en un período de tiempo «no breve»<sup>10</sup>. Además, hay que tener presente que en esa época, aunque la ley no lo estableciera expresamente, nadie

dudaba de que el secuestro se extinguiera con el pronunciamiento de la sentencia de desestimación de la acción planteada por el secuestrante<sup>11</sup>, de tal forma que, a estar a la funcionalidad del procedimiento ordinario, los tiempos «no breves» para llegar a tal sentencia, en la peor de las hipótesis, no superaban, como regla, algunos meses<sup>12</sup>: podemos pues tener la certeza que los tiempos «no breves» de los cuales discurría Calamandrei no correspondían ciertamente a los años y a los lustros

de hoy, y además que, si Calamandrei no advirtió y no indicó el problema de las garantías en el procedimiento cautelar y en relación a las resoluciones cautelares, tanto que no se preocupó siquiera en precisar o en establecer si el secuestro perdiera eficacia con la sentencia de primer grado o con la cosa juzgada, fue esencialmente porque en esa época, funcionando el proceso ordinario en tiempos aceptables, ese problema, en el derecho viviente, no existía.

Se agregue que con el viejo código, mientras los secuestros encontraban un control solamente en la funcionalidad del procedimiento ordinario para la convalidación y para el fondo, no se dudaba de que las medidas de instrucción preventiva y las resoluciones presidenciales «en el interés de los cónyuges y de la

prole» *ex art. 808 CPC* fueran impugnables hasta en Casación. En particular, las medidas de instrucción preventiva, cuando las partes hubieran estado de acuerdo, se disponían con sentencia, que abría las puertas antes de la apelación y luego al recurso de casación<sup>13</sup>. Viceversa, con referencia a las resoluciones presidenciales *ex art. 808* del viejo CPC se discutía si ellas fueran cautelares o debieran ser consideradas actos de jurisdicción voluntaria, pero no se dudaba de que, sea cual fuere su naturaleza,

fueran impugnables o con reclamación al colegio del tribunal o luego con apelación y recurso de casación, o bien con reclamación al presidente de la corte de apelación y luego en Casación<sup>14</sup>.

En los tiempos del viejo código, pues, no se preocuparon solo de asegurar la funcionalidad de la tutela cautelar, sino, ya sea gracias a las impugnaciones de la resolución cautelar, como, en las hipótesis en las

**“(…) los que propendían por la solución menos garantista, excluían la impugnación solo porque consideraban que el problema (…) no existía.”**

9 Así sobre todo Mortara. *Commentario*, cit., III, p. 778 y s. En el mismo sentido Gianzana, *Del sequestro giudiziario e conservativo*, Torino, 1876, p. 56; Diana, *Le misure conservative e internazionali*, en *Studi senesi*, 1909, p. 252; Coniglio, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Torino, 1926, p. 349. En jurisprudencia: Cas. Torino 14 junio 1894, en *Giurisprudenza italiana*, 1894, I, 1, c. 775; Ap. Venezia 22 agosto 1890, allí mismo, 1891, II, c. 36; Trib. Torino 7 mayo 1906, allí mismo, 1906, I, 2, c. 458; Ap. Torino 29 julio 1908, allí mismo, 1908, I, 2, c. 750; Ap. Milano 28 octubre 1913, en *Il Foro italiano*, 1914, I, c. 115.

10 Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 19. Hay que notar que el problema de la impugnabilidad de las resoluciones cautelares no fue afrontado tampoco por Chiovenda, ni en los *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, 1912-23, p. 224 y ss., ni en las *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., I, Napoli, 1935, p. 249 y ss. Sobre su pensamiento v. Proto Pisani, *Chiovenda e la tutela cautelare*, en *Rivista di diritto processuale*, 1988, p. 16 y ss.

11 V. por todos Coniglio, *Il sequestro*, cit., p. 472.

12 Me sea permitido recordar que, a estar a las estadísticas oficiales melancólicamente indicadas por la Comisión instituida por la Corte de Casación en 1955 y presidida por Francesco Acampora, en los años Treinta del siglo pasado en los tribunales italianos más de la mitad de las sentencias definitivas de primer grado era pronunciada en menos de seis meses: con más precisión el 6,98% dentro de un mes, el 18,34% dentro de tres meses, el 30,98% en menos de seis meses (v. Ministero di grazia e giustizia, *Osservazioni e proposte sulla riforma del codice di procedura civile*, I, Roma, 1956, p. 15).

13 Cfr. Cipriani, *L'impugnazione dei provvedimenti d'istruzione preventiva*, en *Il Foro italiano*, 1996, I, c. 2766 y ss.; Id., *Ancora sull'impugnazione dei provvedimenti d'istruzione preventiva*, allí mismo, 1999, I, c. 952 y ss.

14 Cfr. Cipriani, *L'impugnazione dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole" e il lento ritorno al garantismo*, en *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V. Milano, 1998, p. 771 y ss.

cuales éstas no se admitían, gracias a la funcionalidad del proceso ordinario, se preocuparon también de dar inmediata tutela a la parte que hubiera sufrido una resolución cautelar injusta o ilegítima.

### 3. El CPC de 1940 y la Reducción de las Garantías en el Proceso Ordinario y en el Proceso Cautelar

El perfecto equilibrio entre eficiencia y garantías asegurado por el viejo código en la disciplina de la tutela cautelar sufrió un brusco y gran vuelco con la entrada en vigencia del código de 1940.

Como es sabido, se sostiene que nuestro código procesal, aunque emanado cuando el fascismo estaba en su apogeo, no resienta de la ideología de la época y no sea para nada autoritario, sino que presente solo una cierta preponderancia del componente publicístico, que no podría faltar nunca en un código de procedimiento<sup>15</sup>. La tesis, planteada inmediatamente después de la caída del fascismo por los estudiosos que habían colaborado con el guardasellos Grandi a emanar el código (y que obviamente tenían interés en salvar no solo el código, sino también y quizá sobre todo a sí mismos de la desfascistización...), a mí me parece bastante singular tanto es así que estudiosos extranjeros la consideran por lo menos sorprendente<sup>16</sup>, pero es un hecho que ella (en Italia...) encuentra aún muchos adeptos, tanto es así que hay quien incluso sostiene que el fascismo donó a Italia un CPC sustancialmente democrático<sup>17</sup>. Al tomar nota de ello, estando yo ya cansado de polemizar sobre este fastidioso argumento, prefiero limitarme a decir que espero se querrá por lo menos admitir que el código Grandi, casualmente o *pour cause*, comportó una radical reducción de las garantías en el ámbito del proceso civil italiano. Según los más, el legislador hizo más que bien en regularse así, atendiendo a que el viejo código era tan liberal como para resultar licencioso, pero, sea cual fuere el juicio que se quiera hacer sobre la actuación del legislador de 1940, lo que cuenta es que el código sustrajo a las partes todo derecho de disponer de los tiempos del proceso y redujo drásticamente el número de las resoluciones

impugnables. En particular, el código, con la finalidad de evitar inadmisibles pérdidas de tiempo (y bajo el presupuesto de que las partes quisieran siempre y solo perder tiempo...), asignó solo al juez la gestión de los tiempos del proceso y, con la finalidad de evitar que fueran impugnadas también las resoluciones emitidas en el curso del proceso, estableció que se debiera poder impugnar solamente la sentencia que define el juicio, sancionando así un principio completamente nuevo, aquel por el cual «a cada procedimiento impugnado debe corresponder solo un procedimiento de impugnación»<sup>18</sup>, casi como si objeto de las impugnaciones fueran los procedimientos y no las resoluciones.

La lógica «publicística» con la cual fue construido el proceso ordinario, fue obviamente aplicada también al disciplinar las resoluciones cautelares, en donde se tuvo la previsión de una nueva medida cautelar, la innominada y atípica del art. 700 CPC, según el cual «quien tiene fundado motivo de temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en la vía ordinaria, éste sea amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir con recurso al juez las resoluciones de urgencia que se presentan, según las circunstancias más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo».

En 1940, sin embargo, al ampliar la operatividad de la tutela cautelar, no se preocuparon de las garantías, por lo que, desde el momento que se daba por descontado que el proceso ordinario habría durado menos que antes, no se dudó en hacer durar los secuestros hasta la cosa juzgada sobre la convalidación o sobre el fondo (art. 683, 1° y 2° párrafo, CPC), terminando así prolongando en demasía la duración de las resoluciones cautelares. Además, desde el momento que, en línea de principio, se consideraba que las impugnaciones debieran ser admitidas solo en contra de la resolución conclusiva del juicio sobre el fondo, se terminó sustrayendo a las resoluciones cautelares de cualquier forma de impugnación y, por tanto, del control inmediato.

15 Para algún detalle bibliográfico v., en sentido crítico, mis ensayos sobre *Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti*, en *Il Foro italiano*, 2002, V. c. 24 y ss., y en *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 425 y ss., y sobre *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, en *Rivista di diritto processuale*, 2003, p. 455 y ss.

16 V. Montero Aroca, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, (2001), traducción italiana de Brattelli e Magrino, Napoli, 2002, p. 143 y ss.; Correia de Mendonça, *Dirito processual civil. As origens em José Alberto dos Reis*, Lisboa, 2002, p. 42 y ss.; Alvarado Velloso, *El debido proceso de la garantía constitucional*, Rosario, 2003, p. 89 y ss.; Ariano Deho, *Presentacion*, en Cipriani, *Batallas por la justicia civil*, Lima, 2003, p. XV y ss.; Id., *Qualche notizia sul processo civile peruviano*, en *Rivista di diritto processuale*, 2005, p. 97 y ss.; Dreyfuss, *Processo civile italiano e discovery americana*, en *Rassegna forense*, 2003, p. 811 y ss.

17 En tal sentido v. en efecto Lanfranchi, *La roccia non inerinata*, 2ª ed., Torino, 2004, p. 589.

18 Asi Camelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, 5a ed., Il. Roma, 1956, p. 141.



## El Procedimiento Cautelar entre Eficiencia y Garantías

A la luz de ello, la doctrina procesal civilista italiana, en el inmediato de la aprobación del código de 1940, no solo no protestó señalando la gravedad de la situación que se había terminado creando, sino que al alegrarse de las innovaciones, atribuyó la paternidad de las («publicísticas») soluciones adoptadas por el legislador al ignaro e inocente Giuseppe Chiovenda, en cuyas obras se vio incluso el «anticipado comentario» del nuevo código<sup>19</sup>. En efecto, y por ejemplo, frente al art. 708 CPC, que por un lado permitía al juez instructor modificar las medidas concedidas por el presidente en el juicio de separación conyugal, y por el otro negaba toda posibilidad de impugnación, hubo quien afirmó que tal solución había sido acogida por el código sobre las huellas de Chiovenda<sup>20</sup>. La constatación, cuarenta años atrás, cuando no me planteaba los problemas que me planteo hoy, me sorprendió no poco, en cuanto Chiovenda nunca había sostenido tales tesis<sup>21</sup>, pero luego he entendido que, habiéndole sido atribuida la paternidad moral de todo el nuevo código, no había que sorprenderse si se le había (con toda coherencia) atribuido también la del art. 708 CPC<sup>22</sup>.

Con todo, lo que a nuestros fines hay que advertir es que, contrariamente a lo que había sido previsto por el legislador, limitando los derechos de las partes y ampliando los poderes discrecionales del juez no se hizo ningún paso adelante en el camino de la aceleración y de la simplificación del proceso civil. Al contrario, es históricamente cierto que, desde el 21 de abril de 1942, día de la entrada en vigencia del código de 1940, las cosas, en la justicia civil italiana, precipitaron, en el sentido de que la duración del proceso sufrió un espantoso crecimiento, con la consecuencia de que la tutela cautelar asumió una importancia que en precedencia nunca había tenido, tanto que algún tiempo después tuvimos que hacer cuentas con secuestros que duraban decenios<sup>23</sup> y con resoluciones de urgencia que no era posible remover de ninguna manera hasta la cosa juzgada.

Si no fuera porque, si la doctrina no dio el debido relieve al tema de las garantías, la realidad aplicativa se

mostró intolerante hacia el sistema diseñado por el nuevo código. Los abogados, en efecto, frente a las decisiones erradas o injustas de los jueces, están desde siglos instintivamente inclinados a impugnar, de modo que no es casual si los repertorios de jurisprudencia testimonien como, ya a partir de 1942, la clase forense haya intentado todos los caminos posibles e imaginables para impugnar las resoluciones cautelares y, en particular, las importantísimas (y peligrosísimas) resoluciones de urgencia *ex art. 700 CPC*, de la reclamación a la apelación, de la regulación de competencia a la regulación de jurisdicción, al recurso de Casación *ex art. 111 Const.*, etc. Inicialmente algún juez de fondo admitió sin más la impugnabilidad de las resoluciones de urgencia, sosteniendo que «todas las resoluciones de la autoridad judicial, sean ellas sentencias, autos o decretos, son apelables o reclamables, salvo que, por taxativas disposiciones de ley, sean declaradas inapelables o irreclamables»<sup>24</sup>, pero a estar al silencio de la ley, las críticas fueron tales y tantas<sup>25</sup> que tras algunos años ningún juez osó ya cuestionar la inimpugnabilidad de las resoluciones de urgencia, menos que nunca la Casación, siempre firme en excluir la admisibilidad de cualquier medio de impugnación en contra de esas resoluciones.

Es así que, desde la segunda mitad de los años Sesenta en adelante, las resoluciones de urgencia *ex art. 700 CPC* devinieron el *passapartout* para resolver cualquier problema: para la felicidad de quien lograba tener «un 700» y la infelicidad de quien terminaba padeciéndolo, en cuanto, a la luz de los errores (y de las injusticias) que se cometían en sede cautelar, la parte perjudicada no tenía remedios. Tanto que, mientras de continuaba unánimemente a negar la impugnabilidad de las resoluciones cautelares, tanto la Corte de Casación como la Corte Constitucional tuvieron manera de reconocer expresa y oficialmente que en materia cautelar, sobre todo en cuanto a las resoluciones dictadas *ex art. 700 CPC*, se verificaban por lo común abusos: en 1978 la Casación admitió la recurribilidad *ex art. 111 Const.* de una resolución de urgencia emitida por haberse planteado una regulación de jurisdicción<sup>26</sup>; en 1984

19 Così Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1941, p. VIII.

20 Cfr. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1942, p. 345.

21 V. Cipriani, *I provvedimenti presidenziali "nell'interesse dei coniugi e della prole"*, Napoli, 1970, p. 385, en nota.

22 V. nuevamente mi ensayo *L'impugnazione dei provvedimenti «nell'interesse dei coniugi e della prole»*, cit., p. 771 y s.

23 Sobre el problema v. espec. Trisorio Liuzzi, *Inefficacia del sequestro e ordine di dissequestro*, en *Rivista di diritto processuale*, 1981, p. 530 y ss.

24 Asi Tribunal de Bari, 30 agosto 1947, citada por Apicella, *I provvedimenti cautelari non nominati*, Città di Castello, 1948, p. 61 y s.

25 Cfr. Apicella, *I provvedimenti cautelari*, cit., p. 62; Dini, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile*, 4ª ed., Milano, 1973, p. 487. Por tanto, no es casual que el problema de la impugnabilidad no haya sido examinado por Montesano, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955. Viceversa, en el sentido de que las resoluciones de urgencia no fueran impugnables, pero reconociendo la gravedad del problema, Calvosa, *La tutela cautelare*, Torino, 1970, p. 809.

26 Cfr. Cas. 3 octubre 1977, N° 4180, en *Il Foro italiano*, 1978, I, c. 1409 y ss., con mi nota crítica, *Atti urgenti e provvedimenti cautelari durante la sospensione del processo di merito*.

la Corte Constitucional excluyó la ilegitimidad constitucional de la regulación de jurisdicción en el proceso cautelar sosteniendo que tal instituto fungía de contrapeso a los abusos cometidos por los pretores a través del art. 700 CPC<sup>27</sup>.

#### 4. La Reforma de 1990 y la Previsión de la Reclamación en contra de la Resolución de Estimación

Desde el momento que los abusos a los que daba lugar la disciplina de las resoluciones cautelares eran conocidos y notorios, era inevitable que la doctrina se hiciera cargo de ello. En particular, alrededor de la mitad de los años Ochenta del siglo pasado, gracias al congreso sobre las medidas provisionales organizado en 1983 en Milán por Giuseppe Tarzia<sup>28</sup> y a aquél sobre la tutela de urgencia organizado en 1985 en Bari por La Asociación entre los estudiosos del proceso civil<sup>29</sup>, la duración y la impugnabilidad de las resoluciones de urgencia fueron objeto de amplio debate, presentándose (finalmente) evidente a todos que los problemas que emergían de la realidad aplicativa imponían revisar las normas y las teorías.

La consecuencia fue que el legislador, en 1990, haciéndose cargo de la reflexiones realizadas en el entretanto, dictó una muy detallada nueva disciplina de la tutela cautelar, estableciendo el llamado procedimiento cautelar uniforme, que está orientado en sentido decididamente garantístico, atendiendo a que, a diferencia de lo que se hizo en relación al procedimiento ordinario, se recogieron las instancias que provenían de la realidad aplicativa, ampliando los derechos y las garantías de las partes: no por casualidad de ha dicho que la reforma de 1990 representa en este aspecto una lección de método que deberíamos tener presente también en el futuro<sup>30</sup>.

La estructura del procedimiento cautelar uniforme es conocida por todos, por lo que aquí nos podemos

limitar a recordar que la demanda se interpone con recurso, frente al cual el juez puede: o estimar la demanda con decreto *inaudita altera parte*, convocando a las partes para confirmar, modificar o revocar la resolución con auto reclamable; o bien, convocar a las partes y decidir con auto reclamable (art. 669-*bis* y ss. CPC).

En particular, es oportuno recordar que el problema que mayormente empuñó al legislador de 1990 al disciplinar el procedimiento cautelar fue indudablemente el relativo a la impugnación. Como nos ha indicado el guardasellos de la época, Giuliano Vassalli, inicialmente ni el Consejo Superior de la Magistratura (CSM), ni el Parlamento habían mostrado ninguna intención por admitir la reclamación, en cuanto se consideraba suficiente dar a las partes el derecho a replantear la demanda que hubiera sido desestimada o bien pedir al mismo juez de revocar o modificar la resolución cautelar que hubiera sido concedida. Al mismo tiempo, se temía que, estableciendo la impugnación del procedimiento cautelar, se habría terminado desnaturalizando el juicio ordinario de cognición e se habría llegado a la sumarización del proceso civil<sup>31</sup>. Sucesivamente, sin embargo, se llegó a un compromiso, gracias al cual, a semejanza de lo previsto para las resoluciones de suspensión *ex art.* 295 CPC, que devinieron impugnables con la regulación necesaria de competencia solamente si declarativos de la suspensión, se estableció la reclamación en contra de la resolución de estimación de la instancia cautelar, pero no también en contra de aquella de desestimación<sup>32</sup>.

En todo caso, prescindiendo por el momento de este aspecto del problema, es importante advertir que la previsión de la reclamación cautelar ha marcado un gran vuelco no solo en nuestro ordenamiento, sino también, en mi opinión, en la mentalidad de los estudiosos del proceso civil, atendiendo a que ha expresamente excluido que a juzgar sobre la reclamación pueda ser el

---

**“(...) la Corte  
Constitucional  
excluyó la ilegitimidad  
constitucional de la  
regulación de  
jurisdicción en el  
proceso  
cautelar.”**

---

27 Cfr. Corte const., 19 diciembre 1984, N° 294, en *Il Foro italiano*, 1985, I, c. 652, con mi nota crítica, *La Corte costituzionale, il regolamento di giurisdizione e i provvedimenti di urgenza*, en donde auspiciaba el que la Casación encontrara «entre los pliegues del código el modo y la manera para asegurar el control inmediato de la actuación de los jueces de la cautela civil»

28 Cfr. las Actas del coloquio internacional sobre *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano, 1985.

29 Cfr. *La tutela urgente*, Rimini, 1986. Y v. también Tarzia, *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, in *Rivista di diritto processuale*, 1986, p. 35 y ss.; Id., *Rigetto e riproponibilità della domanda cautelare*, allí mismo, 1988, p. 932 y ss.

30 Cfr. Colesanti, *Intervento*, en *Prime esperienze del nuovo processo cautelare*, Atti dell'incontro di studio tenuto a Roma il 27 maggio 1995, Milano, 1996, p. 91 y ss., espec. 98.

31 Cfr. Vassalli, *Noterelle (o memorie) su reclami e impugnazioni nella riforma del processo civile*, en *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, II, Milano, 1993, p. 374 y ss.

32 Cfr. Acone, *Intervento*, in *Prime esperienze del nuovo processo cautelare*, cit., p. 120.



mismo juez que, de primera, ha concedido la resolución. Los estudiosos de mi generación, en efecto (hablo por mí, pero creo que valga también para los demás...), estaban acostumbrados a pensar en la reclamación *ex art.* 178 CPC en contra de los autos del juez instructor referentes a la admisibilidad y a la relevancia de los medios de prueba; como consecuencia, nos parecía absolutamente normal (sigo hablando por mí...) que al interior del colegio juzgador estuviera presente también el instructor, en cuanto éste era el juez que mejor conocía la causa. Si es que hubiéramos continuado a considerar válida esta teoría, habríamos podido llegar a decir que el juez instructor podía y debía estar presente también en apelación y, por qué no, ¡también en Casación! Pero es evidente que este es modo absurdo de razonar, porque no se puede y no se debe permitir que el juez que ha conocido primero la causa, continúe, por economía procesal (!) y/o porque ya ha estudiado el expediente (!!), a ocuparse de aquella en cualquier estado y grado del juicio.

### 5. La Intervención de la Corte Constitucional

El compromiso logrado al admitir la reclamación solamente en contra de la resolución de estimación era demasiado absurdo y por tanto no es casual si la cuestión fue de inmediato victoriosamente sometida por no pocos jueces al control de la Corte Constitucional.

En verdad, el paralelo con la impugnabilidad de solo las resoluciones declarativas de la suspensión *ex art.* 295, que como ya he recordado fue el argumento en fuerza del cual la reclamación cautelar fue admitida solo en contra de las resoluciones de estimación, no era de los más apropiados porque, mientras que la resolución de desestimación de la suspensión, siendo (al menos normalmente) emitida con la sentencia de fondo, no necesita de una impugnación inmediata *ad hoc* por el simple motivo de que la parte vencida puede hacer valer sus agravios sobre la no suspensión en sede de impugnación de la sentencia de fondo<sup>33</sup>, para la resolución cautelar de desestimación el discurso es completamente distinto, porque el recurrente, si no tiene posibilidad de impugnarlo, se encuentra del todo privado de garantías.

Ni puede decirse que la resolución de estimación de la medida cautelar implique o pueda implicar consecuencias mucho más graves respecto a la de desestimación, porque no se ve cómo se pueda dar por descontado de que la desestimación de la medida cautelar perjudique el derecho del recurrente en medida menor respecto al perjuicio que la concesión de la medida provoca o puede provocar a la parte que debe sufrirla. Más bien, no parece que pueda dudarse que, mientras la resolución de estimación, si el proceso ordinario funcionara bien y tuviera una duración razonable, podría encontrar justamente en el procedimiento ordinario su mejor garantía, para la resolución de desestimación, como bien se advertía en los tiempos del viejo código, las cosas se presentan distintamente, porque el recurrente, si no tiene la impugnación, se encuentra del todo privado de instrumentos para tentar de poner remedio a los errores del juez.

Estando así las cosas, no puede no apreciarse el hecho de que la Corte Constitucional, acogiendo las instancias de los estudiosos que señalaron tanto la ingenuidad del legislador de 1990 al excluir la reclamación en contra de la resolución de desestimación, como la insuficiencia del derecho de replantear al juez de la cautela la demanda rechazada<sup>34</sup>, puso de inmediato remedio a esos inconvenientes<sup>35</sup>.

La decisión de la Consulta, sin embargo, estando fundada en el principio de igualdad del art. 3 Const., ha sido criticada, en cuanto se ha evidenciado que, no siendo necesario establecer que las resoluciones cautelares sean impugnables, la igualdad podía ser obtenida también de la manera contraria, es decir excluyendo en todos los casos la reclamación<sup>36</sup>.

Hay que creer, sin embargo, que estas críticas no puedan ser compartidas. Ellas dan por descontado el que las resoluciones cautelares deban, por su naturaleza, estar sustraídas de cualquier impugnación, casi como si no fuera verdad que en los tiempos del viejo código habían resoluciones cautelares impugnables en Casación, y casi como que las «publicísticas» soluciones del legislador de 1940 no pudieran sino estar en sintonía con los mucho más garantistas preceptos

33 V. mi *Finalmente impugnabili i provvedimenti sulla sospensione ex art. 295 c.p.c.*, en *Corriere giuridico*, 1996, p. 923 y ss.

34 Cfr. espec. Consolo, *Il reclamo cautelare, la sua struttura e l'art. 3 della Costituzione*, en *Corriere giuridico*, 1994, p. 376 y ss.; Id., *Il nuovo procedimento cautelare*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, p. 309 y ss., espec. 332; Luiso, *La riforma dei procedimenti cautelari*, en *Documenti giustizia*, 1990, nn. 7-8, p. 51; Saletti, *I controlli sulle misure cautelari*, en *Scritti in onore di Fazzalari*, cit., III, p. 634; Tarzia, en *Nuove leggi civili commentate*, 1992, p. 397. En sentido contrario, v. espec. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 368 y ss.; Id., *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, en *Il Foro italiano*, 1991, V, c. 57 y ss., espec. 87 y ss.

35 Cfr. Corte Const., 24 giugno 1994, N° 253, en *Il Foro italiano*, 1994, I, c. 2005 y ss., con nota crítica de Capponi, *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo (il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale)*; en *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 1, c. 409 y ss., con nota de Consolo, *Il reclamo cautelare e la «parità delle armi» ritrovata*; y en *Corriere giuridico*, 1994, p. 948 y ss., con nota de Tommaseo, *Rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*.

36 Cfr. Acone, *Intervento*, cit., p. 120, del cual v. también lo que refiere Vaccarella, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte costituzionale sul reclamo avverso provvedimenti negativi*, en *Prime esperienze*, cit., p. 56 y s., en nota.

de la Constitución republicana. Hay que considerar, por tanto, que la Corte Constitucional ha hecho más que bien, antes, admitiendo la reclamación también en contra de la resolución cautelar de desestimación y luego a precisar que la reclamación debe poder ser planteada en contra de toda resolución cautelar<sup>37</sup>.

#### 6. Las Resoluciones Inaudita Altera parte y la Reclamación ante el Juez de la «Puerta del Costado»

Actualmente, pues, tenemos un procedimiento cautelar que funciona bastante bien, tanto que se puede sin más compartir el pensamiento de quien ha tenido manera de reconocer que aquél «en casi diez años de aplicación no ha mostrado graves lagunas o defectos»<sup>38</sup>. La apreciación no impide, sin embargo, manifestar alguna duda sobre las soluciones previstas por el legislador de 1990.

El art. 669-*sexies*, segundo párrafo, CPC, evocando una antigua tradición, permite al juez de la cautela estimar la demanda cautelar con decreto *inaudita altera parte* cuando la convocación de la contraparte podría perjudicar la actuación de la resolución. Para justificar esta norma se suele dar el ejemplo del secuestro de una cuenta bancaria o de la embarcación extranjera anclada en un puerto italiano: si se advirtiera a la contraparte, ésta tendría la posibilidad de retirar las sumas del banco o de hacer zarpar la embarcación haciendo así infructuosa la resolución cautelar. En efecto, hay casos en los cuales la única manera para bloquear determinados bienes es actuar a espaldas del titular, pero hay que decir también, que muchas (por no decir demasiadas) resoluciones cautelares, que tienen muy poco que ver con sumas depositadas en un banco o con las embarcaciones extranjeras ancladas en nuestros puertos, son, pese a ello, concedidas *inaudita altera parte* pese a la ausencia del riesgo previsto por la ley: el recurrente, para reforzar su propia tesis sobre la subsistencia del *periculum*, pide la cautela con decreto, y el juez, por los motivos más

variados, la concede: salvo luego desestimar la demanda tras haber convocado y oído a la contraparte.

Se agregue que el art. 669-*sexies*, al establecer que el juez, cuando emite una resolución cautelar *inaudita altera parte*, debe fijar y realizar una audiencia dentro de los quince días para la confirmación, establece efectivamente que la confirmación debe ser decidida en tal audiencia, pero, lamentablemente, y por lo que parece, no toma en consideración la hipótesis en que una sola audiencia no sea suficiente para las necesidades y que, por tanto, sea necesario realizar una pluralidad de audiencias, incluso a distancia de algunas semanas o algún mes entre la una y la otra. Ha ocurrido así que algún juez, tras haber concedido una medida cautelar con decreto *inaudita altera parte*, ha convocado a las partes para la confirmación, la modificación o la revocación dentro de los sucesivos quince días, pero luego ha hecho durar la «audiencia» por meses y meses impidiendo de esta manera el planteamiento de la reclamación.

El art. 669-*sexies*, segundo párrafo, CPC es pues una norma un tanto ingenua tanto porque permite la emisión de la resolución *inaudita altera parte*, como porque se limita simplemente a establecer que la audiencia para la confirmación de la resolución cautelar debe ser realizada dentro de los quince días. Habría sido preferible establecer, en cambio,

que la medida cautelar concedida con decreto *inaudita altera parte*, decae de derecho cuando no se confirme dentro de quince días y, quizá, ya *de iure condito* sería oportuno interpretar la norma en este sentido, pues de otra forma las dudas sobre su legitimidad constitucional no podrían sino aumentar.

En efecto, a mí me parece que las normas que establecen el pronunciamiento de resoluciones cautelares *inaudita altera parte*, en particular cuando se trata de resoluciones con inmediatos efectos de derecho sustancial, deban hacer cuentas con el nuevo art. 111 Const., según el cual el juez debe resolver en el

---

**“(…) la medida  
cautelar concedida con  
decreto inaudita  
altera parte, decae  
de derecho cuando  
no se confirme dentro  
de quince días.”**

---

37 Cfr. Corte Const., 26 mayo 1995, N° 197, en *Il Foro italiano*, 1995, I, c. 2326, y 1996, I, c. 51, con nota de G. Grasso, *Procedimento cautelare uniforme e regolamento di competenza*; en *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, c. 369, con nota de Consolo, *Rigetto per incompetenza, reclamo cautelare (e l'ombra del regolamento di competenza)*; y en *Rivista di diritto processuale*, 1995, p. 922, con nota de Ghirga, *Il controllo sulla competenza in materia cautelare*.

38 Así la exposición de motivos del proyecto de ley N° 4578 presentado a la Cámara de Diputados el 13 de diciembre de 2003 por el guardasellos Castelli, para la delegación al gobierno de la reforma del CPC.



contradictorio de las partes. El nuevo precepto constitucional nos hace entender que, si hasta ayer se podía decir que el contradictorio puede ser también «diferido», que era una fórmula muy refinada para justificar la falta de audición de la contraparte, hoy no se puede decirlo más porque aquí no se trata solo de asegurar la defensa en relación a la contraparte, sino de excluir que el juez pueda juzgar sin antes haber asegurado el contradictorio<sup>39</sup>. Vale decir, el nuevo art. 111 Const. nos induce a considerar que el contradictorio constituya un límite para el juez, en el sentido de que, como no se puede pensar que un tren viaje por economía sobre un solo riel, así no es pensable que el juez, incluso para ahorrar tiempo y gastos, juzgue sin haber oído también a la otra parte.

Otro problema a indicar está dado por el hecho de que en doctrina y en jurisprudencia se sostiene que el juez de la cautela, frente a las instancias cautelares manifiestamente infundadas o inadmisibles, puede desestimar sin más la demanda, evitando así ulteriores gastos al recurrente e incomodar inútilmente a la contraparte<sup>40</sup>. Las intenciones son apreciables, pero a mi parecer esta praxis debe combatirse, en cuanto los jueces, como acabo de recordar, deben juzgar en el contradictorio de las partes. Hay, en verdad, algunos casos en los cuales la decisión puede ser emitida *inaudita altera parte*, pero se trata de casos de dudosa legitimidad constitucional, por lo que hay que excluir que se pueda prescindir de instaurar el contradictorio incluso cuando la ley no lo permite. Los jueces, pues, no pueden nunca desestimar las demandas, ni en sede cautelar, ni en sede ordinaria, sin haber antes oído a la contraparte. El contradictorio, en efecto, no es un derecho de las partes (que tienen el derecho de defensa y no ciertamente el derecho de oír a la otra parte...), sino una característica esencial de la jurisdicción y, al mismo tiempo, un límite para el juez.

En fin, no puede no indicarse el escaso garantismo que anima el segundo párrafo del art. 669-terdecies CPC, según el cual la reclamación, si dirigida en contra de las resoluciones del juez único del tribunal, se plantea al colegio del mismo tribunal y, si dirigido en contra de resoluciones emitidas por la corte de apelación, se plantea a otra sala de la misma corte o, a falta de ésta, ante la corte de apelación más cercana. La norma, apreciable en la parte en la cual, como he ya recordado,

excluye del colegio juzgador al juez que ha emitido la resolución, suscita perplejidad porque la lógica procesal querría que la reclamación, siendo una impugnación, debería siempre ser planteada ante otra dependencia judicial y nunca ante el juez de la llamada «puerta del costado»<sup>41</sup>

### 7. La Supresión de la Instrumentalidad de las Resoluciones Cautelares Anticipatorias

La reforma de 1990 y la intervención de la Corte Constitucional, en la medida en la cual han ampliado las garantías previstas en el procedimiento cautelar, han «reforzado» la resolución cautelar, con la consecuencia de que ésta, al menos cuando tiene carácter anticipatorio, ha terminado perdiendo su instrumentalidad.

Como todos saben, en nuestro ordenamiento una característica tradicional de las resoluciones cautelares estaba representada por la instrumentalidad, la cual, según las clásicas páginas de Calamandrei, representaría «la nota realmente típica de las resoluciones cautelares, las cuales no son nunca fin en sí mismas, sino que están inevitablemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, de la cual ellas preventivamente aseguran su fructuosidad práctica»<sup>42</sup>.

La enseñanza, sin embargo, podía tener sentido en los tiempos del viejo código, cuando el juicio de fondo tenía como regla una duración más que limitada (y cuando el actual art. 700º CPC no existía), pero, con la extensión de la duración del juicio ordinario, que implica la extensión de la duración de la resolución cautelar, las cosas han cambiado, en cuanto como cualquiera comprende, no tiene mucho sentido pensar que una resolución que dura cinco o diez años, si totalmente anticipatoria (como pueden ser las resoluciones *ex art.* 700), sea realmente «instrumental» respecto a la definitiva.

Debe luego considerarse que la previsión de la reclamación *ex art.* 669-terdecies CPC ha poco a poco agravado la situación, porque la resolución cautelar se ha reforzado tanto como para no justificar ya, si anticipatoria, su estrecha subordinación a la resolución definitiva de fondo. Cualquiera, en efecto, advierte que, cuando una resolución ha sido dada por un juez unipersonal y confirmada por un colegio, es bastante

39 Sobre el tema v. las profundas reflexiones de Picardi, *Il principio del contraddittorio*, en *Rivista di diritto processuale*, 1998, p. 672 y ss.

40 Para amplios detalles de doctrina y jurisprudencia v. Laboragine, *Sulla reclamabilità del decreto di rigetto dell'istanza cautelare*, en *Rassegna di diritto civile*, 2001, p. 420 y ss., espec. 421 y s. en nota. Y v. también mi *Diritti fondamentali dell'Unione europea e diritto d'impugnare*, allí mismo, 2004, p. 989 s., en nota.

41 Del mismo parecer Tarzia, *Intervento*, en *Prime esperienze*, cit., p. 102 y s. Y v. también la *Relazione* de la Comisión Tarzia, en *Rivista di diritto processuale*, 1996, p. 1015.

42 Asi Calamandrei, *Introduzione*, cit., p. 21.

difícil que en sede de juicio sobre el fondo se tenga una decisión del todo opuesta. Ciertamente, la resolución cautelar, a diferencia de la definitiva, presupone una cognición meramente sumaria, pero, yo diría, en teoría o sobre el papel, porque en la realidad aplicativa las cosas se presentan de distinta manera, en cuanto en sede cautelar se escribe, se discute y se documenta tal y hasta más que en el proceso ordinario<sup>43</sup>, de forma que no tiene evidentemente mucho sentido endosar a la parte que ha obtenido la resolución cautelar la carga de obtener también la resolución definitiva de fondo, en cuanto a lo más puede tener sentido asegurar a la contraparte (más que el derecho de hacer valer sus razones en un ordinario juicio sobre el fondo) el derecho de impugnar.

No es por tanto casual si, ya en el inmediato de la previsión de la reclamación, en doctrina se advirtió la inoportunidad tanto del art. 669-*octies*, primer párrafo, CPC, según el cual el juez que pronuncia la resolución *ante causam* debe fijar un plazo perentorio para el inicio del juicio de fondo, como del art. 669-*novies*, que establece la ineficacia de la resolución cautelar como consecuencia de la no instauración oportuna o de la extinción del juicio de fondo<sup>44</sup>.

La propuesta de eliminar, sobre las huellas del procedimiento de *référé* francés (art. 484 y ss. NCPC), el nexa de instrumentalidad de las resoluciones cautelares anticipatorias respecto a la resolución definitiva de fondo, fue rechazada por un autorizado estudioso, que invocó las páginas escritas en muy distintos contextos por Calamandrei en los años Treinta y por Vocino y Tommaso en los años Ochenta<sup>45</sup>, pero el legislador del 2003, al reformar el proceso societario, ha sabiamente establecido que en las controversias societarias «a las resoluciones de urgencia y a las otras resoluciones cautelares idóneas para anticipar los efectos de la decisión de fondo no se aplica el art. 668-*octies* del CPC, y ellas no pierden su eficacia si la causa no se inicia» (art. 23, 1º párrafo, D. Leg., 17 de enero de 2003, N° 5), y además que «en todo caso la extinción del juicio de fondo no determina la ineficacia de las resoluciones

cautelares idóneas para anticipar provisionalmente los efectos de la decisión de fondo» (art. 24, 3º párrafo, d.leg. *ult. cit.*)<sup>46</sup>.

La solución, saludada con favor por la doctrina<sup>47</sup>, ha sido recientemente extendida por el legislador a todas las resoluciones cautelares anticipatorias (art. 669-*octies*, 6º párrafo, CPC, introducido por la Ley del 14 de mayo del 2005, N° 80), que por lo tanto ahora conservan su eficacia también si el proceso sobre el fondo no es iniciado o si, tras haberse iniciado, se extingue<sup>48</sup>.

En realidad, no tiene mucho sentido pretender que la resolución cautelar anticipatoria sea necesariamente instrumental. Más bien, hay que reconocer que, cuando el procedimiento ordinario dura años o lustros, es del todo irrazonable limitar fuertemente la cognición, y por tanto las garantías, y considerar simplemente cautelares a las resoluciones anticipatorias. No por casualidad el legislador, con la Ley del 14 de mayo del 2005, N° 80, casi queriendo disentir de las sentencias con las cuales las Secciones Unidas de la Casación, pocos días antes, habían excluido el derecho de las partes de presentar nuevos documentos en apelación<sup>49</sup>, ha precisado que en sede de reclamación el juez «puede siempre adquirir nuevos documentos» (nuevo art. 669-*terdecies*, 4º párrafo, CPC): reforzando así aún más las resoluciones cautelares, que ya, si anticipatorias, pueden ser más atendibles, más serias y más justas que una sentencia de apelación.

Estando así las cosas, no parece ser correcto decir que con las reformas del 2003 y del 2005 la instrumentalidad de las resoluciones cautelares haya sido atenuada<sup>50</sup> o retardada<sup>51</sup>. En realidad, esas resoluciones, una vez privadas de aquella característica y transformadas sustancial o potencialmente autónomas respecto al juicio de fondo, terminan siendo cautelares solo por así decirlo, tanto que desde ahora deberían ser netamente distinguidas de las verdaderas resoluciones cautelares, las llamadas conservativas, y tanto como para inducirnos a afirmar que ya la tutela cautelar

43 En el mismo sentido Carpi, *Intervento*, en *Prime esperienze*, cit., p. 99.

44 Cfr. Chiarloni, *Riflessioni inattuali sulla novella del processo civile*, en *Il Foro italiano*, 1990, V, c. 501; Ricci, *Intervento*, en *Prime esperienze*, cit., p. 103 y ss. Y v. también Proto Pisani, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, en *Il Foro italiano*, 1990, V, c. 17 y s., y la *Relazione* de la Comisión Tarzia, cit., p. 1017.

45 Cfr. Montesano, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, en *Rivista di diritto processuale*, 1999, p. 309 y ss.

46 V. espec. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo societario. Note a prima lettura*, en *Il Foro italiano*, 2003, V, c. 1 y ss.; Costantino, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, en *Rivista di diritto processuale*, 2003, p. 656 y ss.; Monteleone, *Il processo nelle controversie societarie ed assimilate*, Padova, 2004, p. 41 y ss.; Guaglione, *Il processo cautelare*, Napoli, 2005, p. 298 y ss.

47 V. últimamente Tommaso, *Lezioni sul processo societario*, Roma, 2005, p. 93 y ss.

48 Sobre la nueva norma v. Caponi, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, en *Il Foro italiano*, 2005, V, c. 136 y ss.

49 Cfr. Cas., 20 abril 2005, N°s 8202 y 8203, en *Il Foro italiano*, 2005, I, c. 1690 y ss.

50 Así, en cambio, Ruffini, *La riforma del processo cautelare nel disegno di legge ministeriale recante "Modifiche urgenti al codice di procedura civile" e nella legge delega per la riforma del diritto societario*, en *Giustizia civile*, 2002, II, p. 198 y ss.

51 Así, en cambio, Proto Pisani, *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, en *Il Foro italiano*, 2005, V, c. 93.



anticipatoria se ha transformado en tutela sumaria no definitiva, aunque no susceptible de ser invocada en otros procesos (art. 669-*octies*, 8° párrafo, CPC) o de desembocar en cosa juzgada, potencialmente permanente<sup>52</sup>. Por tanto, es más que necesario que las partes, antes o después de la emisión de una tal resolución, puedan contar con idóneas garantías procesales.

### 8. El Recurso de Casación

Para completar el discurso sobre las garantías en el procedimiento cautelar se precisa detenernos sobre el recurso de Casación, que ahora, habiendo devenido potencialmente permanentes las resoluciones anticipatorias, ha adquirido una importancia aún mayor.

Desde que se estableció la reclamación en contra de las resoluciones cautelares de primer grado, las partes comenzaron a plantear recurso de casación en contra de las resoluciones emitidas en sede de reclamación, encontrándose siempre con el *non possumus* de la Casación. En realidad, en materia cautelar la Casación había sido instada ya antes de la reforma, pero en los últimos tiempos la suprema Corte ha asumido una actitud bastante restrictiva, tanto porque ha modificado su propia jurisprudencia sobre la regulación de jurisdicción, que hoy es considerada inadmisibles en el procedimiento cautelar por la existencia de la reclamación<sup>53</sup>, como porque ha excluido la regulación de competencia en contra las resoluciones de instrucción preventiva<sup>54</sup> y en contra del auto cautelar declarativo de incompetencia del juez instado<sup>55</sup>. La suprema Corte, pues, aun cumpliendo una labor de racionalización, ha excluido todo control suyo sobre el procedimiento cautelar.

Sin embargo, hay que advertir que, habiendo sido previsto, por efecto de la intervención de la Corte Constitucional, la reclamación también en contra de la resolución de desestimación, es hoy muy posible que la medida cautelar sea concedida por primera vez por el juez de la reclamación<sup>56</sup>. Por tanto, la exclusión del recurso de casación tiene hoy un significado que no tenía ayer, pero es un hecho que la Casación no muestra estar consciente de ello. Sin embargo, no parece que se pueda dudar de que sea más que ausplicable el que en contra las decisiones «cautelares» anticipatorias de segundo grado se admita el recurso de casación.

Se dirá que, si se admitiera la posibilidad de impugnar *ex art. 111 Const.* las resoluciones anticipatorias de segundo grado, se podría verificar y, más bien, se verificaría seguramente un incremento del número de los recursos de Casación, pero no me parece que sea lícito apuntar sobre este argumento, en cuanto no creo que el aumento sería tan grande como para preocuparnos<sup>57</sup>. Por lo demás, al reconocer que el problema de la funcionalidad de la Casación debe ser preocupación de todos; y al admitir que los magistrados de la Corte de Casación tienen todas las razones para lamentarse de la enorme mole de trabajo que los grava, me permitiría observar que se debería primeramente batallar para descargar a la Corte de toda una serie de actividades superfluas, como por ejemplo las regulaciones de competencia y de jurisdicción, que no son para nada esenciales. Sin dejar de decir que la numeración autónoma de las sentencias de las Secciones Unidas de la Corte de Casación, en el breve período en el cual ha estado en vigencia, ha permitido a todos entender que las Secciones Unidas civiles pronuncian incluso un millar de sentencias al año, más de una, como

52 Es la fórmula que utilicé años atrás para las resoluciones *ex art. 708 CPC*, que sobrevivían (y sobreviven) a la extinción *ex art. 189, 2° párrafo*, disposiciones de actuación del CPC: v. Cipriani, *I provvedimenti presidenziali*, cit., p. 310 y ss.

53 Cfr. Cas., 22 marzo 1996, N° 2465, en *Il Foro italiano*, 1996, I, c. 1635, con mi nota adhesiva.

54 Cfr. Cas., 21 julio 1998, N° 7129, en *Il Foro italiano*, 1999, I, c. 952 y ss., con mi ya citada nota *Ancora sull'impugnazione dei provvedimenti d'istruzione preventiva*.

55 Cfr. Cas., 29 julio 1995, N° 8373, en *Il Foro italiano*, 1996, I, c. 52, con nota de G. Grasso, *Procedimento cautelare uniforme e regolamento di competenza*, cit.; Cas., 14 febrero 1995, N° 1598, en *Rivista di diritto processuale*, 1995, p. 922, con nota de Ghirga, *Il controllo sulla competenza in materia cautelare*, cit.

56 Cfr. Vaccarella, *Configurazione attuale del procedimento cautelare*, en Campiani (al cuidado de), *Il nuovo processo civile*, Perugia, 1997, p. 29 y ss., espec. 38 y s.

57 Algún año atrás, como lo indiqué en la ponencia al Congreso «Tra procedure ed organizzazione: dieci anni di riforme per la giustizia civile», realizado en Turin el 12 de mayo del 2000 a iniciativa de la Facultad de Jurisprudencia de esa Universidad, hice realizar una investigación en los Tribunales de Bari, Foggia y Trani con la finalidad de tener ideas más claras sobre el funcionamiento del procedimiento cautelar. Tuve así manera de constatar que un gran número de recursos no llegaba a la decisión y que solo el 20% de las resoluciones cautelares eran impugnadas (el dato confirmaba el concerniente al Tribunal de Roma indicado por Anedda, *Prime esperienze applicative del nuovo processo cautelare*, en *Prime esperienze del nuovo processo cautelare*, cit., p. 9, desmintiendo así el pesimismo de quien había temido que, con la previsión de la reclamación, se habría producido una avalancha de reclamaciones: Chiarloni, *Riflessioni inattuali sulla novella del processo civile*, cit., c. 501, del cual v. antes *La disciplina del riesame dei provvedimenti cautelari nella proposta di riforma*, en *Questione giustizia*, 1987, p. 257 y ss.). Las reclamaciones en contra de las resoluciones cautelares de los pretores eran, sin embargo, estimadas en mayor número que aquellas en contra de las resoluciones de los jueces de los Tribunales. Puede ser que ello dependiera de la mayor habilidad de los jueces de tribunal respecto a los pretores, pero puede bien deberse a que los tribunales respetaran más a sus jueces que a los pretores. Como confirmación de que la impugnación, si debe ser admitida, debe asignarse a la competencia de otra dependencia, no al juez de la «puerta del costado».

regla, sobre cuestiones sin objetiva importancia<sup>58</sup>. Es así que, si en lugar de oponerse a la recurribilidad de las resoluciones cautelares, se pensara en una revisión de las competencias de la Casación y, en particular, de las Secciones Unidas civiles, se haría, en mi opinión, obra más útil.

La verdad es que también en materia cautelar hay una exigencia de nomofilaquia. No por casualidad, hasta ayer, tras más de diez años de la entrada en vigencia de las normas que disciplinan el procedimiento cautelar, no estaba todavía claro si el plazo para plantear la reclamación cautelar empezara a correr desde la comunicación o de la notificación de la resolución, tanto que el legislador, con la ley del 14 de mayo del 2005, N° 80, ha considerado oportuno resolver el problema con el nuevo primer párrafo del art. 669-terdecies CPC. Sin dejar de decir que en algunos tribunales ha sido aplicado

el art. 354 CPC también en materia cautelar<sup>59</sup>, con el resultado de que las partes han sido absurdamente remitidas ante el primer juez por uno de los vicios enumerados por esa norma, justificando así, también en este aspecto, la reciente intervención del legislador (nuevo 4° párrafo del art. 669-terdecies CPC, también él debido a la Ley 80/2005). Por lo tanto, en particular ahora que las resoluciones cautelares anticipatorias han perdido la característica de la instrumentalidad, es más que ausplicable que, al menos y especialmente para esas resoluciones, que ya, como he dicho antes, son cautelares solo por así decirlo, se pueda contar, como no casualmente ocurre con el *référé* en Francia<sup>60</sup> (en donde, además, el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario), con la garantía del recurso y con el control y la supervisión de la Corte de Casación 

---

58 V. mi *Regolamento di giurisdizione dopo la conclusione del processo?*, en *Il Foro italiano*, 2000, I, c. 2595.

59 Para mayores detalles v. Cartuso, *Reclamo cautelare e rimessione al primo giudice*, en *Rassegna di diritto civile*, 2000, p. 932 y ss.

60 Cfr. Jommi, *Il référé provision*, Torino, 2005, p. 107 s.; Silvestri, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005, p. 161 y ss.; Perdriau, *Le control de la Cour de cassation en matière de référé*, en *JCP*, 1988, I, p. 3365 y ss.; Vincent y Guinchard, *Procédure civile*, 27<sup>e</sup> ed., Paris, 2003, p. 671.