

# THEMIS

desde 1965

© Asociación Civil THEMIS, 2010  
Segundo piso de la Facultad de Derecho  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú  
Teléfono: 626-2000, anx. 5391  
[editor@themisderecho.org](mailto:editor@themisderecho.org)  
[www.themisderecho.org](http://www.themisderecho.org)

Diagramación de interiores: José Antonio Casas Dávila

El contenido de los artículos publicados en **THEMIS-Revista de Derecho** es responsabilidad exclusiva de los autores.

THEMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

ISSN: 1810-9934  
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2000-0958  
Registro de Proyecto Editorial: 31501361000823  
Año XXXV - Número 58  
Tiraje: 1000 ejemplares

## **DE LAS MEDIDAS CAUTELARES A LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS ¿UN AVANCE DEL DERECHO PROCESAL?**

**Joan Picó i Junoy\***

*La evolución del Derecho Procesal y la discusión doctrinaria acerca de las exigencias innovadoras que la efectiva tutela jurisdiccional requiere, han hecho surgir, a nivel legislativo, nuevas instituciones procesales que buscan proteger situaciones que, hasta hoy, no han podido ser satisfechas a través de la tutela cautelar.*

*En el presente artículo, el autor, advirtiendo la existencia de dichas necesidades, realiza un agudo análisis acerca de las experiencias que, en el mundo, han dado lugar al nacimiento de las llamadas "medidas autosatisfactivas", erigidas como una vía autónoma, paralela a la tutela cautelar que busca garantizar la protección de los derechos de las personas ante situaciones de particular urgencia.*

\* Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Rovira i Virgili (España). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la International Association of Procedural Law.

## I. INTRODUCCIÓN: DE LAS MEDIDAS CAUTELARES A LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

Una de las grandes preocupaciones del Derecho Procesal moderno lo constituye la búsqueda de mecanismos que permitan una rápida eficacia de la tutela jurisdiccional. En este empeño encontramos propuestas dirigidas a proteger determinadas situaciones que requieren de una urgente intervención judicial. Sin embargo, la rapidez en la prestación de la tutela judicial no puede lograrse a base de limitar los derechos fundamentales del demandado, muy especialmente su derecho a la defensa.

Para los supuestos de urgencia, el sistema procesal civil español ofrece una regulación de las medidas cautelares sumamente amplia, incluyendo en su seno las de contenido anticipatorio (artículos 726.2 y 727.1.7 o 9 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil).

Para la adopción de una medida cautelar se exige la concurrencia de los clásicos presupuestos del *periculum in mora* (artículo 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el *fumus boni iuris* (artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y la caución (artículo 728.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Y, para los supuestos muy urgentes, se permite la adopción de la medida cautelar con anterioridad a la presentación de la demanda principal e *inaudita parte* (artículos 730.2 y 733.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente).

Mediante la medida cautelar se puede lograr dos tipos de efectos: uno conservativo, manteniendo la situación existente al momento de interponer la demanda (artículo 721.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y otro anticipatorio, posibilitando la realización de actos que adelantan provisionalmente lo que se pretenda en el proceso (artículo 726.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En cualquier caso, todas las medidas cautelares se caracterizan por su instrumentalidad, esto es, por ser accesorias a un proceso principal (artículo 721.1 y 731.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Junto a estas medidas cautelares, cuya configuración es similar en la mayoría de los países de nuestra órbita cultural, se están ideando nuevas

instituciones procesales cuya única finalidad es proteger con urgencia determinadas situaciones de forma definitiva. En Argentina, el profesor Peyrano aparece como el máximo defensor de las denominadas "medidas autosatisfactivas". Para este autor, en expresión muy gráfica, "todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar"<sup>1</sup>, por lo que cuando se dan situaciones de urgencia que no pueden encontrar una debida solución en el marco de la tutela cautelar resulta necesario buscar un mecanismo que resuelva definitivamente la urgencia, esto es, sea independiente de un proceso posterior. Y ello sucede cuando el justiciable pretende "remover la urgencia, y punto, es decir, no pretende ni desea promover pretensión principal alguna posterior"<sup>2</sup>. Con estas medidas, "se procura remediar la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica conforme a la cual sólo puede obtenerse una solución jurisprudencial urgente a través de la promoción de una cautelar que, ineludiblemente, reclama la ulterior o concomitante iniciación de un proceso principal, so pena del decaimiento de la respuesta jurisdiccional urgente obtenida"<sup>3</sup>. El problema de las medidas cautelares reside en su instrumentalidad respecto de un proceso principal, por lo que en determinadas situaciones de urgencia, de mantenerse la teoría clásica cautelar, se exige "inventar procesos principales para poder estar en condiciones de encaballar en las mismas solicitudes cautelares cuya sustancia es, en realidad, lo único que les interesa y motoriza. Casi huebla aclarar que dichos procesos inventados o son derechamente abandonados o se impulsan al solo efecto de evitar perenciones"<sup>4</sup>. Ante esta situación, las medidas autosatisfactivas pretenden configurarse como un instrumento eficaz de tutela judicial urgente con autonomía propia, esto es, no cautelar.

En la doctrina procesal argentina existe en la actualidad un profundo debate científico sobre si las medidas autosatisfactivas constituyen un mecanismo procesal válido para la protección de determinadas situaciones urgentes, y buena muestra de ello lo constituye la existencia de más de medio centenar de estudios sobre las mismas.

Y dentro de este debate de opiniones, lo cierto es que las medidas autosatisfactivas han recibido el respaldo de la mayoría de la doctrina procesal argentina<sup>5</sup>, de diversos congresos de Derecho

<sup>1</sup> PEYRANO, Jorge. "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas". En: Jurisprudencia Argentina. 1997. p. 926.

<sup>2</sup> Ibídem.

<sup>3</sup> PEYRANO, Jorge. "La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución". En: "Medidas autosatisfactivas". Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2001. p. 16.

<sup>4</sup> PEYRANO, Jorge. "Lo urgente y lo cautelar". En: Jurisprudencia Argentina 5923. 1995. p. 2.

<sup>5</sup> Al margen de los trabajos de Peyrano ya citados, debo destacar a Morello, quien en diversos estudios ya había planteado la necesi-

Procesal argentinos<sup>6</sup>, de cierta jurisprudencia<sup>7</sup>, y ya se encuentran recogidas expresamente, y con carácter general, en diversos textos prelegislativos de importantes provincias –como la de Buenos Aires<sup>8</sup> y la de Santa Fe<sup>9</sup>– y en textos normativos de otras provincias –como la del Chaco<sup>10</sup>. Además, en la normativa actual se han identificado preceptos que, de forma encubierta y para supuestos concretos, parecen recoger medidas de este tipo<sup>11</sup>.

## II. LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

### A. Concepto y naturaleza jurídica

La medida autosatisfactiva es definida por Peyrano como “un requerimiento urgente formulado al

órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva– con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento”<sup>12</sup>.

En la misma línea, y de forma más completa, De Los Santos las concibe como “soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, que importan una satisfacción definitiva de lo requerido, despachables *inaudita parte* o, según el caso, previa audiencia y sólo procedentes si media un interés tutelable cierto y manifiesto (o fuerte probabilidad de que la pretensión formulada resulta atendible) y la tutela inmediata es imprescindible”<sup>13</sup>.

dad de tutelas judiciales urgentes de carácter autónoma (así, “La cautela material”. En: *Jurisprudencia Argentina*. 1992, pp. 314 y 316; “La cautela satisfactiva”. En: *Jurisprudencia Argentina*. 1995, pp. 414-415); ANDORNO, L. “El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano”. En: *Jurisprudencia Argentina* 5936, 1995, pp. 2 y 10; BERIZONCE, Roberto. “Tutela anticipada y definitoria”. En: *Jurisprudencia Argentina*. 1996, pp. 748-749; BERIZONCE, Roberto. “Tutelas procesales diferenciadas”. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. 2009; DE LOS SANTOS, Mabel. “Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)”. En: *Revista de Derecho Procesal* 1, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 1998, p 55; De Los Santos, Mabel. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas. En: *Jurisprudencia Argentina*. 1997, p. 801; GARDELLA, Luis Luciano. “Medidas autosatisfactivas: principios constitucionales aplicables. Trámite. Recursos”. En: *Jurisprudencia Argentina* 6119. 1998, p. 14; así como la treintena de autores que publican sus estudios sobre aspectos concretos de las medidas autosatisfactivas en la obra colectiva “Medidas autosatisfactivas”, director Jorge Peyrano. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. 2001.

<sup>6</sup> Así, en el XIX Congreso Argentino de Derecho Procesal, celebrado en Corrientes en agosto de 1997, se llegó a la conclusión de que: “resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa dándose así cabida a los procesos urgentes y a la llamada medida autosatisfactiva. La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que da una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial”. De igual modo, ya en el anterior XVIII Congreso Argentino de Derecho Procesal, celebrado en Santa Fe, en agosto de 1995, se concluyó que: “la categoría de proceso urgente es más amplia que la de proceso cautelar. Así, la primera comprende también las denominadas medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipatorias”. En esta línea, las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Procesal Civil y Comercial, celebradas en Junín en septiembre de 1996, concluyeron, entre otras ideas, con que: “(i) corresponde regular legalmente como categoría autónoma y diferenciada al llamado proceso urgente, género que se caracteriza por registrar en su seno un reclamo acentuado de una pronta, expedita y eficiente respuesta jurisdiccional. El mismo está integrado, entre otras, por las siguientes especies: las medidas cautelares, las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipatorias y la variante de esta última especie, constituida por la denominada cautela material...”. Finalmente, en el X Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe, celebrado en dicha ciudad en agosto de 1996, se insistió en la idea de que: “(i) el proceso urgente constituye una categoría amplia caracterizada por la necesidad de proporcionar respuestas jurisdiccionales prontas y expeditas a determinadas situaciones cuya solución no admite demoras. Las diligencias cautelares son sólo una especie de las mismas, pero también se integra con otras: las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipatorias, el hábeas corpus, etcétera”. Todas las referencias a estos congresos y jornadas pueden consultarse en el trabajo de VARGAS, Abraham Luis. “Teoría general de los procesos urgentes”. En: *Medidas Autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2001. p. 114.

<sup>7</sup> Al respecto, los supuestos jurisprudenciales descritos por PEYRANO, Jorge. “Una especie destacable del proceso urgente: la medida autosatisfactiva”. En: *Jurisprudencia Argentina* 6152. 1999, pp. 5-7; PEYRANO, Jorge. “Un segundo hito jurisprudencial de bienvenida a la medida autosatisfactiva”. En: *El Derecho* 10.215. 2001, pp. 1-2; y los recogidos por GARCÍA SOLÁ, Marcela. “Medidas autosatisfactivas: perfiles jurisprudenciales”. En: *Medidas autosatisfactivas*. Op. cit. pp. 689-702.

<sup>8</sup> En este sentido, el artículo 67 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires de 1997 (ACPCBA), redactado por los profesores Augusto Morello, Isidoro Eisner, Roland Arazi y Mario Kaminker, establece: “Medidas de efectividad inmediata. En aquellos supuestos excepcionales en que concurren de modo evidente los siguientes requisitos: (i) se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto; (ii) su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustación, (iii) no fuese necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo; se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsabilidad del peticionario. Si el juez lo entendiera necesario requerirá contracauteña”.

<sup>9</sup> Así, el artículo 21 del Anteproyecto de Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe (ARCPCCSF), redactado por Jorge Peyrano, indica: “los jueces –a pedido fundamentado de parte, respaldado por prueba que aparentemente demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata– deberán, excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas”.

<sup>10</sup> El artículo 232 del Código Procesal Civil del Chaco (CPCCh) recoge en su integridad la propuesta del artículo 21 del ARCPCCSF –reproducido en la nota anterior–, por lo que evitamos su reiteración.

<sup>11</sup> Para un estudio de estos supuestos PEYRANO, Jorge. Op. cit. pp. 932-937; y los múltiples trabajos que, desde un punto de vista sectorial del ordenamiento jurídico (derecho de daños y tutela al consumidor, derecho de familia, derecho a la intimidad, derecho a la propiedad horizontal, derecho del seguro, derecho de sociedades, etcétera) se publican en la obra “Medidas autosatisfactivas”.

<sup>12</sup> PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 13; e idem. En: *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas*. En: *Medidas autosatisfactivas*. Op. cit. p. 27.

<sup>13</sup> DE LOS SANTOS, Mabel. Op. cit. p. 54.

Se trata de medidas que se adoptan en un procedimiento que podríamos calificar de sumarísimo, en el que sólo se pretende la protección expedita y rápida del actor debido a la situación de urgencia que requiere su tutela, y nada más<sup>14</sup>. El carácter sumarísimo se deduce de la posibilidad de adoptarse la medida autosatisfactiva sin audiencia del demandado. Su derecho a la defensa se posterga a la formulación del recurso de apelación contra la sentencia en la que se adopta la medida<sup>15</sup> o al inicio de un proceso declarativo posterior<sup>16</sup> (la elección de una vía defensiva excluye la otra<sup>17</sup>). Así, como destaca Marinoni, la clásica tutela cautelar se transforma en técnica de summarización para con ello lograr superar la ineffectividad del procedimiento ordinario y obtener una sentencia rápida y capaz de hacer efectivo el derecho material reclamado<sup>18</sup>.

## B. Características y presupuestos

### 1. Características

Las características básicas de las medidas autosatisfactivas son la urgencia –con posibilidad de adoptarse *inauditamente* y ejecución inmediata– y su carácter autónomo.

#### a) La urgencia

Con estas medidas se pretende dar una solución rápida a situaciones conflictivas que requieren urgentemente una decisión jurisdiccional. Suelen citarse aquí los casos reales del deportista que pocos días antes de iniciarse las Olimpiadas se le niega su asistencia a las mismas después de haberse

<sup>14</sup> Calderón Cuadrado ya advierte del riesgo de la summarización de la tutela cautelar, cuando afirma: "sin embargo, una y otra (la medida cautelar conservativa y la anticipatoria), sin distinción, si no están en función de una sentencia del proceso principal, si no se ha establecido ese nexo de unión entre ambos, sino que se solicitan con la intención de convertirse en definitivas, se corre el riesgo de modificar su naturaleza y convertirlas de medidas cautelares en procesos sumarios". (CALDERÓN CUADRADO, María Pia. "Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil". Madrid: Civitas. 1992. p. 80).

<sup>15</sup> El despacho de la medida tiene lugar, en opinión de algunos autores, mediante sentencia (GARDELLA, Luis Luciano. Op. cit. p. 18; o RIOL, María. "La cosa juzgada en relación a las medidas autosatisfactivas". En: *Medidas autosatisfactivas*. Op. cit. p. 360), y esta sentencia podrá desplegar, en última instancia, eficacia de cosa juzgada material (RIOL, María. Op. cit. pp. 360-361; y GARCIA SOLA, Marcela. "Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad de su procedencia. Aproximaciones para su categorización. Particularidades de su trámite". En: *Medidas autosatisfactivas*. Op. cit. p. 287).

<sup>16</sup> En este caso, como es obvio, la primera sentencia deberá carecer de eficacia de cosa juzgada material: si es posible un posterior proceso declarativo para que el demandado inicial pueda discutir con todas las garantías (de alegación y prueba) los hechos que originaron la primera sentencia y éste opta por interponer una demanda para iniciar dicho proceso, se deberá concluir en la falta de cosa juzgada material. Sin embargo, algún autor entiende erróneamente que la sentencia sí tiene eficacia de cosa juzgada si los hechos discutidos han desaparecido debido a la medida autosatisfactiva. Así, García Sola mantiene que "si la resolución hace lugar a la medida y cumplida ésta autocconsume toda la materia litigiosa, es evidente que en los hechos (la sentencia) tiene carácter definitivo y hace cosa juzgada material" (GARCIA SOLÁ, Marcela. Op. cit. p. 287); y Riol afirma que "en los supuestos en que haya desaparecido el sustento fáctico que dió lugar a la medida, la resolución de la autosatisfactiva causará estado de cosa juzgada material. Si, por ejemplo, se ha logrado a través de una autosatisfactiva el cese de las vibraciones del inmueble vecino que causaban molestias al peticionario, ya no será posible volver atrás y modificar esa situación que benefició a aquél y, probablemente, impidió algún tipo de actividad al causante de las vibraciones. Sin embargo, el destinatario de la medida, si bien no podría atacarla por un recurso que sería inconducente e improcedente, si podría iniciar un posterior juicio de daños y perjuicios para obtener el resarcimiento si existió un menoscabo en el ejercicio de algún derecho tutelado por el ordenamiento jurídico. Pero esa pretensión no reabriría el debate judicial sobre la misma cuestión de hechos y derecho, ya resuelta en la autosatisfactiva, sino que se dirigiría a resarcir" (RIOL, María. Op. cit. pp. 361-362). A mi entender, ambos autores incurren en el error de confundir cosa juzgada con ejecución. En todos los casos, es posible iniciar un segundo proceso debido a la falta de cosa juzgada de la primera sentencia: si los hechos discutidos en el primer proceso son reversibles, podrán volverse a discutir y condonar al inicial beneficiado por la medida autosatisfactiva a restablecer la situación fáctica a la misma situación que estaba antes del primer proceso (así, en el ejemplo que propone Riol, la medida autosatisfactiva contenida en la sentencia ordenando el cese de las vibraciones del inmueble vecino provocará, como es obvio, la desaparición del "sustento fáctico que dió lugar a la medida", esto es, las vibraciones. Pero ello no impide que tales vibraciones puedan volver a producirse -imaginemos que surgían de una maquinaria cuyo funcionamiento se ha paralizado-; si, en el segundo proceso, se acredita que la inicial parte actora tenía, por cualquier motivo, el deber de soportarlas, pero ello no pudo acreditarse en el primer proceso debido a la falta de audiencia del demandado o bien su limitación. Precisamente, lo que en un segundo proceso debe poder discutirse, en todo su plenitud, es si el demandado tenía derecho a realizar las citadas vibraciones, o si éstas eran de escasa intensidad, etcétera. Los hechos justificadores de la medida evidentemente habrán podido desaparecer debido a la ejecución de la misma, pero el carácter reversible de tales hechos permite que puedan volverse a discutir y solicitar). De igual modo, si los hechos discutidos en el primer proceso son ya irreversibles (imaginemos, por ejemplo, a un enfermo oncológico que logra como medida autosatisfactiva la rápida realización de un tratamiento radioterápico en un centro sanitario), también podrán discutirse en un segundo proceso si bien, debido al carácter irreversible de los hechos que justificaron la adopción de la medida, ya no podrá solicitarse la restitución de los hechos al estado anterior a la práctica de la medida, pues ello será imposible, sino su correspondiente conversión económica (indemnización de daños y perjuicios). En estos casos, ciertamente, no será posible volver atrás y modificar la inicial situación que benefició al solicitante de la medida, pero ello no será debido –como indican García Sola y Riol– a la cosa juzgada material de la primera sentencia sino, simplemente, a la imposibilidad de ejecutar lo contrario de lo ordenado en la primera sentencia, por lo que en el segundo juicio, aún discutiéndose los mismos hechos, deberá ejercitarse una acción de resarcimiento económico por los daños y perjuicios que la medida haya podido causar. La ausencia de cosa juzgada de la sentencia plantea muchos interrogantes, tales como el carácter jurisdiccional de la decisión judicial, o la imposibilidad de conocer el mismo juez que haya decretado la medida autosatisfactiva el posterior proceso declarativo que pueda iniciarse (sobre la debida protección de la imparcialidad de este juez, me remito a mi trabajo: PICÓ I JUNOY, Joan. "La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación". Barcelona: Bosch. 1998. pp. 97-98. (nota 267 y 115)).

<sup>17</sup> Así lo sostiene la doctrina (PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 33) y ha sido recogido tanto en los textos prelegislativos (artículo 21 CPCCSF) como en el artículo 232 CPCCh.

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. "Novas linhas do Processo Civil". São Paulo: Malheiros. 1996. p. 75. De igual modo, BEDAQUE, José Roberto. "Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)". São Paulo: Malheiros. Malheiros. 1998. pp. 24-26.

confirmado su participación; la del paciente que requiere urgentemente la implantación de una prótesis de brazo si no se quiere que con posterioridad dicho implante resulte ineficaz, etcétera.

De la urgencia se derivan otras dos características: la posibilidad de adoptarse *inaudita parte* y la ejecutibilidad inmediata.

En la medida en que se requiere una urgente decisión judicial, ésta debe efectuarse en el plazo más breve de tiempo posible, por lo que puede tener lugar sin audiencia de la parte afectada. Así, Peyrano, destaca que al igual que la tutela cautelar, la medida autosatisfactiva se caracteriza por la posibilidad de realizarse *inaudita pars*<sup>19</sup>. Sin embargo, ello ha sido criticado acertadamente por algún autor debido, especialmente, a que esta medida se agota en sí misma, esto es, es totalmente autónoma de un proceso posterior<sup>20</sup>. Ello ha llevado a que cierta doctrina que admite estas medidas haya matizado su opinión indicando que las mismas "requieren, para su otorgamiento, por regla, la previa audiencia de la contraria"<sup>21</sup>; y en algunos casos ha provocado que algún autor llegue a mantener opiniones contradictorias<sup>22</sup>. En cualquier caso, al problema aquí planteado, Peyrano, tras destacar la relevancia constitucional del derecho a la defensa, pone de manifiesto que éste puede ser diferido o atenuado en algunas ocasiones, por lo que entiende que el destinatario de una medida autosatisfactiva puede ejercitarse su derecho a la defensa: "(i) En algunos casos, previo a su dictado y en forma reducida si el juez así lo considera atento a las circunstancias particulares y materia de la medida, y (ii) en todos los casos, con posterioridad a su despacho mediante la gama de acciones de tipo impugnativo"<sup>23</sup>.

En cuanto a la ejecutibilidad inmediata, si realmente existe una situación de urgencia que justifica

la adopción de una medida autosatisfactiva, la decisión judicial que la adopta no puede admitir recurso con efecto suspensivo ni incidente que pueda suspender su ejecución<sup>24</sup>.

#### b) Su carácter autónomo

La autonomía de las medidas autosatisfactivas es la segunda gran característica que, a diferencia de la primera, constituye la principal distinción entre ellas y las medidas cautelares que, como es sabido, son siempre instrumentales de un proceso principal. La medida autosatisfactiva se agota en sí misma, resuelve la situación conflictiva urgente de manera definitiva –de ahí el nombre de "autosatisfactiva"– por lo que su eficacia no queda condicionada al resultado de un proceso posterior que no existe. Ello no impide –como indica Peyrano– que pueda establecerse un término de vigencia determinado de la medida, sin perjuicio de que puedan decretarse prórrogas al plazo inicialmente concedido, ya que su fijación *sine die* puede en algunos casos resultar inconveniente<sup>25</sup>.

El procedimiento que se sigue tiene, como indicamos anteriormente, un carácter sumarísimo, pues en virtud de la petición formulada y los medios probatorios que acreditan los presupuestos justificadores de tales medidas, y que después se analizarán, el juez resuelve lo que estime conveniente, sin necesidad, por regla general, de audiencia previa al demandado, a pesar de que se acepta la posibilidad de que si las circunstancias del caso concreto lo permiten se celebre una "módica sustanciación previa"<sup>26</sup>. En este sentido, el artículo 21 del mencionado ARCPCCSF establece: "d) los jueces deberán despachar de manera la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente y según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación que no excederá del otorgamiento a quien corresponda, de la posibilidad de ser

19 PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 3. De igual modo se pronuncia GARDELLA, Luis Luciano. Op. cit. p. 15.

20 Así, CAMPS, Carlos. "La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada". En: Jurisprudencia Argentina 6161. 1999. pp. 12-13; PALACIO, Lino Enrique. "Breves apuntes acerca de la Tutela Anticipada". En: Estudios en homenaje al Profesor Enrique Vescovi. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 2000. p. 539; y BENABENTOS, Omar. "Teoría General Unitaria del Derecho Procesal". Rosario: Juris. 2001. pp. 51, 52, 65-66.

21 BERIZONCE, Roberto. Op. cit. p. 749. De igual modo, se pronuncia en su posterior trabajo "La tutela anticipatoria en Argentina (estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)". En: Jurisprudencia Argentina. 1998. p. 905.

22 Tal es el caso de De Los Santos, para quien la medida autosatisfactiva "constituye un proceso urgente, autónomo y contradictorio, despachable *inaudita parte*, según el grado de apariencia del derecho y de urgencia de su despacho" (DE LOS SANTOS, Mabel. Op. cit. p. 47).

23 PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 239.

24 DE LOS SANTOS, Mabel. Op. cit. p. 44. Sin embargo, el artículo 21 del ACPCCSF prevé que, excepcionalmente, en la tramitación del recurso de apelación o en el posterior juicio declarativo de oposición, pueda solicitarse la suspensión provisional de la medida autosatisfactiva. En esta línea, en España, la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1993, de 28 de junio, admitió la posibilidad de suspender la ejecución de la sentencia dictada en un proceso sumario a través de una medida cautelar adoptada en el posterior proceso declarativo (para un comentario acertado de esta resolución, CALDERÓN CUADRADO, María Pía. "Tutela anticipada, procesos sumarios y medidas cautelares". En: La Ley 1995-2. pp. 1086-1097).

25 PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 33.

26 Ibid. p. 33. De igual modo, De Los Santos entiende que pese a la regla general de la adopción de la medida *inaudita parte*, en ciertos casos debería "preverse algún tipo de sustanciación rápida" (DE LOS SANTOS, Mabel. Op. cit. p. 46).

óido". Por su parte, el artículo 67 ACPCCBA prevé la adopción de medidas autosatisfactivas sin hacer mención alguna a la audiencia del perjudicado por dichas medidas.

Contra la sentencia que acoge la medida, el perjudicado por la misma puede optar por la interposición directa del recurso de apelación, sin efecto suspensivo, o iniciar un juicio declarativo de oposición cuya sustanciación no impide el cumplimiento de la medida<sup>27</sup>. Es a través de uno de estos dos cauces procesales, y de la eventual (rápida, reducida o módica) audiencia previa, que se canaliza el derecho de defensa del perjudicado por la medida autosatisfactiva.

## B. Presupuestos

Los presupuestos básicos para que pueda adoptarse una medida autosatisfactiva son dos: la "fuerte probabilidad" de la existencia de la petición solicitada; y el "perjuicio irreparable".

### 1. La "fuerte probabilidad"

La posibilidad de adoptarse la medida autosatisfactiva *inaudita parte* comporta que para su admisión se requiera no ya sólo un simple *fumus boni iuris*, esto es, una mera verosimilitud o apariencia de buen derecho –como sucede en las medidas cautelares– sino un alto grado de certeza del mismo<sup>28</sup>. Así, para decretar una medida

autosatisfactiva el artículo 67.1 del ACPCCBA exige que "se acrede la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto"; y el artículo 21 bis del ARCPCCSF, exige una "prueba que aparentemente demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible".

### 2. El "perjuicio irreparable"

La urgencia de la medida autosatisfactiva presupone necesariamente una irreparabilidad del daño susceptible de causarse de no adoptarse tal medida. Aquí, el *periculum in mora* de las medidas cautelares adquiere su mayor magnitud, pues el peor peligro que puede comportar la pendencia de la litis es la irreparabilidad del objeto discutido en el proceso<sup>29</sup>. Así, para ordenar una medida autosatisfactiva, el artículo 21 del ARCPCCSF exige que sea "impostergable prestar tutela judicial inmediata"; y en similares términos, el artículo 67.1 del citado ACPCCBA establece como presupuesto de tales medidas que: "su tutela inmediata (la del interés invocado) sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustación".

Respecto del tercer presupuesto de las medidas cautelares, el de la caución, no existe unanimidad en su concurrencia respecto a la medidas autosatisfactivas. Así, para cierta doctrina no es necesaria caución alguna<sup>30</sup>, mientras que para algunos autores, así como para la gran mayoría de jurisprudencia<sup>31</sup>, sí lo es cuando la medida se

<sup>27</sup> En este sentido, PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 33; BARACAT, Edgar. "Vicisitudes del procedimiento impreso a un pedido de resolución autosatisfactiva". En: *Medidas autosatisfactivas*. Op. cit. pp. 256-258; y GARCÍA SOLÁ, María. "Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad de su procedencia. Aproximación para su categorización. Particularidades de su trámite". En: *Medidas autosatisfactivas*. Op. cit. pp. 284-286. En muy similares términos se expresa el artículo 21 apartado e) del citado ARCPCCSF. Sin embargo, algún autor sólo admite el recurso de apelación (sin efecto suspensivo), como GARDELLA, Luis Luciano. Op. cit. p. 18.

<sup>28</sup> Pese a esta distinción, entiendo que no estamos ante presupuestos distintos, sino ante el mismo pero con distinta intensidad. Como destaca Grillo, "la verosimilitud será siempre tal (tanto en la medida cautelar como en la autosatisfactiva). Sin embargo la apariencia del derecho admite grados. Cuando la medida cautelar implica –en palabras de la Corte– anticipo de jurisdicción favorable, la verosimilitud deberá ser alta". (GRILLO, Pablo. "Medidas cautelares: el anticipo de jurisdicción". En: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata* 59. 1998. p. 263).

<sup>29</sup> En este orden de ideas, al analizar el alcance del perjuicio irreparable, Grillo destaca que "estamos en presencia del antiguo *periculum in mora*, bien que en una alta intensidad" (GRILLO, Pablo. Op. cit. p. 264). También relacionan ambos conceptos, De Los Santos, para quien en las medidas autosatisfactivas "siempre es necesario, al igual que en el esquema cautelar clásico, que exista peligro en la demora, consistente en la necesidad impostergable de tutela judicial inmediata de manera que en caso contrario se frustre el derecho invocado, recaudo que deriva del carácter urgente del proceso autosatisfactivo" (DE LOS SANTOS, Mabel. Op. cit. p. 46) y Camps, cuando afirma que "el grado de urgencia que posee el caso y que –de no adoptarse la medida solicitada– daría lugar a un daño irreparable al peticionario, es otra manera de expresar el clásico recaudo del peligro en la demora o *periculum in mora*"(Idem. 10). Al igual que indiqué para el anterior presupuesto, entiendo que pese a la distinta nomenclatura que se emplea ("peligro por la mora procesal" en las medidas cautelares y perjuicio irreparable en las autosatisfactivas) no estamos ante presupuestos distintos sino ante dos tipos de *periculum in mora*. Peyrano critica a los autores que defienden la similitud entre el peligro por la mora procesal y el perjuicio irreparable porque no aciertan a distinguir entre el peligro de la tardanza de la resolución del proceso principal y el peligro de infructuosidad o *periculum in damni* (PEYRANO, Jorge. "La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa". En: *Revista de Derecho Procesal* 5. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2000. p. 318). Sin embargo, como ya destacó el profesor Calamandrei, en su clásica obra *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelare*. (CALAMANDREI, Piero. "Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelare". Padova: CEDAM. 1936), ambos peligros son tipos de *periculum in mora*, pues tanto el *pericolo di tardività del provvedimento principale* como el *pericolo di infruttuosità* son "due tipiche configurazioni che può assumere nei provvedimenti cautelare il periculum in mora" (Idem. p. 55). En consecuencia, tanto si se habla de "peligro de la tardanza de la resolución del proceso principal" como del "peligro irreparable" (esto es, *periculum in damni* o peligro de "infructuosidad") estamos ante el mismo presupuesto cautelar del *periculum in mora*. En esta línea de pensamiento, si bien con referencia a las medidas cautelares anticipatorias, CALDERÓN CUADRADO, María Pía. Op. cit. pp. 78-79.

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, ANDORNO, L. Op. cit. p. 10.

<sup>31</sup> Al respecto, García Sola, tras analizar la jurisprudencia existente sobre las medidas autosatisfactivas, concluye indicando que "re-

decreto *inaudita parte* o sin la suficiente certeza sobre la existencia del derecho invocado<sup>32</sup>.

### III. REFLEXIONES PERSONALES SOBRE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

#### A. Originalidad de las medidas autosatisfactivas

Lo primero que debe destacarse de la configuración que el profesor Peyrano ha ido pergeñando en los múltiples estudios sobre las medidas autosatisfactivas es su originalidad. En una época en la que aparecen nuevos derechos que requieren de una tutela jurisdiccional urgente y no se logra reducir, en la práctica, la larga duración de los procesos judiciales, siempre resulta positivo formular nuevas propuestas capaces de satisfacer la rapidez de la tutela judicial. Y en esta

línea, junto a las medidas autosatisfactivas, debo destacar la existencia de otras instituciones muy similares como las *ordonnances des référés y sur requête* francesas<sup>33</sup> o las "resoluciones urgentes" propuestas por el profesor Tarzia<sup>34</sup>.

#### B. Difícil distinción entre medida cautelar y medida autosatisfactiva

Pese a la originalidad de las medidas autosatisfactivas, entiendo que éstas no presentan nítidas diferencias con las medidas cautelares, a excepción de su carácter autónomo<sup>35</sup>. Los presupuestos de la "fuerte probabilidad" y el "perjuicio irreparable" de las medidas autosatisfactivas suponen una más alta intensidad en cuanto a su apreciación que los presupuestos clásicos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* de las medidas cautelares<sup>36</sup>.

sulta abrumadora la cantidad de resoluciones que ordenan la prestación de contracauteles, como requisito condicionante y previo a la resolución" (GARCÍA SOLA, Marcella. Op. cit. p. 702).

<sup>32</sup> En este sentido, PEYRANO, Jorge. Op. cit., p. 939; DE LOS SANTOS, Mabel. Op. cit. p. 46; Idem. p. 803; GARDELLA, Luis Luciano. Op. cit. p. 16. De igual modo, el artículo 21 del ARCPCCSF prevé: "Según fueran las circunstancias del caso valoradas motivadamente por el tribunal, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente"; y el artículo 67 del ACPPCCBA establece: "Si el juez lo entendiera necesario requerirá contracauteles".

<sup>33</sup> Sobre el alcance de estas resoluciones, me remito al completo estudio de Calderón Cuadrado, María Pía. "Una solución del Derecho francés a la duración del proceso civil: tutela cautelar indeterminada en las *ordonnances des référés y sur requête*". En: Revista General del Derecho. 1992. pp. 33-51.

<sup>34</sup> La tutela urgente de los intereses del actor –y no instrumental de un proceso posterior– se ve recogida en el Proyecto italiano de Ley delegada para la revisión del *Codice di procedura civile*, elaborado en 1996 por una comisión presidida por el profesor Giuseppe Tarzia. El 1 de diciembre de 1994 se constituyó en el Ministerio de Gracia y Justicia italiano una Comisión para la revisión de las normas del *codice di procedura civile* italiano, aprobado el 22 de junio de 1996 un proyecto de ley delegada, con 51 puntos, destinados a ser la base de un futuro código procesal civil. En la base 43 se recoge la citada tutela urgente indicando: "Revisión de la disciplina de las resoluciones urgentes según los siguientes principios: a) previsión que, cuando el derecho esté amenazado de un perjuicio inminente y gravísimo, el juez pueda pronunciar las resoluciones urgentes más idóneas, según las circunstancias, y asegurar o anticipar provisionalmente la tutela del derecho; b) exclusión de la carga de la parte solicitante de promover la causa sobre el fondo; c) previsión que la resolución pronunciada durante el curso del proceso conserve eficacia en el caso de extinguirse el proceso sobre el fondo, en la medida que no sea revocada o modificada; d) previsión que la parte perjudicada por la resolución, cuando no haya causa pendiente sobre el fondo o éste se extinga, pueda pedir en cualquier momento la declaración de inexistencia del derecho respecto del cual ha sido dictada la resolución; e) previsión que la resolución no revocada o modificada conserve eficacia hasta que se dicte sentencia, incluso no firme, italiana o extranjera, o laudo arbitral, que declaren la inexistencia del derecho tutelado por la resolución que haya sido dictada" (este texto puede consultarse en la "Rivista di diritto processuale" de 1996, pp. 948-970). Como puede observarse, en esta base no se indica nada respecto de un extremo sumamente relevante para las medidas autosatisfactivas como es el ejercicio del derecho de defensa del perjudicado por la medida. En orden a justificar esta tutela urgente, Tarzia destaca que "la revisión de la disciplina de las resoluciones urgentes (punto 43) tiene por objeto permitir resoluciones idóneas para asegurar o anticipar la tutela de los derechos no sólo por el tiempo necesario para lograr una decisión sobre el fondo. La instrumentalidad respecto a tales decisiones debe permanecer en las resoluciones cautelares típicas, pero ya es el momento adecuado para la introducción en nuestro sistema, junto a dichas resoluciones, de una tutela de urgencia de carácter general, posible para cualquier derecho, incluso prescindiendo del presupuesto de la irreparabilidad del daño amenazado. Se determina, en consecuencia, como presupuesto de esta tutela la amenaza de un perjuicio inminente y gravísimo. Así, el juicio sobre el fondo es puramente eventual: ello se deja a la iniciativa, en cualquier momento, de la parte instante o de la parte perjudicada por la resolución, cuando ésta no ha sido pronunciada en el curso de un proceso. La falta del inicio del juicio sobre el fondo en el término perentorio previsto en la ley, o su sucesiva extinción, no será causa de caducidad de la resolución urgente, que, si no es revocada o modificada, conservará eficacia hasta que se dicte sentencia, aunque no sea firme, italiana o, según los casos, extranjera, o también laudo arbitral, que declaren la inexistencia del derecho tutelado en la resolución que haya sido dictada" (TARZIA, Giuseppe. "Relazione". En: Rivista di diritto processuale. 1996. pp. 1016-1017). Ya este autor, en un trabajo previo, había destacado la constante evolución de la tutela cautelar, su autonomía estructural y funcional y la necesidad de buscar nuevas fórmulas de tutelas jurisdiccionales urgentes (TARZIA, Giuseppe. "La tutela cautelar". En: I procedimenti cautelare. Padova: CEDAM. 1990. pp. XIII-XXV). Sin embargo, algún autor se muestra crítico frente este planteamiento, y así Montesano afirma: "[...] non credo convenga modificare questo sistema rendendo irremovibile la misura cautelare (o meglio trasformandola in soluzione più o meno stabilmente definitiva della controversia) se chi l'abbia subita non instauri i proseguìa in contraddizione ad essa l'ordinario giudizio di merito. Ritengo che il non lieve costo processuale della necessaria successiva fase di merito valga la pena, sia per essenziali garanzie di paritaria giustizia" (MONTESANO. "Problemi attuali e riforme opportune dei provvedimenti cautelari, e in specie d'urgenza, nel processo civile italiano". En: Rivista di diritto processuale. 1995, p. 233).

<sup>35</sup> Ponen de manifiesto esta identidad ROJAS, Jorge. "Sistemas cautelares atípicos". En: Jurisprudencia Argentina. Sante Fe: Rubinzel-Culzoni. 2009. pp. 405 y siguientes, GRILLO, Pablo. Op. cit. p. 263; y CAMPS, Carlos. Op. cit. p. 12.

<sup>36</sup> En este orden de ideas, Grillo destaca que pese al intento de distinción entre las medidas cautelares y las medidas autosatisfactivas, "los requisitos sin embargo, permanecen inmutados" (GRILLO, Pablo. Op. cit. p. 263).

Porello, en mi opinión, las medidas autosatisfactivas no son más que medidas cautelares autónomas, en las que se refuerza la concurrencia de sus clásicos requisitos de la "apariencia de buen derecho" y el "peligro por la mora procesal", siendo modificados por los de "fuerte probabilidad" y "perjuicio irreparable", respectivamente. Al tener un carácter autónomo la medida cautelar vendría a independizarse para venir a convertirse en un proceso sumario denominado "la medida autosatisfactiva".

En definitiva, las medidas autosatisfactivas constituyen un nuevo paso hacia la autonomía de la tutela cautelar: de las clásicas medidas cautelares de contenido asegurativo o conservativo se pasó, ante la necesidad de tener que anticipar ciertos resultados de la sentencia, a las medidas cautelares anticipatorias. Ahora se propone su independencia.

### C. Problema que deben superar las medidas autosatisfactivas: la eliminación o limitación del derecho de defensa

El gran problema que se apunta en contra de la admisión de las medidas autosatisfactivas radica en su propia autonomía respecto de un posterior proceso unido a la posibilidad de adoptarse *inaudita parte*, o con una audiencia rápida, por lo que se eliminaría o limitaría el derecho constitucional a la defensa<sup>37</sup>: se eliminaría en los

casos en los que la medida se adoptase sin oír a la parte perjudicada por la misma; y se limitaría, en los supuestos en los que –en palabras de los autores que mantienen la vigencia de las medidas autosatisfactivas– se procediese a una "módica sustanciación previa"<sup>38</sup> o una "sustanciación rápida"<sup>39</sup> (en las formulaciones doctrinales y prelegislativas que se están realizando no se establece con precisión el alcance y contenido de la audiencia a la parte contraria, ni se indica nada sobre si ésta se limita sólo a las alegaciones o si se permite algún tipo de actividad probatoria<sup>40</sup>, etc.).

Sin embargo, la compatibilidad de las medidas autosatisfactivas con el derecho a la defensa puede lograrse mediante dos tipos de argumentaciones:

En primer lugar, debe destacarse que el derecho a la defensa del demandado tan sólo se posterga o desplaza en el tiempo, como sucede en la tutela cautelar, en los procesos de ejecución o en el juicio monitorio<sup>41</sup>, pero en ningún caso se elimina o limita.

Al igual que sucede con la medida cautelar adoptada inaudita parte, en la medida autosatisfactiva también es posible que el demandado ejerza su derecho a la defensa si bien de forma diferida. Ello tendrá lugar, no en el proceso principal –como sucede con la medida cautelar– sino a través del recurso de apelación<sup>42</sup> o la demanda de oposición que dará origen a un

<sup>37</sup> Así, CAMPS afirma que "el resguardo de las garantías básicas del debido proceso con relación a todos los involucrados en el litigio debe ser una preocupación constante al momento de la implementación de estas estrategias tutelares ya que resultaría muy sencillo desarrollar sistemas protectores de los derechos de quien aparece como afectado olvidando que frente a él existe otra parte (el supuesto transgresor) quien también cuenta con derechos a ser salvaguardados. Flaco favor haría a la justicia un proceso de amparo donde so pretexto de la custodia de derechos del actor se violentaran los de la contraparte" (Amparo y ultra anticipación de la tutela, p. 11 de manuscrito original que, muy amablemente, me facilitó su autor. Este trabajo se encuentra pendiente de publicación). De igual modo, este mismo autor destaca en otro estudio: "Fácil resultaría la tarea de obtener la tutela rápida y efectiva si olvidásemos los derechos de aquel contra quien se manda ejecutar la medida que satisface inmediatamente al que la reclama. Por el contrario, una vez configurado el litigio tendremos el conflicto planteado entre dos sujetos, cada uno de ellos con prerrogativas que no pueden ser soslayadas por el orden jurídico. El derecho a la pronta satisfacción del interés de uno de los contendientes colisiona frontal e inexorablemente con el derecho de defensa de la otra parte, a quien le asiste todo el plexo garantista legal y supralegal protegiéndolo contra la posibilidad de un accionar incorrecto, abusivo y hasta delictivo por parte de quien reclama –a través de los tribunales– una prestación de manera coactiva" (GRILLO, Pablo. Op. cit. pp. 5-6). También destaca la infracción del derecho a la defensa para no admitir las medidas autosatisfactivas, PALACIO, L. Op. cit. p. 539. Por último, debo destacar la radical crítica que efectúa Benabentos, quien recientemente afirma: "No entiendo que pueda generarse una *alarma social* por: [...] Alzarse contra la proposición de simples procedimientos, en donde sólo hay dos partes: el actor y el juez, y sólo se escucha al pretendiente, es decir a quién tendría un derecho fuertemente verosímil (sic) y, luego, sin más, se despacha una sentencia en un proceso de pleno conocimiento! (medidas autosatisfactivas-sentencias anticipada). La impugnación lejos de calificarse como una insolencia jurídica, insisto, debería tomarse como un compromiso científico y ético, exteriorizado en una crítica abierta y sincera, de la que no se puede rehuir al estar en juego las garantías más elementales a no ser *condenado* (civil o penalmente) sin transitir, previamente, *por* un debido proceso (y no una *parodia* de tal). Es que si el sistema de justicia hace aguas por sus cuatro costados y si ese naufragio es producto (entre otras causas) de querer apagar el fuego con combustible (¡por qué la justicia es lenta suprimimos el debido proceso!) intensificar las propuestas en esa ominosa dirección, supone someter a muchas personas a un triste destino que, sin embargo, puede ser cambiado (BENABENTOS, Omar. "Teoría General Unitaria del Derecho Procesal". Rosario: Juris. 2001. pp. 51-52).

<sup>38</sup> PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 33.

<sup>39</sup> DE LOS SANTOS, Mabel. Op. cit. p. 46.

<sup>40</sup> Sobre la inadmisibilidad constitucional de las limitaciones probatorias en cualquier tipo de proceso, me remito a mi trabajo: PICÓ JUNOY, Joan. "El derecho a la prueba en el proceso civil". Barcelona: Bosch.1996. pp. 204-206.

<sup>41</sup> Así, GALDÓS Jorge. "El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas". En: *Medidas autosatisfactivas*. Op. cit. p. 64.

<sup>42</sup> En este sentido, Galdós afirma que la "resolución *inaudita pars* (de la medida autosatisfactiva) no vulnera el principio de bilateralidad y contradicción, el que se afianza con el ejercicio ulterior de la potestad impugnatoria que se abre con la vía recursiva" (GALDÓS, Jorge. Op. cit. p. 64.). Estoy radicalmente en contra de esta opinión, pues el recurso de apelación como único medio procesal para articular el derecho a la defensa del demandado no es la vía adecuada o idónea para que éste pueda alegar, discutir

juicio declarativo posterior<sup>43</sup>. Pese a la autonomía de esta medida, la misma no puede configurarse como un verdadero "proceso", ya que si éste lo definimos como el mecanismo de resolución de conflictos, éste persistirá si el demandado formula su oposición. En cualquier caso se estará respetando su derecho a la defensa: si no se opone a la medida, habrá una renuncia tácita al mismo<sup>44</sup>, y si se opone se estará materializando dicho derecho. No obstante, si configurásemos a la medida autosatisfactiva como un verdadero proceso autónomo, que concluyera con una sentencia definitiva susceptible de adquirir eficacia de cosa juzgada, muy probablemente si existiría una eliminación del derecho a la defensa: entiendo que al adquirir este derecho el carácter de fundamental en nuestro sistema constitucional, debe garantizarse siempre en todo tipo de proceso, esto es, debe poder ejercitarse plenamente en cualquier tipo de juicio, con independencia de que se permita acudir, posteriormente, a otro proceso<sup>45</sup>, por lo que la realización de un proceso – por muy urgente que fuese – con la sola audiencia

de una parte comportaría, desde un punto de vista práctico o real, la eliminación en el mismo del principio básico de la bilateralidad, sin el cual difícilmente podría hablarse de la existencia de un proceso<sup>46</sup>.

También, de forma similar a lo que sucede en los procesos de ejecución y el juicio monitorio, en las medidas autosatisfactivas el derecho de defensa únicamente se posterga. En ninguno de tales procesos se elimina este derecho: en los de ejecución, porque si se fundamenta en una sentencia de condena, el derecho a la defensa ya se habrá podido ejercer en el previo juicio declarativo<sup>47</sup>, y se si basa en un título extrajudicial, se articula un mecanismo de oposición para la defensa del deudor ejecutado<sup>48</sup>. Y respecto al juicio monitorio, también se garantiza el derecho a la defensa del demandado al preverse expresamente un trámite de oposición que, de formularse, lo convierte automáticamente en un procedimiento ordinario<sup>49</sup>. En el caso aquí estudiado, esto es, para las medidas autosatisfactivas, se emplea

y probar hechos por primera vez; y, en todo caso, ello supondría restarle una instancia judicial al demandado, ya que la única en la que verdaderamente se habrá podido defender habrá sido la realizada ante el tribunal *ad quem*.

<sup>43</sup> En este orden de ideas, Peyrano afirma que la opción al demandado de "promover un juicio declarativo de oposición [...] podría dar adecuada respuesta a las críticas que hacen base en que la medida autosatisfactiva involucraría un menoscabo para la garantía del debido proceso" (PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 33).

<sup>44</sup> Para la distinción entre "renuncia al ejercicio" del derecho a la defensa y "renuncia a su contenido", me remito a mi trabajo: PICÓ I JUNOY. "Las garantías constitucionales del proceso". Barcelona: Bosch. 1997. pp. 22-23. En esta línea, Chiaroni, al analizar el derecho a la contradicción procesal proclamado recientemente en el artículo 111 de la Constitución italiana, destaca: *"È sufficiente che il contraddittorio sia garantito alla parte che lo pretende, anche in un momento successivo al provvedimento. La garanzia diventa rinunciabile per opera della parte a cui favore è prevista, secondo modalità tipiche delle garanzie costituzionali relative al processo"* (CHIAROLINI, Sergio. "Il nuovo articolo 111 Cost. e il processo civile". En: Rivista di diritto processuale 4. 2000. pp. 1020-1021).

<sup>45</sup> Por ello, Tarzia destaca la inadmisibilidad constitucional de "*procedimenti speciali giurisdizionali che non solo in una loro prima fase, sommari o sommarissima, ma per tutto il loro corso non prevedessero il contraddittorio tra le parti*" (TARZIA, Giuseppe. "Le garanzie generali del proceso nel progetto de revisión costituzionale". En: Rivista di diritto processuale 3. 1998. p. 666). De igual modo, acertadamente mantiene Carroca que "la garantía constitucional de la defensa debe respetarse en todo proceso jurisdiccional y durante toda su tramitación" (CAROCCA, Alex. "Garantía constitucional de la defensa procesal". Barcelona: Bosch. 1998. p. 78), por lo que si bien son constitucionalmente admisibles los procedimientos en los que se difiere el trámite de defensa del demandado, "lo que debe quedar claro, es que en base al principio de proporcionalidad, atentaría contra el contenido esencial del derecho fundamental de defensa, que en esta clase de procedimientos no se contemplase ninguna posibilidad de las partes para obtener la revocación de la resolución, antes de su completa ejecución, es decir, se eliminase completamente la defensa, haciendo ineficaz la intervención de la parte. Asimismo, tampoco es admisible el argumento utilizado por el Tribunal Constitucional para reafirmar las limitaciones en los procedimientos sumarios, en cuanto a que podría siempre recurrir a un procedimiento ordinario posterior. Porque, según ya hemos puesto de manifiesto, la garantía debe ser apreciada siempre en cada proceso" (Idem. p. 328). Para analizar el derecho a la defensa desde una perspectiva plenamente garantista, los excelentes estudios de GOZAÑI, Osvaldo. "Derecho Procesal Constitucional". Buenos Aires: Editorial de Belgrano. 1999. (especialmente, las pp. 124-127, 162-168 y 188-190). Para el estudio de este derecho en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, me remito a mi trabajo: PICÓ I JUNOY, Joan. Op. cit. pp. 102-105.

<sup>46</sup> En este orden de ideas, Montero Aroca afirma que "la necesidad de oír a todas las partes es consustancial con la idea de proceso" (MONTERO AROCA, Juan. "Introducción al derecho procesal". Madrid: Tecnos. 1976. p. 240); Gimeno Sendra mantiene que "el principio de contradicción, por ser consustancial a la idea de proceso, se encuentra implícito en todas las actuaciones del proceso civil" (GIMENO SENDRA, Vicente. "Fundamentos del derecho procesal". Madrid: Civitas. 1981. p. 182); y finalmente, Berzosa Francos destaca que la "dualidad de posiciones, si se intenta construir un auténtico proceso, general el principio de audiencia" (BERZOSA FRANCOS, María Victoria. "Principios del proceso". En: Justicia. 1992. p. 563).

<sup>47</sup> Y, para los hechos sucedidos con posterioridad a la sentencia, o los casos de extralimitación en la ejecución de la misma, los ordenamientos procesales ya prevén específicos mecanismos de oposición a la ejecución que se configuran como válidos mecanismos de defensa del deudor ejecutado (Idem. pp. 565-566; y ORTELLS RAMOS, Manuel. "Introducción al Derecho Procesal". Granada: Comares. 1999. pp. 175-176).

<sup>48</sup> En relación a los procesos de ejecución y su compatibilidad con el derecho a la contradicción procesal, introducido en el nuevo apartado segundo del artículo 111 de la Constitución italiana –mediante la ley constitucional de 23 de noviembre de 1999, nº 2– según el cual: "Todo proceso se desarrollará contradictoriamente entre las partes, ante un juez tercero e imparcial". TROCKER, N. "Il nuovo articolo 111 della costituzione e il giusto processo in materia civile: profili generali". En: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 2. 2001. p. 395; MONTESANO, Luigi. "La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di 'terza via'". En: Rivista di diritto processuale 4. 2000. p. 931; TARZIA, Giuseppe. Op. cit. p. 668; o CHIAROLINI, Sergio. Op. cit. pp. 1020-1021.

<sup>49</sup> Este es el caso de la regulación española del proceso monitorio, pues de acuerdo al artículo 818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

una técnica procedural muy similar a la del proceso de ejecución de títulos extrajudiciales, sustituyendo la ex utsatisfactiva, sin perjuicio de que el demandado pueda formular posteriormente la oportuna demanda de oposición.

En segundo lugar, la doctrina intenta justificar la validez de las medidas autosatisfactivas mediante la vigencia del derecho a la efectividad de la tutela judicial del actor<sup>50</sup>. Así, suele razonarse que el derecho a la efectividad de la tutela judicial – reconocido en la mayoría de las constituciones modernas– debe asegurar al actor que todas sus pretensiones serán debidamente atendidas, incluidas las de carácter urgente. Si bien ello es cierto, no lo es menos que: en primer lugar, el mencionado derecho no corresponde en exclusividad al actor, sino también al demandado, quien está en su legítimo derecho de reclamar su aplicación respecto a los intereses que entiende le corresponden<sup>51</sup>; y, en segundo lugar, el demandado tiene asimismo reconocido su derecho constitucional a la defensa que, como he indicado anteriormente, si bien no se elimina sí se retrasa su ejercicio. Ello nos conduce al problema de la colisión de derechos fundamentales que habrá de resolverse mediante la institución del *balancing* o ponderación de intereses en conflicto<sup>52</sup>. Una primera aproximación al problema aquí planteado podría inducirnos a mantener la primacía del derecho a la efectividad de la tutela judicial del actor pues, si la medida autosatisfactiva tiene como presupuesto el “perjuicio irreparable” y no se actúa con urgencia, la irreparabilidad del daño producido comportará la ineficacia de la tutela judicial. Y, por el contrario, al demandado, si bien se le posterga el ejercicio de su derecho a la defensa, como he indicado anteriormente, no se le niega al tener la posibilidad de oponerse con posterioridad a la medida autosatisfactiva, pudiendo en este momento ver satisfecho su derecho a la tutela judicial. Sin embargo, esta forma de plantear el problema no es del todo

correcto siempre que el ordenamiento jurídico permita evitar el daño irreparable a través de un sistema amplio de medidas cautelares, de contenido anticipatorio, adoptables *inaudita parte* y que puedan solicitarse –en caso de extrema urgencia– con anterioridad al inicio del proceso. En esta situación, que es la que actualmente se da en la mayoría de ordenamientos jurídicos, considero que es posible evitar el citado problema, por lo que resulta innecesario plantearse el sacrificio de algún derecho fundamental si la efectividad de la protección judicial del actor puede alcanzarse mediante una amplia regulación de las medidas cautelares.

En esta línea de búsqueda de la eficacia procesal debo destacar la amplia regulación que la tutela anticipada ha recibido en las reformas procesales civiles brasileñas e italianas.

Así, el artículo 273 del Código Procesal Civil brasileño, redactado mediante la Ley 8.952, de 13 de diciembre de 1994, establece que: “El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I - haya fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; o II - exista abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio del reo. (i) En la decisión de anticipar la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento. (ii) No se concederá la anticipación de tutela cuando haya peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado. (iii) La ejecución de la tutela anticipada se regirá, en todos los casos, por lo dispuesto en los incisos II y III del artículo 588. (iv) La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier momento, por decisión fundada. (v) Concedida o no la anticipación de tutela, proseguirá el proceso hasta el enjuiciamiento final”<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> “Si el deudor presentare escrito de oposición dentro de plazo, el asunto se resolverá definitivamente en juicio que corresponda, teniendo la sentencia que se dicte fuerza de cosa juzgada.”

<sup>51</sup> Incluso con cita expresa del artículo 24.1 de la Constitución española, como hace PEYRANO, Jorge. Op. cit. pp. 14-15. Se refiere igualmente a la tutela judicial efectiva, GARDELLA, Luigi. Op. cit., p. 14; VARGAS, Abraham Luis. Op. cit. pp. 116-120; entre otros autores.

<sup>52</sup> Respecto a la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva, me remito a mi trabajo: PICÓ I JUNOY, Joan. Op. cit. p. 44.

<sup>53</sup> Sobre el *balancing*, ALONSO GARCÍA, Enrique. “La interpretación de la Constitución”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1984. pp. 413-448; y para su aplicación a las limitaciones al derecho fundamental a defenderse probando, mi trabajo: PICÓ I JUNOY, Joan. Op. cit. pp. 198-206.

<sup>54</sup> Sobre el alcance de esta norma, los trabajos monográficos de MARINONI, Luis Guillherme. “A Antecipação da tutela”. São Paulo: Malheiros. 2000. pp. 35 y siguientes; ZAVASCKI, Teori Albino. “Antecipação da tutela”. São Paulo: Saraiva. pp. 72 y siguientes; BEDAQUE, José Roberto. Op. cit. pp. 274 y siguientes; CARREIRA ALVIM, Jose Eduardo. “Tutela antecipada na Reforma Processual”. Curitiba: Juruá. 1999. pp. 35 y siguientes; FRIEDE, Reis. “Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar”. Belo Horizonte: Del Rey. 1999. pp. 25 y siguientes; GUIMÃO CARNEIRO, Athos. “Da antecipação de tutela no processo civil”. Rio de Janeiro: Forense. 1999. pp. 15 y siguientes; GUERRA, M.L. “Estudos sobre o processo cautelar”. São Paulo: Malheiros. 1997. pp. 81 y siguientes; DINAMARCO, C.R. “A reforma do Código do Processo Civil”. São Paulo: Malheiros. 1995. pp. 138 y siguientes; y los trabajos en las obras colectivas de BAPTISTA DASILVA, Ovidio. “A antecipação da tutela na recente reforma processual”. En: A reforma do Código de Processo Civil, obra coordinada por Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva. 1996. pp. 129-142; y FABRICIO, Adroaldo Furtado. “Breves notas sobre provimentos anticipatórios, cautelares e liminares”. En: Inovações do Código de Processo Civil, obra coordinada por José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1996. pp. 20 y siguientes. De igual modo, me remito al más de medio centenar de estudios reseñados por NEGRÃO, en su obra “Código de Processo Civil”. São Paulo: Saraiva. 1999. pp. 334-336.

Y, de la regulación italiana debo destacar las resoluciones anticipatorias de condena (*la ordinanza per il pagamento di somme non contestate* y la *ordinanza di ingiunzione*) introducidas con la reforma de Ley nº 353, de 26 de noviembre de 1990<sup>54</sup>; la tutela cautelar anticipatoria prevista en el artículo 700 CPC, según el cual: "Fuerá de los casos regulados en las precedentes secciones de este capítulo, quien tenga motivos fundados para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho por vía ordinaria, sea éste amenazado de un perjuicio inminente e irreparable, puede solicitar mediante escrito al Juez las medidas de urgencia que según las circunstancias aparezcan como las más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo"<sup>55</sup>; y el nuevo artículo 186 *quater* CPC, introducido en la reforma del Decreto Ley nº 238, de 21 de junio de 1995, que permite al juez instructor dictar, después de practicada la prueba y en función de la valoración anticipada de la misma, una resolución de condena provisional, de carácter ejecutivo<sup>56</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN FINAL

En definitiva, entiendo que la amplia regulación

que la tutela cautelar tiene en la mayoría de los ordenamientos procesales civiles, incluyéndose las medidas anticipatorias, todavía aporta, hoy por hoy, válidas y eficaces soluciones para resolver los problemas que generan las situaciones de protección judicial urgente. Por ello, sólo cuando se acredite la ineficacia de los citados instrumentos de tutela judicial, entiendo que deberán adoptarse nuevas soluciones, dentro de las cuales podrán tener cabida las "medidas autosatisfactivas" y otros mecanismos de tutela judicial de naturaleza sumaria. Quizás por ello, estas medidas no aparecen todavía recogidas en los recientes textos procesales civiles –como la nueva de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000<sup>57</sup>– ni en los últimos proyectos de Códigos Procesales Civiles, como el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de 1988<sup>58</sup>, o las *Transnational rules of civil procedure*, de la *American Law Institute*, de 2000<sup>59</sup>, discutidas en los Congresos Mundiales de Derecho Procesal de la *International Association of Procedural Law* (el de Wien de 1999 y el de Gent de 2000) que versaron sobre el Derecho Procesal del siglo XXI.

<sup>54</sup> Para un estudio general de esta importante reforma del *Codice di procedura italiano* (CPC), me remito a mi trabajo "El nuevo proceso civil italiano" con B. Mora. En: Documentación Jurídica 75. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. 1992 (y en concreto, para las referidas resoluciones anticipatorias de condena, a las pp. 76 y siguientes).

<sup>55</sup> Monográficamente, sobre esta amplia tutela cautelar, ARIETA, Giovanni. "I provvedimenti d'urgenza". Padova: CEDAM. 1982; DINI, Mario. "I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile". Milan: Giuffrè. 1961; DITTRICH, Lotario. "Natura e presupposti del provvedimento d'urgenza". En: Tarzia, Giuseppe. Il nuovo processo cautelare. Padova: CEDAM. 1993. pp. 190 y siguientes.; DITTRICH, Lotario. "Il procedimento d'urgenza". En: Tarzia, Giuseppe. "I procedimenti cautelari". Padova: CEDAM. 1990. pp. 157-176; MONTESANO, Luigi. "I provvedimenti d'urgenza nel processo civile". Nápoles: 1955; MONTESANO, Luigi. "Sulle misure provvisorie in Italia". En: Tarzia, Giuseppe. "Les mesures provisoires en procédure civile". Milan: Giuffrè. 1985, pp. 113-129; PROTO PISANI, Andrea. "I provvedimenti d'urgenza ex articulo 700 c.p.c.". En: Appunti sulla giustizia civile. Bari. 1982. pp. 365-373; PROTO PISANI, Andrea. "Provvedimenti d'urgenza". En: Encyclopédia Giuridica. Tomo 25. Roma: Istituto della Encyclopédia Italiana fondata da Giovanni Treccani. 1991. pp. 1-14; SAPIEZA, Carmelo. "I provvedimenti d'urgenza ex articulo 700 c.p.c. (profilo sistematico)". Milan: Giuffrè. 1957; TOMMASEO, F. "I provvedimenti d'urgenza, struttura e limiti della tutela anticipatoria". Padova: CEDAM. 1983; y el volumen La tutela d'urgenza. Atti del XV Convegno Nazionale. Quaderni dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, XLIII. Rimini: Maggioli. 1985, en el que aparecen numerosos estudios de procesalistas italianos. En España, el trabajo de CALDERÓN CUADRADO, María Pia. "Sobre una reciente reforma del proceso cautelar italiano. Su incidencia en el artículo 700 del CPC". En: Justicia IV. 1991. pp. 973-1010; así como mi estudio El nuevo proceso civil italiano. Op. cit. pp. 133-190.

<sup>56</sup> Establece el artículo 186 *quater* CPC: "Resolución sucesiva al cierre de la instrucción. 1. Concluida la instrucción, a instancia de la parte que ha formulado demanda de condena al pago o al depósito o la entrega de bienes, puede disponer mediante *ordinanza* el pago o el depósito o la entrega dentro de los límites que resulten de la prueba. Con la *ordinanza* el juez se pronunciará sobre las costas procesales. 2. La *ordinanza* es título ejecutivo. Es revocable con la sentencia que concluya el juicio. 3. Si después de dictada la *ordinanza* el proceso se extingue, la *ordinanza* adquiere la eficacia de la sentencia impugnable sobre el fondo. La parte beneficiada puede solicitar la renuncia a la emisión de la sentencia, mediante acto notificado a la otra parte y depositado en la *cancelleria*. Desde la fecha del depósito del acto notificado, la *ordinanza* adquiere la eficacia de la sentencia impugnable sobre el fondo. Para el estudio de esta norma, DIDONE, Andrea. "Le ordinanze anticipatorie di condanna". Milan: Giuffrè. 1998. pp. 71-115; DIDONE, Andrea. "Per la difesa dell'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione (articolo 186-quater c.p.c.)". En: Rivista di diritto processuale. 1996. pp. 71-77; VERDE, G. "L'articolo 186-quater c.p.c.". En: Diritto e giurisprudenza. 1997. pp. 2231-2236; CHIAROLINI, Sergio. "Valori e tecniche dell'ordinanza di condanna ad istruzione esaurita ex articulo 186-quater c.p.c.". En: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. 1996. pp. 513-539; LAPERTOSA, F. "L'articolo 186 quater c.p.c.: una rivoluzionaria novità nella giustizia civile". En: Rivista di diritto processuale. 1996. pp. 54-70; CARRATTA, A. "Ordinanze anticipatorie di condanna". En: Encyclopédia giuridica Treccani. Tomo 22. Roma. 1995. pp. 18-24; o SCARSELLI, Giuliano. "Osservazioni sparse sul nuovo articolo 186-quater c.p.c.". En: Il Foro italiano. 1995. pp. 394-404.

<sup>57</sup> Como indiqué anteriormente, en los artículos 721 a 747 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se recogen tanto las medidas cautelares conservativas como las anticipatorias, pero no las denominadas medidas autosatisfactivas.

<sup>58</sup> En este Código también se recogen en los artículos 274 a 280 la regulación de las medidas cautelares, incluyendo sólo las de carácter anticipativo (artículo 280).

<sup>59</sup> Él documento que analizo es el *Preliminary Draft 2*, de 17 de marzo de 2000, publicado por el *American Law Institute*, que puede consultarse en Internet: [www.ali.org/ali/transrules.htm](http://www.ali.org/ali/transrules.htm). En ninguna de sus reglas se hace referencia a alguna institución similar a las medidas autosatisfactivas, recogiendo la regla 12 un amplio sistema de tutela cautelar, caracterizado en todo momento por su carácter instrumental.

