

MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

Prof: ARISTIDES RENGEL ROMBERG (*)

SUMARIO

1. Planteamiento del tema.
2. Antecedentes históricos.
3. Concepto de las medidas innominadas.
4. Función de las medidas innominadas.
5. Duración de las medidas innominadas.
6. Conclusiones.

1. Planteamiento del tema

El sistema de las medidas o providencias cautelares, es uno de aquellos temas del derecho procesal que en nuestros días se resiente más de la insuficiencia de un enfoque histórico-dogmático que ponga de relieve sus orígenes, su evolución en el transcurso de los siglos, su esencia y una concepción dogmática, que ofrezca la visión general de su trascendencia en el sistema de la tutela de los derechos.

Las investigaciones acerca del tema, parecen estar dominadas por el sentido práctico que tienen tales providencias en el régimen positivo del proceso, y fuera de la idea de que constituye una concesión que hace el principio de la bilateralidad del proceso a las exigencias de la justicia práctica, no se ha llegado a una concepción general o universal del instituto de las medidas cautelares, ni mucho menos de las providencias cautelares in-

*) Miembro del Instituto Iberoamericano y Venezolano de Derecho Procesal.

nominadas, atípicas, o de urgencia, como se denomina a las que son objeto del presente estudio ⁽¹⁾.

Ya el Ordenamiento ejecutivo austríaco del 27 de mayo de 1896, al consagrar las medidas interinas o provisionales, observaba que "delinear casos específicos y detallados de estas medidas, sería renunciar a ofrecer en la ley los medios para atender a todas las necesidades que pueden surgir de la variedad de la vida y del concurso fortuito de circunstancias diversas". Y al tratar de los fines del instituto, expresaba que: "requiere que los poderes del juez no resulten demasiado restringidos en lo que concierne a la escogencia de los medios para asegurar un determinado resultado procesal y de ejecución al cual aspira la parte. Una taxativa fijación de tales medios, podría fácilmente en muchos casos, frustrar el propósito del instituto y el juez podría llegar a encontrarse en una desagradable posición: la de tener que permanecer impedido de actuar y no poder proveer a las necesidades cautelares sino con medios inadecuados" ⁽²⁾.

No obstante este antecedente, y la posición favorable de CALAMANDREI a la consagración de un "**poder cautelar general**", entregado a un criterio de oportunidad del juez ⁽³⁾, no se cuenta hasta el presente con una teoría del poder cautelar general que vaya más allá de las características propias del sistema positivo concreto que se estudia. La mayoría de los países que han contemplado en sus ordenamientos positivos la facultad del juez de dictar medidas cautelares innominadas, las conciben como supletorias de las medidas típicas contempladas en la ley, o solamente apropiadas para casos especiales de urgencia; a tal punto que autores como CONIGLIO, quien considera providencial la introducción en el Código italiano de 1942 de la atribución al juez de una potestad cautelar general, restringe sin embargo su aplicación, hasta llegar a considerar que "no se puede recurrir a las providencias cautelares innominadas, sino en ausencia de las providencias cautelares específicas" ⁽⁴⁾.

1. Cfr. MILLAR, Robert Wyness. Los principios formativos del Procedimiento Civil. Trad. de Catalina Grossmann. EDIAR. Buenos Aires. 1945, p. 55. Cfr. ALLORIO, Enrico. "Per una nozione del processo cautelare"; Riv. Dir. Proc. Civ. 1936, I. p. 18 y s.s. En sentido positivo por una teoría general de las medidas cautelares: Cfr. GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo. "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares" en "El sistema de Medidas Cautelares". EUNSA. Pamplona. 1974. P. 11 y s.s.
2. Cfr. La referencia está tomada de CONIGLIO, Antonio. *Sui provvedimenti cautelari innominati*, Studi in Onore di Enrico Redenti. Milano. Giuffrè. 1951. Vol. I p. 321-322.
3. Cfr. CALAMANDREI. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. Sentis Melendo. Ed. Bibliográfica Argentina. 1945. p. 65.
4. Cfr. CONIGLIO. Ob. cit., p. 319-320.

Bastaría recordar la función propia de las medidas cautelares en general, para no compartir esta posición restrictiva. Sin pretender entrar en esta ocasión a revisar in extenso la función propia de las medidas cautelares y las diversas posiciones sostenidas por los autores modernos en torno al tema, conviene observar que la tutela judicial de cualquier derecho, no escapa al peligro de la mora del proceso, o del cambio o mutación de la situación de hecho existente al momento de la proposición de la demanda, que hagan necesaria la aplicación de medidas concretas aptas para preservar los cambios de la situación de hecho y asegurar la oportuna ejecución de lo decidido. Entre la proposición de la demanda y el pronunciamiento de la sentencia, existe necesariamente un tiempo de duración del proceso; o como dice CARNELUTTI, "una *vacatio*, la cual se puede considerar como una necesidad, pero también como una imperfección del proceso" (5).

Lo que justifica las providencias cautelares, es pues, la existencia de un peligro de daño jurídico derivado del retardo de la providencia jurisdiccional definitiva. (6). De allí que para hacer menos penosa la litis, o para agilizar su composición o asegurar la reintegración del derecho, el juez intervenga, no ya para definir la litis, sino para realizar —como enseña CARNELUTTI— "una sistematización de hecho en espera de la decisión definitiva; ya para mantener con la providencia cautelar el estado de hecho, bien para asegurar la igualdad de las partes, o ya para asegurar la realización anticipada o preventiva de la sentencia definitiva".

Siendo esta la función propia de las medidas cautelares, ningún argumento válido puede apoyarse en ella para hacer la referida distinción y colocar a las medidas innominadas en la posición de supletorias de las contempladas tradicionalmente en la ley, porque evidentemente, igual función tienen las providencias cautelares nominadas o típicas y las innominadas, atípicas o de urgencia; y ambas están ligadas por un vínculo de subsidiariedad o de instrumentalidad con la providencia jurisdiccional definitiva que pone fin al proceso.

Por ello puede sostenerse que por el común vínculo de subsidiariedad que tienen las medidas cautelares nominadas e innominadas, con la providencia jurisdiccional definitiva, una construcción de la teoría general de las medidas innominadas debe partir de la complementariedad de éstas con aquellas, sin menoscabo de la facultad discrecional de juez para dic-

5. Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. PADOVA. 1926, Vol. II n. 80. *IDEM*, *Sistema del Diritto Processuale Civile*. CEDAM. PADOVA. 1936, Vol. I. n. 71.

6. Cfr. CALAMANDREI, *OB. CIT.* P. 40.

tarlas atendiendo a criterios de oportunidad según las circunstancias y la variedad de situaciones que presente la vida.

2. Antecedentes históricos

El origen del poder cautelar general atribuido al juez en el derecho moderno, se hace remontar por algunos autores a los interdictos innominados que el pretor tenía la libertad de crear en el derecho romano clásico.⁽⁷⁾ Los interdictos del derecho romano constituían un medio para garantizar con un procedimiento rápido el orden jurídico y de policía que debe ser asegurado en la comunidad. *Interdictum* —según RICCOBONO— era el emanado del magistrado por solicitud de una persona privada contra otra, a la cual imponé un cierto comportamiento, hacer o no hacer; y era emanación del *imperium* del magistrado, por lo que la competencia para dictarlos era exclusiva de los magistrados con *imperium*, ésto es, del *praetor*, *proconsul*, *praeses provinciae*, con exclusión de los magistrados municipales.⁽⁸⁾

Esta forma de tutela interdictal —enseña BETTI— surgió en el derecho romano al lado de las formas de la autotutela privada que se agotaba en una actividad de las partes que el magistrado era llamado sólomente a controlar. Aquí, en los interdictos, el magistrado no se limita ahora a autorizar una actividad de las partes, sino que provee el mismo a la decisión del mérito con pronunciamientos normativos que no se apoyan en una *actio* de parte y tienen por sí mismos una eficacia inmediata, o al menos, tienen eficacia subordinada sólo a la comprobación de determinados presupuestos de hecho, de tal modo que la competencia para el pronunciamiento de tales mandatos está dada por aquella potestad de mando y decisión que es el *imperium* propio del magistrado y núcleo de la jurisdicción.⁽⁹⁾

Como enseña también DE MARTINO, en los interdictos, la función del magistrado tiene valor constitutivo, más que un fin de control o declarativo, y no tiende a la constitución de un *iudicium*, ésto es, de un arbitraje garantizado con formas estatales, sino a poner obligaciones derivadas de la plena soberanía del oficio del *praetor* frente a los ciudadanos, y se conceden

7. Cfr. LACERDA, Galeno. *Comentarios ao Código de Processo Civil*. Forense. Rio de Janeiro. 1980. Vol. VIII. Tomo I, p. 141.
8. Cfr. RICCOBONO, Salvatore. *Interdicta*. En *Nuovo Digesto Italiano*, Vol. VII, p. 3. SCIALOJA. *Procedimiento Civil Romano*. EJEJA. Buenos Aires, 1954. P. 311 y s.s. GUGINO. *Tra-ttato Storico della Procedura Civile Romana*. Palermo. 1873. p. 317 y s.s.
9. Cfr. BETTI, Emilio. *Instituzioni di Diritto Romano*. CEDAM. PADOVA. 1947. 2º Ed. Vol. I. p. 339 y s.s.

siempre para tutelar el bien público, la paz social, y nunca para garantizar el interés del particular, que sólo indirectamente es tomado en consideración. ⁽¹⁰⁾ Si el mandato del pretor no es observado por la parte en la cual es pronunciado, el mandato sirve entonces de base a una *actio* de la parte que se ejercita en un procedimiento especial (el procedimiento interdictal).

La característica de esta acción —nos dice BETTI— es que la parte que toma la iniciativa del proceso, no hace valer un derecho subjetivo, sino que afirma solo que el adversario no ha observado el mandato del pretor, ésto es, que ha infringido o violado el precepto administrativo dirigido a proteger su interés privado; de tal modo que el procedimiento interdictal que sigue a la proposición de la acción exige la previa declaración de certeza de si el interdicto ha sido violado o no ⁽¹¹⁾. Con el progreso del procedimiento formulario, desapareció la necesidad de acudir al interdicto, pues el pretor, pudiendo otorgar las acciones que quisiera mediante las fórmulas, podía regular más directamente las relaciones jurídicas, y en lugar de ordenar por vía administrativa los interdictos, otorgaba *acciones in factum* para regular todo el conjunto de las relaciones a las que se aplicaban, los interdictos ⁽¹²⁾. Esta Evolución se acentúa más en el procedimiento de la *extraordinaria cognitio*, en el cual desaparecen los interdictos, y el magistrado no comienza por dar una orden, para juzgar después en base a esa propia orden suya, sino que interviene más para juzgar la relación que hubiera dado lugar a la emanación de un interdicto. Pero ocurrió —como observa SCIALOJA— que se siguió hablando de interdictos, cuando en realidad se trata de un *actio extraordinaria* que ha tomado el lugar de los interdictos ⁽¹³⁾. La fusión de los interdictos y la *actio*, que se produjo en el período postclásico en virtud de la desaparición del *ordo iudiciorum* ha pasado al derecho moderno, y hoy el procedimiento interdictal se caracteriza por las dos etapas en que se desarrolla: la primera, sumaria, que concluye al dictarse el derecho posesorio, y la segunda contenciosa y plenaria que comienza con la notificación del decreto y la apertura de la articulación probatoria que precede a la sentencia; de tal modo que como observa SAVIGNY, en su forma actual los interdictos podrían con igual exactitud llamarse *acciones* ⁽¹⁴⁾.

10. Cfr. DE MARTINO, Francesco. *La Giurisdizione nel Diritto Romano*. CEDAM. PADOVA. 1937. p. 237 y s.s. Cfr. en el mismo sentido: BISCARDI, Arnaldo. *La Protezione Interdittale nel Processo Romano*. CEDAM. PADOVA. 1938. p. 19 y s.s.; 64 y s.s. y 76 y s.s.

11. Cfr. BETTI, ob. cit. p. 341. Cfr. SCIALOJA, ob. cit. p. 312 y ss. Cfr. RICCOBONO, ob. cit. p. 8.

12. Cfr. SCIALOJA. Ob. cit. p. 315.

13. Cfr. SCIALOJA, op. cit. p. 342 y s.s. GUGINO, op. cit. p. 347. SAVIGNY, *Il Diritto del Possesso Trattato Civile*. Trad. Pietro Conticini. Firenze. Tip. Pezzati. 1839 p. 358 y s.s.

14. Cfr. SAVIGNY. Ob. cit. p. 161-362.

Como se vé de la evolución que sufrieron en el derecho romano, los interdictos no tenían la función propia de las medidas cautelares, sino la de las **acciones** que concedía el pretor para la tutela de los derechos en general, y más tarde, para la tutela de la posesión en particular (interdictos posesorios). Aún en aquellos casos en los cuales los interdictos tienen la finalidad de conjurar una lesión de derecho que parece inminente, como ocurre v. gr. con la denuncia de obra nueva o de daño temido, éstos son considerados como verdaderas acciones preventivas,⁽¹⁵⁾ y no tienen la función propia de las medidas cautelares, ni las características de instrumentalidad y subsidiaridad propias de éstas, lo que nos lleva a considerar que el origen de las medidas cautelares, como hoy las conocemos, en el derecho moderno, puede encontrarse con más acierto en las estipulaciones pretorias, que cumplen una función cautelar de garantía, ya en el sentido de asegurar prácticamente, a través de su efecto jurídico la directa satisfacción del interés digno de tutela, o bien en el sentido de prevenir con toda probabilidad un perjuicio posible.⁽¹⁶⁾ En efecto, las estipulaciones pretorias, —según ULPIANO—, son todas caucionales por su naturaleza, porque se dan para mayor seguridad,⁽¹⁷⁾ aunque distinguía tres categorías: la **judiciales**, esto es, aquellas que se interponen por los juicios para que sean válidos, como la de pagar lo que se determine por la sentencia; las **caucionales**, que tienen fuerza de acciones, y se interponen para que resulte nueva acción, como las que se dan por los legados, las tutelas, y por daño que no ha sucedido y se teme; y las **comunes**, que se dan por causa de presentarse un juicio. Estas estipulaciones las imponía el pretor sirviéndose de diversos medios idóneos para ejercer presión sobre la voluntad: ya concediendo a la contraparte una **missio in possessionem**; ya denegando la **actio** e impidiendo el ejercicio del derecho, o bien imponiendo una multa o la constitución de una prenda, o acordando la **sequestratio**, o en fin concediendo a la contraparte una fórmula ficticia;⁽¹⁸⁾ y ya en el período postclásico la importancia atribuida al acto de parte vá declinando y la garantía que antes se prestaba con la **cautio**, se transforma en una obligación legal, inherente a la misma relación jurídica, de tal modo que la **cautio** si se llega a prestar, solo tiene una función confirmatoria y determinativa de aquella obligación.

En resumen, la **cautio**, la **missio in possessionem**, la **sequestratio** o **depo-**

15. Cfr. **BRUBNO, Tommaso**. *Denuncia di Nuova Opera e di Danno Temuto*. En Digesto Italiano. Vol. IX p. 1004 y 1013 y s.s.
16. Cfr. **BETTI**. Ob. cit. p. 345.
17. Cfr. D. 46,5,1, Cfr. **GUGINO**, ob. cit. p. 349 y s.s. **SCIALOJA**, ob. cit. p. 86 y s.s.
18. Cfr. **BETTI**, op. cit. p. 344, cp. **SCIALOJA**, ob. cit. p. 89. **GUGINO**, ob. cit. p. 351.

sitio apud sequestrem, constituye en el derecho romano diversos medios de asegurar los derechos, que se llevaban a efecto a través de las estipulaciones pretorias, y han dado origen a las medidas preventivas del derecho moderno, estipuladas en los diversos sistemas positivos; de tal modo que las innominadas, que se han venido desarrollando bajo el apremio de necesidades cautelares surgidas de la variedad de circunstancias que presenta la vida del derecho y su realización práctica, no pueden considerarse sino como, la etapa final de un desarrollo de la institución hacia el “**el poder cautelar general**” que es manifestación de la tendencia moderna de ampliar el poder del juez también en este campo, con el fin de que pueda proveer, sin las limitaciones que le impone el sistema tradicional de las medidas cautelares específicamente contempladas en los ordenamientos positivos, en tregándole a su prudente arbitrio y a un criterio de oportunidad, la escogencia de los medios más apropiados, según las circunstancias, para asegurar la real defensa de los derechos dentro del sistema de las providencias cautelares.

3. Concepto de las Medidas Innominadas

Las medidas cautelares innominadas pueden definirse como aquellas no previstas en la ley, que puede dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

En esta definición se destaca:

a) Las medidas innominadas como su nombre lo indica, no están específicamente contempladas en la ley, como ocurre con las nominadas o típicas, sino que en el sistema de las medidas cautelares, concurren con éstas o pueden ser dictadas con independencia de ellas, por lo que se les llama también atípicas o provisionales. Son pues, la expresión de un **poder cautelar general**, reconocido al juez en este campo, con el fin de que pueda proveer —sin las limitaciones que le impone el tradicional sistema de las medidas cautelares nominadas— a la mejor escogencia de los medios para asegurar el resultado procesal y de ejecución a que aspira una de las partes.

b) Las medidas innominadas las dicta el juez según su prudente arbitrio, con criterio de oportunidad, atendiendo a la diversidad de circunstancias que presenta la vida, las cuales difícilmente pueden estar todas contempladas en la ley. Discreción del juez —dice GALENO LACERDA — no significa arbitrariedad, sino libertad de escogencia y determinación dentro

de los límites de la ley. ⁽¹⁹⁾ El arbitrio judicial —según COUTURE— ha de entenderse en general, como “Facultad circunstancialmente atribuida a los jueces para decidir sobre los hechos de la causa o apreciar las pruebas de los mismos, sin estar sujetos a previa determinación legal, con arreglo a su leal saber y entender”. ⁽²⁰⁾ No se trata pues de una arbitraria discrecionalidad, sino de una discrecionalidad técnica concedida al juez en este campo, que lo autoriza para obrar consultando lo más equitativo o racional según la conocida máxima, recogida en algunas legislaciones procesales, que asientan: “Cuando la ley dice: El juez o tribunal puede o podrá, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y la imparcialidad”. ⁽²¹⁾ En esencia, se trata pues de una facultad que hace honor a la parte más noble de la persona del juez: su razón y su conciencia, al servicio de la justicia.

c) Por su naturaleza **cautelar**, las medidas innominadas, lo mismo que las nominadas tienden a prevenir el riesgo manifiesto de que pueda resultar ilusoria la ejecución del fallo, y a evitar que una de las partes pueda causar lesiones graves a de difícil reparación al derecho de la otra, por lo que deben darse para su decreto, los presupuestos generales establecidos por la ley para las medidas típicas o nominadas.

Esta exigencia se encuentra algunas veces expresamente establecida en la consagración legislativa de las medidas innominadas. Así v.gr. el nuevo Código venezolano (artículo 588, párrafo Primero) sujeta estrictamente las medidas innominadas a los presupuestos exigidos en el artículo 585 para las medidas típicas o nominadas, esto es: la existencia del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (**periculum in mora**) y que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclame (**fumus bonis iuris**) De este modo, dados los presupuestos, la discrecionalidad del juez para el decreto de la medida consistiría en elegir o determinar en concreto la clase de actos que

19. Cfr. **GALENO, LACERDA**. Ob. cit. p. 138.

20. Cfr. **COUTURE**, *Vocabulario Jurídico*. Voz: Arbitrio Judicial.

21. Cfr. Art. 23 C.P.C. Venezolano. Bajo el Código de 1916, sólo encontramos en Venezuela dos trabajos: uno de **VENTURINI, Ailí**, en Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal N°. 121, Julio-Septiembre de 1962, y otro de **RODRIGUEZ CIRIMELE, Alejandro**, en Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, N°. 40, junio de 1968, ambos dedicados a la problemática de si bajo el Código de 1916 podía considerarse implícito el poder cautelar general, afirmado por el primero y negado por **RODRIGUEZ CIRIMELE**.

deben integrar el contenido de la providencia, pues la ley solo habla en general de "autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión".

Así mismo, el Código de Processo Civil Brasileiro (1973), después de consagrar en el artículo 798, las medidas cautelares innominadas, faculta al juez en general, para autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar la guarda judicial de personas y depósito de bienes e imponer la prestación de cauciones, a fin de evitar que una parte cause al derecho de la otra lesiones graves o de difícil reparación, antes de la decisión de la litis. (artículo 799, C.P.C.).

Aún en el derecho alemán, que es considerado como el sistema en el cual la consagración del "**podér cautelar general**" aparece en la forma más amplia, la regulación de las medidas provisionales de seguridad se hace en principio sobre la base de la legislación del embargo preventivo (art. 936 ZPO).⁽²²⁾

d) Las medidas cautelares innominadas pueden solicitarse tanto antes de la proposición de la demanda de mérito como durante la pendencia de ésta.

En este punto, las opciones varían según las legislaciones de los países. Así, en el derecho alemán, el tribunal puede dictar la medida aunque no se haya acreditado la acción ni el motivo, si se presta caución por los daños que pueden derivar para la parte contraria (art. 921, 936 Z.P.O.), y la medida puede dictarse **inaudita parte** (sin debate oral previo), sólo en los casos urgentes (art. 937 Z.P.O.). En el derecho italiano, el art. 701 C.P.C. menciona al juez instructor como competente para decretar la medida cuando existe la causa pendiente por el mérito; pero por analogía es competente el pretor del lugar donde el solicitante teme que se verifique el hecho dañoso, si no existe juicio pendiente, como se desprende el artículo 673 y de la remisión a este artículo que hace el 688 referente a la denuncia de obra nueva y de daño temido.⁽²³⁾ A su vez el Código brasileiro (art. 796 C.P.C./ expresamente establece que el procedimiento cautelar puede ser instaurado antes o en el curso del proceso principal y es siempre dependiente de éste.

En cambio, el Código venezolano mantiene la tradición de admitir las

22. Cfr. ROSENBERG. *Tratado Cit.* Vol. III p. 284. GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*. Ed. LABOR 1936. p. 765.

23. Cfr. CONIGLIO. *ob. cit.* p. 329.

medidas preventivas en cualquier estado y grado de la causa, desde que se presente la demanda (art. 588 C.P.C.) y admite para las medidas innominadas la oposición de la parte contra quién obra la medida, la cual se sustanciará y resolverá conforme a lo previsto en el art. 602, 603, y 604 C.P.C. (art. 588 parágrafo Segundo).

Sólo en algunas leyes especiales, como la ley sobre el Derecho de Autor (art. 98 y 99) se admite que a los efectos del ejercicio de las acciones previstas en la ley, el juez pueda ordenar *inspecciones oculares, experticias, secuestro* de todo lo que constituya violación del derecho de explotación y *embargo* de los proventos que correspondan al titular del derecho de explotación litigiosa; y según que exista o no litigio entre las partes al momento de solicitar la medida, el art. 99 atribuye la competencia para decretarlas, al juez de la causa principal, en el primer caso, o al juez de Parroquia o Municipio del lugar donde deba ejecutarlas si su urgencia lo exigiere, en el caso de no haber litigio entre las partes.

En estos casos es evidente que la medida cautelar tiene más bien un carácter *instructorio* anticipado con una clara finalidad conservatoria de las pruebas, que permita al solicitante utilizarlas luego, al tiempo de la iniciación del juicio principal. Pero esta posibilidad, no ha sido expresamente acogida en el nuevo Código de Procedimiento Civil para las medidas preventivas en general, ni para las innominadas en particular.

4. La función de las medidas innominadas

Como se ha dicho antes, en el planteamiento del tema, lo que justifica las medidas cautelares en general, es la existencia de un peligro de daño jurídico derivado del retardo de la providencia jurisdiccional definitiva; y como las medidas innominadas tienen la misma naturaleza cautelar de las medidas nominadas o típicas, y lo mismo que éstas, son temporales e instrumentales respecto de la providencia definitiva que pone fin al juicio, aparece obvia la afirmación de que las medidas innominadas tienden, como aquellas nominadas o típicas, a prevenir el riesgo manifiesto de que puede resultar ilusoria la ejecución del fallo y a evitar que una de las partes, pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, mientras se decide el juicio principal.

Sin embargo, la cuestión de la función de las medidas innominadas ha dado lugar a diversas posiciones y ha originado en la práctica dificultades que han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a distinciones que son determinantes de la admisibilidad o inadmisibilidad de la medida misma por las Cortes y Tribunales.

Las relativas cuestiones conceptuales que se suscitan, se extienden a lo que debe entenderse por la "función" o la "**naturaleza**" cuando se hace referencia a determinadas providencias o en general a un instituto; ⁽²⁴⁾ a las categorías de providencias o de procesos cautelares, ⁽²⁵⁾ hasta la consideración de los problemas que presenta la duración de las providencias de urgencia, ⁽²⁶⁾ y otros conexos.

En esta materia sigue siendo determinante la regulación positiva del sistema de las medidas cautelares, que varía según las legislaciones, y para evitar el subjetivismo que pudiera llevar al intérprete a sustituir arbitrariamente sus propias consideraciones funcionales a aquellas que han sido plasmadas objetivamente en las normas positivas del sistema, se sostiene que toda referencia a la **función** de determinadas providencias y de las cautelares en particular, debe tomar en cuenta el **fin objetivo** de la providencia tal como se expresa en las normas del sistema, porque sólo aquello que aparece referido a este fin objetivo pertenece al derecho positivo y no puede ser arbitrario, como lo serían al contrario, las referencias dirigidas al fin, tal como lo pudiera entender subjetivamente el intérprete.

Siguiendo este método —enseña MANDRIOLI— se puede decir que: "la naturaleza de un instituto es la expresión sintética de la orientación del legislador en relación a la función del instituto, lo cual consiente determinados y limitados desarrollos de esta función, siempre que no se olvide, que la orientación funcional legislativa es siempre y solamente aquella que ha informado la estructura positiva del instituto". ⁽²⁷⁾

En Italia se debe a CALAMANDREI, haber realizado mediante el análisis de las disposiciones legales del sistema del Código de 1865, la distinción doctrinal de varios grupos de providencias cautelares; doctrina que **mutatis mutandi** vale para la caracterización de los procedimientos cautelares previstos en el Código de 1942, entre los cuales se encuentran las "**providen-**

24. Cfr. MANDRIOLI, Crisanto. *Per una Nozione Strutturale dei Provvedimenti Anticipatori o Interinalli*. Riv. Dirit. Proc. 1964. p. 551 y s.s.

25. Cfr. CALAMANDREI, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Buenos Aires. 1945. CARNELUTTI, *Instituciones*, cit. Buenos Aires. 1959. Vol. I. n. Vol. III, n. 898. SATTA, *Diritto Processuale Civile*. PADOVA. 1950. p. 523. REDENTI, *Diritto Processuale Civile*. Milano. Giuffrè. 1954. Vol. III. n. 201.

26. Cfr. MONTESANO, Luigi. *Sulla durata dei provvedimenti d'urgenza*. Riv. Dirit. Proc. 1956, II p. 1 y s.s. CARNELUTTI, Riv. Dirit. Proc. 1962. p. 664 y s.s.

27. Cfr. MANDRIOLI. Riv. cit. p. 553.

cias de urgencia", (art. 700 - 702) que es la denominación que trae el nuevo Código italiano para las que CARNELUTTI prefiere llamar "*providencias cautelares innominadas*".⁽²⁸⁾

En efecto, una más profunda consideración de la función de las diversas medidas preventivas y de la relación de instrumentalidad inexistente entre la providencia cautelear, y la providencia definitiva, revela que según sea la naturaleza de la relación sustancial a tutelarse mediante el proceso principal, el grado y la intensidad de la relación de instrumentalidad de la providencia cautelear respecto de la providencia definitiva, admite diferencias esenciales, que dan origen a grupos diversos de providencias según la función propia de las mismas.

Así, CALAMANDREI distingue de aquellas providencias que tratan de suministrar anticipadamente los métodos idóneos para conseguir que la declaración de certeza o la ejecución forzada del derecho en litigio se produzcan cuando la lentitud del procedimiento ordinario lo consienta, en condiciones prácticamente más favorables, aquellas otras en que la providencia interina trata de *acelerar* en vía provisoria la satisfacción del derecho, porque el *periculum in mora* está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho del cual se trata en el juicio de mérito, caso en el cual la providencia provisoria cae directamente sobre la relación sustancial controvertida y constituye por ello *una declaración interna de mérito*, como ocurre v. gr. en los casos del derecho a los *alimentos*, o de las medidas que puedan dictarse en beneficio de uno de los cónyuges o de la prole en los *procesos de separación personal*, etc., en los cuales la providencia cautelear consiste en una *decisión anticipada de mérito*, destinado a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria se sustituya la regulación de carácter estable dictada en el proceso ordinario de mérito.⁽²⁹⁾

En la distinción que más en general hace CARNELUTTI del proceso cautelear, en *proceso cautelear instrumental* y *proceso cautelear final*, fijando la atención no tanto en los *efectos*, sino en los *finés* del proceso. Según esta doctrina, se entiende por proceso cautelear instrumental, el que tiende a garantizar los medios del proceso definitivo (secuestro judicial, proceso de instrucción preventiva, secuestro conservativo); y se entiende por proceso

28. Cfr. CARNELUTTI. Riv. Dir. Proc. Civ. 1943 II p. 78

29. Cfr. CALAMANDREI, Ob. cit. N.º. 14 y 18, conforme: CONIGLIO, ob. cit. p. 324. En contra: GUTERREZ DE CABIEDES, ob. cit. p. 16.

cautelar final, el que sirve para garantizar la practicidad del proceso definitivo, entre los cuales incluye CARNELUTTI el secuestro judicial ex art. 670, n.l. por el cual se trata de conservar la disponibilidad de la cosa que constituye el objeto del proceso para la parte que salga victoriosa en definitiva; el proceso por impugnación de deliberaciones de la asamblea, en los cuales, conforme al art. 2378 del Código Civil italiano, el Presidente del tribunal o el juez instructor puede suspender la ejecución de las deliberaciones cuando se tienen graves motivos; el proceso de urgencia (art. 700 C.P.C) dirigido a la condena provisional en materia de alimentos, el cual tiende a evitar que la condena definitiva llegue demasiado tarde, etc.

Y en verdad —como enseña CARNELUTTI— el buen fin del proceso definitivo depende de dos órdenes de condiciones: que el tribunal pueda disponer de los medios necesarios (pruebas y bienes), o que al final exista una situación de hecho que pueda equipararse a la relación jurídica declarada o constituida cierta por el juez. La primera de estas proposiciones es obvia —dice CARNELUTTI— pero en cuanto a la segunda observa que el proceso de alimentos, aunque culmine en una sentencia justa, vendría a ser inútil si, mientras la espera, quién los pide hubiera de morir de hambre; y sería idéntica la inutilidad del proceso de reivindicación de una cosa, si durante su curso, quién la posee llegare a esconderla o destruirla. En la primera hipótesis estamos en presencia de un proceso cautelar *instrumental*, y en la segunda, de un proceso cautelar *final*.⁽³⁰⁾

Semejante a esta última hipótesis, es el caso referido no ya a un derecho material del solicitante de la medida, sino a uno *moral*, como el mencionado por CALAMANDREI, que se presentó en Francia: "El propietario de un centro de recreo nocturno de París había dado el encargo a un pintor de decorar la sala de baile con frescos que representaran danzas de sátiros y ninfas; y el pintor con objeto de aumentar el interés de la decoración mural, pensó que podría presentar los personajes, que en esta coreografía figuraban en trajes superlativamente primitivos, con las fisonomías, fácilmente identificables, de literatos y artistas muy conocidos en los círculos mundanos. La noche de la inauguración, una actriz que figuraba entre los numerosos invitados, tuvo la sorpresa de reconocerse en una ninfa que danzaba en ropas extremadamente ligeras; y considerando que esta reproducción era ofensiva para su decoro, inició contra el propietario del local un juicio civil al objeto de hacerlo condenar a que borrarse la figura ultrajante y al resarcimiento de los daños; y de momento pidió que, ante la demora del juicio, se le ordenara que cubriese provisionalmente el trozo de fresco que reproducía su imagen en pose impúdica".

30. Cfr. CARNELUTTI, *Instituciones* cit. Vol. I, n. 45.

No pudo saber CALAMANDREI si los jueces franceses encontraron en su ley la forma de ordenar la medida cautelar; pero afirma que "la solución del caso sería en la vía civil mucho más fácil si se reconociese al juez civil el poder general de ordenar medidas cautelares aunque no estén precisamente previstas por la ley"⁽³¹⁾

Como se vé de lo expuesto hasta ahora, la cuestión depende fundamentalmente de la mayor o menor amplitud que tenga la relación de instrumentalidad de la providencia cautelar con la definitiva. CONIGLIO nos cita la posición muy ortodoxa de FALZEA que si bien está dirigida a la hipótesis de la separación personal y a la providencia que puede dictar el Presidente del tribunal en beneficio de los cónyuges y la prole, revela una concepción del asunto que pudiera extenderse al caso de las medidas innominadas de urgencia bajo el Código italiano de 1942.

Sostiene FALZEA, que debe negarse carácter cautelar a la separación temporal de los cónyuges, porque ella no está al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer en modo definitivo la observancia del derecho. Ella no está destinada a asegurar o facilitar la realización de la situación definitiva a través de una anticipación de sus posibles efectos, sino más bien a hacer frente a las inmediatas necesidades de los cónyuges. En el mismo sentido refiere CONIGLIO la posición similar de SATTA en relación a los procedimientos relativos a la denuncia de obra nueva y daño temido. Y en efecto, este autor sostiene que los procedimientos relativos a la denuncia de obra nueva y de daño temido no se pueden considerar procedimientos cautelares en sentido propio, sino que se trata de procedimientos especiales, hechos necesarios por la particular naturaleza del interés que se tutela con la denuncia. No se puede en efecto decir —sostiene SATTA— que con tales denuncias se busque asegurar la obtención de un bien por medio de los órganos jurisdiccionales, como ocurre con el secuestro, y que por tanto las providencias del juez que le siguen tengan carácter instrumental respecto a la realización de la tutela: aquí se trata sobre todo, de regular la controversia anticipadamente a la futura decisión en torno al derecho.⁽³²⁾ Pero en estos casos, se trata —como dice CONIGLIO— de una restricción inaceptable, y sin fundamento, que revela la falta de consideración de las diferencias inherentes a la relación sustancial a la cual se refieren las providencias.⁽³³⁾

31. Cfr. CALAMANDREI. Ob. cit. p. 65-66.

32. Cfr. CONIGLIO. Ob. cit. p. 324, nota 12. SATTA. *Diritto Processuale Civile*. PADOVA. 1950 p. 521. En el mismo sentido FIETTA, citado por CONIGLIO, ob. cit. p. 325, nota 14.

33. Cfr. CONIGLIO. Ob. cit. p. 325.

Más recientemente, un escrito de CALVOSA destinado a la demostración de la tesis según la cual la ordenanza presidencial ex art. 708 C.P.C. en el juicio de separación de los cónyuges sobrevive a la sentencia de primer grado, siempre que no sea provisoriamente ejecutiva, ha negado la existencia y la utilidad de la categoría de las providencias llamadas anticipatorias o interinas,⁽³⁴⁾ lo que ha dado ocasión a MANDRIOLI para exponer una interesante noción estructural de tales providencias.⁽³⁵⁾

La posición de CALVOSA negando la existencia y la utilidad de las providencias anticipatorias o interinas, puede resumirse así:

— Cuando se afirma que las providencias interinas presuponen necesariamente una situación de urgencia y son dictadas a fin de tener inmediatamente una solución provisoria de las cuestiones o de parte de ellas, que constituyen el objeto del juicio definitivo de mérito, se termina por admitir que la providencia interina presupone un estado de peligro inminente y actual, que amenaza a una situación subjetiva activa.

— Atribuir a la providencia interina la función de solución provisoria y preventiva de las cuestiones que después serán decididas en la providencia definitiva de mérito, es lo mismo que decir que se dá vida a un medio para evitar que la situación sustancial contestada y todavía no decidida definitivamente, puede ser inmediatamente comprometida.

— No es verdad en absoluto, que con la providencia que dispone la asignación alimentaria se resuelva preventivamente y en vía provisoria, la cuestión relativa al derecho a los alimentos, sino que se provee sobre todo a obviar el peligro de que uno de los dos cónyuges, el alimentando, pueda, a la espera de la decisión de la causa de mérito ... morir de inanición.

— En abstracto, —dice CALVOSA— hay una contienda entre sujetos en torno a una situación subjetiva o a varias situaciones que uno de ellos pretende existente; hay el peligro inminente de que la situación subjetiva no sea suficientemente garantizada por la ordinaria tutela normativa y más bien hay tal vez la certeza de que la ordinaria tutela normativa resultaría ineficaz. Y hasta aquí, no se vé precisamente cual diferencia exista entre la función de las providencias cautelares y la de las providencias interinas, ni se vé,

34. Cfr. CALVOSA. *Sui Provvedimenti Presidenziali ex art. 708 Cód. Proc. Civ.* en Riv. Dirit. Proc. 1962. pág. 19 y s.s.

35. Cfr. MANDRIOLI. *Per una Nozione Strutturale dei Provvedimenti Anticipatori o Interinali*, en Riv. Dirit. Proc. 1964 p. 551 y s.s.

cual utilidad se consiga, ya desde el punto de vista estrictamente dogmático, o bien desde el punto de vista práctico, haciendo entrar las providencias presidenciales en esta nueva categoría, diversa y distinta, pero solo en apariencia, de aquella de las medidas cautelares.

— Se debe siempre concluir, —dice CALVOSA — en el sentido de que la providencia interina tiene una relación de instrumentalidad con respecto a la situación sustancial amenazada del peligro inminente de la violación y por tanto actúa como cautelar respecto de aquella situación sustancial, frente a la cual la tutela normativa ordinaria se demuestra insuficiente e inadecuada. Pero como también las medidas cautelares dan lugar a una relación de instrumentalidad con la situación sustancial cautelada y la relación de instrumentalidad respecto de la providencia definitiva no solo no es específica de toda medida cautelar, sino que aparece, de un atento análisis, como algo complementario, o más precisamente, como un medio para llegar a garantizar la situación sustancial, no garantizada suficientemente por la ordinaria tutela normativa, queda demostrado con esto, que ninguna diferencia, al menos bajo el perfil de la función, ni tampoco bajo el de la estructura, puede reconocerse entre las dos categorías: de las medidas cautelares y de las providencias interinas.

— Si se desvinculan, por tanto, las providencias cautelares de aquella relación de instrumentalidad funcional con la providencia definitiva de mérito; si se reconoce que toda providencia cautelar está dirigida a garantizar una situación sustancial, a hacer más segura la tutela normativa, a prevenir eventuales y probables violaciones de la situación subjetiva activa, o pretendida tal, toda diferencia entre providencia cautelar y providencia interina, desaparece.

— Tanto las providencias interinas, como las medidas cautelares, tienen causa en la exigencia de prevenir y evitar la irreversible violación de la situación subjetiva sustancial y de reforzar, mediante un sistema de oportunas garantías, la tutela normativa ordinaria, de tal modo que parece coherente que las unas y las otras deban ser consideradas como pertenecientes al mismo género, aún distinguiéndose en especies diversas. Del resto, en el ámbito del más amplio género de las medidas cautelares, es conveniente distinguir diversas especies, en particular con referencia a la estructura de los procedimientos en los cuales tales medidas se insertan, por que no resulta en absoluto fácil construir un paradigma, único para todas las especies de las medidas cautelares.

— En conclusión —afirma CALVOSA — “se trata en verdad, a mi parecer, de una especie del género providencias cautelares, caracterizadas por

algunas desviaciones estructurales, consiguientes a la especialidad de la relación sobre el cual la providencia incide".⁽³⁶⁾

Hemos querido exponer con la mayor fidelidad este resumen de la exposición de CALVOSA, y hacer abstracción de particularidades que tienen su origen en el sistema positivo italiano de las providencias relativas a la separación personal de los cónyuges y especialmente en el art. 189 de las disposiciones de actuación del Código de Procedimiento Civil, que dan al tema tratado por CALVOSA una especial trascendencia de derecho positivo en Italia, pero que nos alejaría del enfoque general del tema de las medidas cautelares innominadas de que tratamos, deseando sólo extraer de este importante estudio del procesalista italiano aquellas líneas de pensamiento del autor que contribuyen a la construcción de una teoría general de dichas providencias.

A tales dudas y negaciones de CALVOSA en su mencionado escrito, responde MANDRIOLI con un penetrante estudio de la noción estructural de las providencias anticipatorias o interinas que lo llevan a definir un esquema abstracto de lo que se llama "**la técnica de la anticipación**" y su función propia demostrando a la vez, sobre bases positivas, que el legislador italiano ha construido diversas clases de providencias según ese esquema, entre ellas la ordenanza presidencial ex art. 708 C.P.C.; la providencia provisoria alimentaria ex art. 446 Código Civil; el nombramiento del tutor o del curador provisorio en el proceso de interdicción y de inhabilitación; las providencias de urgencias ex art. 700 C.P.C. etc.; concluyendo con la afirmación de la existencia de una neta contraposición, sobre bases estructurales y no puramente funcionales, entre las providencias cautelares y las providencias anticipatorias.

De todo este desarrollo, extraeremos solamente aquellos conceptos que interesan al propósito general del presente estudio de las providencias cautelares innominadas, sin entrar en la discusión de los aspectos específicos de derecho positivo italiano que dieron origen al escrito de CALVOSA y a la contestación de MANDRIOLI.

En resumen puede decirse que MANDRIOLI destaca la contraposición estructural existente entre las providencias cautelares y las providencias anticipatorias o "interinales", entendiéndose por éstas, aquellas que el legislador ha construido con la "**técnica de la anticipación**", es decir, aquella técnica cuyo **elemento estructural** está dado por el hecho de que la providencia a pronunciarse antes de la sentencia de primer grado incide, al menos

36. Cfr. CALVOSA. Riv. cit. p. 41-45.

en parte, sobre la misma materia que constituirá el objeto de aquella sentencia; y cuyo **elemento funcional** inmediato, está dado por la exigencia de obviar el retardo con el cual será pronunciada la sentencia de primer grado, con la consiguiente implícita limitación de la duración de la providencia anticipatoria por el tiempo que dure el juicio de primer grado.⁽³⁷⁾

Si descomponemos este concepto final de las **providencias anticipatorias**, en los diversos elementos que lo configuran, encontramos las siguientes características de dichas providencias, según la posición sostenida por MANDRIOLI:

a) Que la providencia **anticipatoria** está destinada a ser pronunciada antes de la sentencia de primer grado.

b) Que la providencia anticipatoria llega primero a la meta de la otra (anticipante), pues cuando se dice que un fenómeno anticipa a otro, no se dice solamente que viene antes que el otro, sino también, que llega primero a la misma meta del otro; de tal modo que la providencia anticipante está comprendida en los límites objetivos de la anticipatoria.

c) Que en la providencia anticipatoria se cumple una combinación de la **anterioridad cronológica** con la **dirección funcional**. De tal modo que el elemento funcional concurre a cualificar la técnica de la anticipación en el sentido de que el empleo de dicha técnica se puede encontrar solamente cuando la ley configura una providencia a pronunciarse antes de la sentencia de primer grado sobre su mismo objeto y para conseguir su mismo fin; de donde se deduce que bajo el perfil de la técnica jurídica procesal, no puede haber otra razón para anticipar la decisión de primer grado sino aquella de obviar el hecho de que ella no puede ser pronunciada inmediatamente. Es esta la razón funcional típica o jurídica, y puede decirse connatural a la técnica de la anticipación, independientemente de que pueda existir otra "razón política" que aconseje también proveer inmediatamente.⁽³⁸⁾

Así concebida por MANDRIOLI la "técnica de la anticipación" y las providencias anticipatorias que pueden dictarse conforme a dicha técnica, las dificultades pueden presentarse no tanto en el plano abstracto, sino en el concreto y práctico, cuando se trata de identificar en la ley positiva los elementos estructurales y funcionales que justifican la técnica, sobre todo, si se toma en cuenta la diversidad de expresiones que se adoptan en las le-

37. Cfr. MANDRIOLI. Riv. Dir. 1964 p. 558-559.

38. Cfr. MANDRIOLI. Riv. cit. p. 555-559.

gislaciones para consagrar las medidas cautelares innominadas y especialmente las "anticipatorias" que son una especie de aquellas.

Un ejemplo de lo afirmado puede verse en el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, redactado conforme a la Ley 24 del 6 de agosto de 1984, en el cual la regulación de las medidas innominadas quedó restringida a las "obligaciones de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas", y su función limitada a "asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere", lo que parece indicar, que bajo tal normatividad no cabría una medida anticipativa, sino exclusivamente una conservativa".⁽³⁹⁾

Esta dificultad no ha escapado a la mente de MANDRIOLI, cuando al tratar de la contraposición estructural entre las providencias cautelares y las anticipatorias,⁽⁴⁰⁾ considera que la técnica anticipatoria está presente en las **providencias de urgencia** ex art. 700 C.P.C., italiano, "aunque su contenido no coincida necesariamente con el de la sentencia de primer grado".

Y en efecto, por la estructura de la norma contenida en el art. 700, pareciera que ella estuviera orientada más bien en sentido instrumental y no anticipatorio, puesto que se refiere al fin de "**asegurar provisoriamente los efectos de la decisión sobre el mérito**", y al peligro que se teme "**durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria**"; a tal punto que el citado autor ha tenido que apelar a la generalidad con que está concebida la norma, y considerar que la fórmula de la ley, precisamente porque es tan amplia, incluye seguramente también la hipótesis de un pronunciamiento sobre la misma materia destinada a constituir objeto de la decisión de primer grado, pudiendo referirse también a una hipótesis diversa.⁽⁴¹⁾

Lo mismo puede decirse para el derecho alemán cuando se trata de la medida cautelar innovativa prevista en el art. 940 de la ZPO, en el cual se establece en forma muy general la facultad de dictar la providencia "con el fin de regular un estado de cosas provisorio en orden a una relación ju-

39. Cfr. Para la reforma española: FAIREN GUILLEN, "Los procesos y medidas cautelares", en colaboración con los Dres. Juan Montero Aroca, Francisco Fuentes Carsi, adjuntos a la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, y los Profesores Ayudantes de la misma, Lic. Vicente Docavo Alberti, Manuel del Hierro García y Rafael Fernández Sanchiz, en "EL SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES" Eunsa. Pamplona. 1974, pág. 37-106. Especialmente pág. 100 y s.s.

40. Cfr. MANDRIOLI. Riv. cit. p. 577

41. Cfr. MANDRIOLI. Riv. cit. p. 565.

ridica controvertida, en tanto en cuanto tal regulación aparezca necesaria para evitar graves inconvenientes, o para obviar el peligro de violencia o por otros motivos";⁴² y para el derecho brasileiro (art. 798 C.P.C.), en el cual la norma está redactada con la mayor amplitud, dejando a la discreción del juez apreciar la clase de providencia más adecuada para prevenir que una parte antes de la decisión de la litis, pueda causar al derecho de la otra lesión grave o de difícil reparación.

También el nuevo código venezolano (art. 588 párrafo primero) establece en forma muy general la facultad del juez de "acordar las providencias cautelares que considere adecuadas cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos, para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión".

Recientemente en Venezuela, el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, mediante providencia de fecha 14 de septiembre de 1987 declaró sin lugar la oposición formulada por la Procuraduría General de la República a las medidas dictadas el 17 de agosto de 1987, con fundamento en el art. 588 del nuevo Código de Procedimiento Civil.

Se trataba de un Recurso de Amparo Constitucional intentado por los integrantes de la Orquesta Sinfónica Venezuela y miembros de la Junta Directiva de la Sociedad del mismo nombre, contra el Consejo Nacional de la Cultura (CONAC), en el cual se pedía al Tribunal: 1º. Ordenar al Consejo Nacional de la Cultura (CONAC) la inmediata entrega a la Junta Directiva de la Sociedad Orquesta Sinfónica Venezuela, del subsidio otorgado por el Congreso de la República, mediante Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 1987, para el pago de sueldos, jubilaciones y gastos de funcionamiento de la citada Orquesta Sinfónica Venezuela, con cargo para su ejecución al Consejo Nacional de la Cultura (CONAC); y 2º Proteger a la Sociedad en el uso del nombre Orquesta Sinfónica Venezuela, que le pertenece, pues un Decreto Presidencial N.º. 1671 de fecha 10 de agosto de 1987 creó una nueva "Fundación Orquesta Sinfónica Venezuela".

El Tribunal, en la providencia confirmatoria de las medidas consideró: "Que se dá en el presente caso el presupuesto del art. 588 el Código de Procedimiento Civil, párrafo primero, porque los recurrentes, además de Directivos de la Orquesta Sinfónica Venezuela, son instrumentistas y mú-

42. Cfr. **ROSENBERG**, *Tratado*. Cit. Vol. III p. 280.

sicos de la misma, que dependen para su sostenimiento del subsidio que les concedió el Congreso Nacional y que no les ha sido pagado en cuanto a sus sueldos, y jubilaciones ya causados, y que de no ordenar su pago inmediato, tal como lo prevee el artículo 4º de la Constitución Nacional, no se estaría restableciendo con la prontitud exigida por dicha norma la situación jurídica infringida, y los integrantes de la Orquesta Sinfónica Venezuela, tendrían que esperar el resultado de un juicio ordinario, con sus respectivos recursos e incidencias, para finalmente obtener el derecho a ese pago y luego esperar también la tramitación administrativa para que una vez ordenado dicho pago en el presupuesto que corresponda, poder recibir el mismo”.

En la referida decisión se percibe claramente la naturaleza **anticipatoria** de la providencia, tanto por su elemento **estructural**, consistente en que ella tiene por objeto la misma materia sobre la cual ha de versar la sentencia de primer grado, como por el elemento **funcional** inmediato, de obviar el retardo de la providencia de mérito y hacer cesar la continuidad de la lesión del derecho invocado por la Sociedad recurrente, que evidentemente afecta al sostenimiento de las personas que trabajan como instrumentistas en la Orquesta, así como también a la subsistencia de la propia institución cuyos gastos de funcionamiento son cubiertos por el subsidio reclamado.

Aquí, si bien la ley (art. 588 parágrafo primero C.P.C.), no determina expresamente que la providencia cautelar deba referirse a la misma materia de la providencia de mérito, no cabe duda de que este elemento estructural está implícito en la fórmula general de la citada norma legal, que deja al juez la discreción de elegir aquella medida que considere adecuada a fin de hacer cesar la continuidad de la lesión.

Un caso semejante se presentó en Italia ante el Pretor de Tortona, el cual dictó la Ordenanza del 13-05-43 en el caso BARZIZZA vs. VANNUCCI, que dió origen a un importante desarrollo doctrinal sobre la naturaleza de las medidas de urgencia ex art. 700 C.P.C. italiano.

Se trataba de un recurso promovido el 26 de abril de 1943 por ALBERTO BARZIZZA, quien había tomado en arrendamiento de AGOSTINO GUAGNINI en enero de 1943 tres habitaciones para ocuparlas con su familia, habiendo pagado anticipadamente el monto de tres mensualidades al arrendador, el cual le había entregado las llaves.

El alojamiento estaba para ser ocupado por el arrendatario, cuando el “podestá” del lugar permitió la apertura de las puertas para ser ocupado provisoriamente por la familia de VANNUCCI, proveniente de Génova. Mientras la ocupación de los locales por parte de VANNUCCI no estaba apo-

yada en ningún título, el recurrente BARZIZZA tenía al contrario un innegable derecho, fundado en el arrendamiento, a obtener la posesión de los locales, y existía también la urgencia de BARZIZZA de obtener inmediatamente la disponibilidad de los mismos, por lo que pedía al Pretor tomase las oportunas informaciones, oyese a los testigos y declarase su derecho con prioridad al de VANNUCCI, e intimase a éste, con providencia de urgencia ex art. 700 C.P.C., a desocupar los locales dentro de cinco días a partir de la notificación de la providencia.⁽⁴³⁾

El Pretor de Tortona se encontró así, frente a una petición cautelar diferente de la generalidad de las medidas, las cuales se encuentran, frente a la providencia definitiva como un *quid minus*. Aquí, al contrario, la providencia cautelar solicitada, no se diferencia en absoluto de la definitiva, y se puede decir que, en vez de asegurar los efectos de la decisión de mérito, anticipa su actuación. Y, esto, frente a la disposición del art. 700 C.P.C., según el cual la providencia de urgencia debe ser idónea para asegurar provisoriamente los efectos de la decisión de mérito. Pero esto no debe sorprender —dice el Pretor— porque una providencia que mire a eliminar el perjuicio ínsito puramente en el retardo, no puede ser sino una providencia de esta naturaleza. En otras palabras, para que la medida cautelar pueda, en casos análogos a éste, asegurar provisoriamente los efectos de la sentencia definitiva, es indispensable que los actúe inmediatamente (providencia anticipatoria).

En este sentido la Relación Grandi es explícita al comentar la transformación sufrida por el sistema de las medidas preventivas en el código de 1942, y poner de relieve que en el nuevo sistema, "el juez está en condiciones de tomar con urgencia las medidas provisionales adecuadas para conservar inmutada la situación de las cosas mientras duran los trámites del procedimiento ordinario, asegurando así que la resolución definitiva, si bien deba necesariamente demorar, sea en todos los casos prácticamente útil y eficaz"⁽⁴⁴⁾

Ciertamente —dice ANDRIOLI en la nota a la decisión del Pretor— en el tipo de medidas cautelares finales, en las cuales la providencia tiende a anticipar en el tiempo la sentencia de mérito, aparece más grave la misión del magistrado, el cual, sobre la base de un conocimiento sumario está llamado a emitir un pronunciamiento cuyos efectos son idénticos a los que produce la sentencia definitiva; pero mientras estas observaciones, como justamente

43. Cfr. Il Foro Italiano. 1943. Parte Primera. Col. 293 p. 770 con nota de Virgilio Andrioli.

44. Cfr. Rel Grandi. N.º. 32.

ha puesto de relieve el Pretor de Tortona, inciden sobre la fundamentación y no sobre la admisibilidad de la demanda, el contrapeso de tanta responsabilidad está en la carga impuesta por el art. 702 al actor, de promover en el término perentorio el juicio de mérito.⁽⁴⁵⁾

5. Duración de las medidas innominadas.

La duración de las medidas innominadas, como la de cualquier otro tipo de medidas cautelares, es provisoria. Su función se agota con el pronunciamiento de mérito que decide el asunto que dió origen a la medida. En este punto, se discute en doctrina y en jurisprudencia, si basta con el pronunciamiento de la sentencia de mérito, o si es necesario que ésta haya pasado en autoridad de cosa juzgada para que cese la medida. No obstante la posibilidad de aislar una regla general que solucione el problema en abstracto, la cuestión se encuentra muy vinculada al sistema positivo de las diversas legislaciones, lo que dificulta una solución uniforme para todos los casos.

a) En Italia, una decisión del Pretor de Verona del 20 de mayo de 1935 había sentado el principio según el cual: "La sentencia del Tribunal, que rechaza la demanda de separación personal propuesta por la esposa, y contra la cual el marido había opuesto apelación, no quita eficacia al decreto con el cual el Presidente del Tribunal, fallido el intento de conciliación, ha asignado a la esposa, pendiente el proceso de mérito, una pensión de alimentos".

La decisión fue más tarde modificada por el Tribunal sentando el principio contrario: "La sentencia del Tribunal, que rechaza la demanda de separación personal propuesta por la esposa y contra la cual el marido ha opuesto apelación, quita eficacia al decreto con el cual el Presidente, ha asignado a la esposa, pendiente el proceso de mérito, una pensión alimenticia".

Se trataba como aparece de la máxima arriba transcrita de un proceso de separación personal entre cónyuges, en el cual el Presidente del Tribunal había concedido a la esposa una pensión de alimentos y remitido a las partes ante el colegio para la decisión. El Tribunal rechazó la demanda de separación propuesta por la esposa y ésta apeló. Por otra parte, el marido, después de la victoria en primer grado, no pagó más la suma mensual establecida a título de alimentos y la esposa accionó *in executivis* valiéndose como título, del decreto del Presidente. El marido se opone y sobre la opo-

45. Cfr. ANDRIOLI, Il Foro Italiano, cit. p. 771.

sición, el Pretor juzga que el decreto no había perdido su eficacia, puesto que el proceso definitivo se encuentra pendiente en grado de apelación, pero el Tribunal reforma la sentencia.

La Pretura de Verona que rechazó la oposición del marido, argumentó el punto de derecho así: "La oposición es infundada, porque es sabido que una sentencia, en tanto es coercitivamente productora de efectos jurídicos en cuanto es ejecutiva. Para ser ejecutiva, tal sentencia debe ser declarada por tal por la autoridad que la dicta o debe ser pasada en cosa juzgada o simplemente lo debe ser por taxativa disposición de la ley.

Al contrario, la sentencia del Tribunal, en este caso, ha sido apelada y por ello no tiene por el momento alguna fuerza coercitiva para derogar el decreto presidencial, que está siempre en vigor y constituye título ejecutivo, del cual el cónyuge a favor de quien fue dictado, puede valerse hasta que no haya una abrogación con fuerza coercitiva o ejecutiva".⁽⁴⁶⁾

Como se vé, en el caso entraron en consideración, circunstancias tales como: el valor del título ejecutivo del decreto; la falta de una declaración de ejecución provisoria para la sentencia dictada por el Tribunal, y otras que son particulares del derecho italiano vigente al momento de la sentencia; por lo que las máximas de la misma deben ser acogidas con reserva cuando se trata de legislaciones en las cuales no existen regulaciones semejantes, como el valor de título ejecutivo del decreto o la condena con cláusula de ejecución provisoria, etc.

Sin embargo, acudiendo a la teoría general expuesta en la nota referida, podemos remontarnos a algunos principios fundamentales que pueden orientar la solución en otros casos semejantes.

Desde un punto de vista general, puede observarse con CARNELUTTI, que la eficacia de la providencia cautelar es provisoria o temporal; tiene siempre un *dies ad quem*, consistente en el momento en que pasa en autoridad de cosa juzgada la decisión jurisdiccional de la litis.

Cuando ocurre el vencimiento del plazo, la eficacia de la providencia cautelar se extingue.⁽⁴⁷⁾ en esencia —según CARNELUTTI— la cuestión se

46. Cfr. Riv. Dir. Proc. Civ. 1937, II, p. 97, con nota crítica de CARNELUTTI: "Durata del provvedimento".

47. Cfr. CARNELUTTI. *Sistema*. Vol. I, n. 116. En el mismo sentido, CALAMANDREI. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. cit. n. 28. CONIGLIO. o. cit. p. 332, n. 8.

reduce a establecer, si cuando se considera extinguida la providencia cautelar, está en juego la *eficacia imperativa* o la *eficacia ejecutiva* de la sentencia de mérito, porque esta última es tan diversa de la primera, que se comprende en la noción de la *eficacia externa* de la cosa juzgada. ⁽⁴⁸⁾

Tratando de expresar en los términos más simples la diferencia anotada por CARNELUTTI, puede decirse que la *eficacia imperativa* de la sentencia es manifestación de su *eficacia interna*, propia de toda sentencia, en cuanto acto de voluntad del juez, que dá valor a la sentencia por lo que ordena en su dispositivo; en cambio, la *eficacia externa*, comprende no sólo el efecto querido por el juez, sino todo otro efecto que una norma jurídica atribuye a la sentencia por el hecho de haber sido pronunciadas, como son v.gr. su ejecutoriedad o fuerza ejecutiva, de la cual, la *eficacia de título ejecutivo* o *eficacia para la ejecución forzada* es el ejemplo más importante.

Hacer cesar la providencia cautelar, entra en la *eficacia ejecutiva* de la sentencia —dice CARNELUTTI— y por ello se excluye que pueda producir ese efecto una sentencia que no haya adquirido todavía tal *eficacia*.

En el derecho positivo italiano, tanto con base en el art. 561 del código de 1865, como al art. 683 del Código de Procedimiento Civil de 1942, la cesación de la medida de secuestro depende del carácter ejecutivo de la sentencia, al establecer esta norma que: "El secuestro pierde su *eficacia* si con sentencia pasada en cosa juzgada, es declarado inexistente el derecho a cautela del cual había sido concedido". Y esta disposición —Enseña CARNELUTTI— si bien se refiere en particular al secuestro, es aplicable por analogía a cualquier providencia cautelar, puesto que su *ratio* se refiere a las providencias cautelares en general ⁽⁴⁹⁾

Puede concluirse pues, que el principio según el cual, la duración de la medida cautelar cesa con el pronunciamiento de la sentencia de mérito pasada en autoridad de cosa juzgada, es el principio dominante en la doctrina; y que las discrepancias de la jurisprudencia se manifiestan principalmente sobre cuestiones accesorias, muy particulares y de derecho positivo, que ha venido presentando la práctica, como son verbi gracia la relativa a la ejecución provisoria de la sentencia parcial que revoca el secuestro; ⁽⁵⁰⁾

48. Cfr. Para el desarrollo de estas nociones: *Sistema*. Vol. I, ns. 94, 103 Y 116.

49. Cfr. CARNELUTTI. Riv. Dirit. Proc. Civ. 1937. II, p. 99.

50. Cfr. Riv. Dirit. Proc. 1948, II, P. 81, con nota de CALVOSA: "Sui rapporti tra il giudizio di merito e il giudizio di convalida del sequestro conservativo. Cfr. Riv. Dirit. Proc. 1949., II, p. 15, con nota de CARNELUTTI: *Esecuzione provvisoria della sentenza che nega la convalidazione del sequestro*.

la que se refiere a la revocación de la ordenanza que dispone la suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada en tema de demanda de revocación y en tema de oposición de terceros; ⁽⁵¹⁾ la que establece que la sentencia que rechaza la demanda de separación personal no tiene eficacia para excluir la pensión alimenticia en cuanto a las mensualidades vencidas antes del pronunciamiento de la sentencia, ⁽⁵²⁾ etc., casos éstos, en los cuales, no obstante el interés práctico que encierran y la riqueza de las doctrinas que apoyan su solución positiva no afectan en absoluto la validez del principio general dominante relativo a la duración de las medidas cautelares antes mencionado.

6. Conclusiones.

Después de este recorrido por los que consideramos los aspectos fundamentales para una conceptualización de las medidas cautelares innominadas, podemos extraer algunas conclusiones que pudieran contribuir a la construcción de una teoría general de las medidas cautelares, comprensiva de este tipo de las innominadas, que cada día más se hace presente en las legislaciones procesales modernas.

1a. Conclusión: Las medidas innominadas son una especie de las medidas cautelares; manifestación de un poder cautelar general concedido por la ley al juez para que según su prudente arbitrio y con criterio de oportunidad, según las circunstancias, pueda escoger los medios más adecuados para asegurar el resultado procesal y de ejecución a que aspira una de las partes en el proceso.

2a. Conclusión: Por su naturaleza cautelar, las medidas innominadas se encuentran en una relación de instrumentalidad con la providencia de mérito cuyos efectos vienen a asegurar provisoriamente. Pero por su estructura, la instrumentalidad de la medida puede ser más o menos amplia, de tal modo que en unos casos se limita a prevenir el riesgo de que pueda resultar ilusoria la ejecución del fallo y asegurar los medios del proceso definitivo (**medida conservatoria**); mientras que en otros, la medida tiende a evitar que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, e incide sobre la relación sustancial que será

51. Cfr. Riv. Dirit. Proc. 1949, II, p. 210 con nota de **CALVOSA**: "In tema di provvedimenti cautelari innominati".

52. Cfr. Riv. Dirit. Proc. 1962, p. 664, con nota de **CARNELUTTI**: "Efficaci del rigetto esecutivo della domanda di separazione coniugale sul provvedimento urgente del presidente intorno agli alimenti".

objeto de la sentencia de mérito mediante una providencia anticipada y provisoria que dá satisfacción al derecho discutido en el mérito (*medida anticipatoria*), hasta el momento en que a esta regulación provisoria se sustituya la definitiva dictada en el proceso.

3a. Conclusión: Por su función las medidas innominadas, lo mismo que las nominadas o típicas contempladas en la ley, tienden a prevenir el daño que puede ocasionar a la parte la mora del proceso (*periculum in mora*), por el hecho de que la providencia de mérito no puede ser dictada inmediatamente, al proponerse la demanda. Pero Tratándose de medidas anticipatorias, el peligro de la mora no consiste tanto en la dilación de la providencia de mérito —la cual pudiera alcanzar su efectividad con el aseguramiento de los bienes preventivamente proporcionado por una medida conservatoria típica— sino más bien, en el prolongarse del estado de insatisfacción del derecho reclamado en el juicio, con el peligro inminente de que llegará tarde la providencia de mérito y será ya irreparable el daño causado a la parte; lo que justifica, por un lado, la urgencia de la medida y por otro, la anticipación provisoria de los efectos de la eventual providencia estimatoria de la demanda.

4a. Conclusión: La técnica de la anticipación, si bien es propia del legislador al concebir el sistema cautelar positivo en la ley procesal, puede ser empleada por el juez, aun cuando la generalidad de la norma no permita identificar bien su estructura anticipatoria, si la naturaleza de la relación sustancial la aconseja; pero siempre consultando el juez lo más equitativo o racional en obsequio de la justicia y de la imparcialidad, porque aquí —como ha observado ANDRIOLI— aparece más grave la misión del juez, el cual sobre la base de un conocimiento sumario, está llamado a emitir una providencia cautelar cuyos efectos son idénticos a los que produce la sentencia definitiva.

Por ello, en el ejercicio de esta delicada e importante facultad, el juez ha de atender principalmente a la naturaleza de la relación sustancial en cautela de la cual es solicitada la medida; apreciar la gravedad y la inminencia del peligro de su violación; la realidad del daño que la negativa de la medida podría producir a la parte; apreciar si la tutela normativa ordinaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño; y todas las demás circunstancias que le lleven a la convicción de que la medida anticipatoria de los efectos de la decisión de mérito es necesaria y urgente para prevenir el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión.

Historia del Derecho Procesal Civil, Librería de Friburgo 1970, 359; Ginebra (Art. 12), Sankt (Art. 32) y Neuchâtel (Art. 95). Véase Hubschmid, *Wörter Buch Juridische Privé Suisse*, Librairie De L'Université, Ginebra, 1951.