Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO

AÑO XXVII — ENERO-MARZO DE 1959 — Nº 107

DIRECTOR: **ORLANDO TAPIA SUAREZ**

CONSEJO CONSULTIVO:

HUMBERTO ENRIQUEZ FRODDEN
ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
ESTEBAN ITURRA PACHECO

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

MARIO ROJAS RODRIGUEZ
Egresado de Derecho y Ayudante
del Seminario de Derecho Privado

CONCEPTO DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL

1.—Introducción. 2.—Denominaciones. 3.—La definición de las medidas cautelares ante las legislaciones. 4.—Posición de la doctrina. 5.—Tesis de Calamandrei. 6.— Clasificación. 7.—Las medidas precautorias. Su naturaleza y definición.

1.—Introducción. Primeramente, y a manera de advertencia, queremos expresar que la materia objeto del presente trabajo, esto es, el instituto cautelar, no puede considerarse hasta el momento como uno de los temas que hayan sido más intensamente estudiados por los autores, que en número cada vez creciente se ubican en el campo del Derecho Procesal.

Es así como Piero Calamandrei, al ofrecer su interesante obra acerca de las medidas cautelares, da a conocer que el motivo primordial que lo indujo a publicarla es "la carencia de trabajos sobre los principios generales de la tutela cautelar que agoten la materia", para luego decir: "Estas páginas mías tienen, pues, principalmente el objeto de llamar la atención de los estudiosos. y especialmente de los jóvenes, sobre una región del Derecho Procesal que hasta ahora ha permanecido en la sombra" (1).

Por su parte, Santiago Sentís Melendo consigna también al respecto una expresión muy decidora, cuando, al referirse al terreno de las acciones cautelares, lo señala como un "aspecto

---

(1) **Piero Calamandrei:** "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares". Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1945. Página 23.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de la ciencia procesal hasta ahora prácticamente inexplorado" (2).

Consecuencia de lo anterior es que los autores, al abordar la materia cautelar, hacen resaltar que su sistematización está todavía en gran parte por hacer, en cuanto especialmente se refiere a la elaboración de una teoría general (3), no habiéndose logrado fijar aún su contenido (4), lo que no ha permitido agrupar las medidas cautelares de acuerdo a sus fines y efectos para establecer los límites de aplicación de cada una de ellas (5).

2.—Denominaciones. Tocante, ahora, a las denominaciones que en doctrina se señalan para la institución en estudio, encontramos que ellas son diversas: medidas precautorias, medidas de seguridad, medidas cautelares, medidas conservatorias, medidas de garantía, acción asegurativa, acción cautelar, acciones preventivas, proceso cautelar, providencias cautelares, tutela cautelar. Influye, naturalmente, en los autores, para los efectos de adoptar una u otra de estas denominaciones, el criterio que han seguido en el respectivo análisis e investigación de la materia.

"La calificación de cautelares —o asegurativas, que es sinónimo— es la más apropiada para indicar estas providencias, porque es común a todas la finalidad de constituir una cautela o aseguración preventiva contra un peligro que amenaza" (6).

Dentro de las designaciones con que se conoce este instituto, se comprenden generalmente en él todas aquellas medidas que tengan por objeto asegurar pretendidos derechos mientras no se encuentren sancionados por la resolución judicial definitiva (7).

Vemos, así, que el campo de aplicación de las medidas cautelares es sumamente vasto, y, adelantándonos un tanto,

---

(2) **Santiago Sentís Melendo:** Comentario al artículo "Régimen internacional de las acciones cautelares", de José María Videla Aranguren. Revista de Derecho Procesal. Año II, Nº 4, 4º Trimestre de 1944. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires. Página 421.

(3) **Piero Calamandrei:** Obra citada, página 23.

(4) **Mauricio A. Ottolenghi:** "Medidas Precautorias". Trabajo publicado en "Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina". Buenos Aires. Página 515.

(5) **Ramiro Podetti:** "Las medidas cautelares y el embargo preventivo de los frutos de la cosa litigiosa". Revista de Derecho Procesal. Año II, Nº 2, 2º Trimestre de 1943. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires. Página 144.

(6) **Piero Calamandrei:** Obra citada, página 48.

(7) **Mauricio A. Ottolenghi:** Obra citada, página 507.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

podemos consignar previamente que el concepto de dichas providencias es mucho más amplio que aquél señalado por nuestro Código de Procedimiento Civil. Baste, por el momento, citar que las Medidas Prejudiciales nuestras, reglamentadas en el Título IV del Libro Segundo del mencionado cuerpo legal, quedan comprendidas también dentro de tal concepto.

Necesario es, entonces, emprender la fijación del concepto genérico que de ellas debe tenerse, proceder en seguida a estudiar su clasificación doctrinaria, hasta llegar, por último, a aislar y precisar lo que el legislador procesal chileno entiende por medidas precautorias cuando las reglamenta en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

3.—La definición de las medidas cautelares ante las legislaciones. Si se trata de definir las medidas precautorias o cautelares, debe hacerse en forma tal que permita individualizar dicha institución procesal, distinguiéndola de cualquiera otra, mediante una adecuada señalización de sus caracteres distintivos.

En las legislaciones no encontramos definidas las medidas precautorias (8).

Una explicación de tal vacío es la circunstancia de no existir en el Derecho de los diferentes países, a excepción, y sólo parcialmente, del italiano, una concepción procesal unitaria del instituto cautelar.

"No existe —dice Hugo Alsina refiriéndose a las medidas precautorias— en los Códigos de Procedimiento un título especial que las agrupe y fije sus condiciones, sino que están legisladas en forma dispersa y a veces con requisitos especiales" (9).

Otro autor, analizando las medidas precautorias en el ordenamiento español, al mismo tiempo que reconoce su insuficiencia, revela el hecho de que ellas se encuentran desperdigadas tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, como en el Código

(8) Código de Procedimiento Civil Chileno; Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital (Argentina); Código de Enjuiciamientos en Materia Civil del Perú; Código Federal de Procedimientos Civiles (Méjico); Ley de Enjuiciamiento Civil (España); Código de Procedimiento Civil (Italia); Código Procesal Civil Alemán, de 30 de enero de 1877 (texto vigente desde 1º de enero de 1934); Code de Procédure Civile (Francia); Código de Procedimientos de Honduras; Código de Procedimiento Civil de Bélgica.

(9) **Hugo Alsina:** "Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Tomo III. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires, 1943. Páginas 290 y 291.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Civil y en leyes especiales, representando, en consecuencia, medidas sueltas sin carácter unitario (10).

Pero, en realidad, no debemos olvidar que las providencias cautelares representan, tal como nos dice Ottolenghi, un capítulo del moderno Derecho Procesal (11).

Un Código de los más recientes, el de Procedimiento Civil Italiano, promulgado el 28 de octubre de 1940 y en vigor desde el 21 de abril de 1942, tampoco proporciona una definición de la figura procesal que estamos examinando. Recordemos que en dicha legislación el sistema de las medidas precautorias en vigencia anteriormente fue reorganizado y completado, agrupándose con criterio teórico más riguroso las diversas instituciones precautorias —incluídos los procedimientos de instrucción preventiva, que corresponden procesalmente a nuestras medidas prejudiciales— y que se unificó y simplificó su trámite, salvando las lagunas de que adolecía el sistema del antiguo Código (12).

Y no olvidemos que los arquitectos del Código recientemente citado, fueron tres altas cumbres y cultivadores de la ciencia procesal: Calamandrei, Carnelutti y Redenti (13), y que el primero de ellos es el procesalista que más ha sobresalido en el estudio e investigación de las medidas cautelares y quien nos dará una definición de ellas en su obra intitulada "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares".

Vemos, así, que no obstante la concepción unitaria que de las medidas de seguridad posee el actual Código de Procedimiento Civil Italiano, al reglamentarlas en el Capítulo III del Título I del Libro Cuarto, bajo la denominación "De los Procedimientos Precautorios", él no ofrece la anhelada definición.

Tampoco la encontramos en algunos proyectos de Código de Procedimiento (14).

---

(10) **Manuel Gallego Morell:** "El artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". Revista Española de Derecho Procesal. Año IX, Nº 2, abril-mayo-junio de 1953. Grática Clemares. Madrid. Páginas 238 y 239.

(11) **Mauricio A. Ottolenghi:** Obra citada, página 507.

(12) Código de Procedimiento Civil Italiano: Editorial Depalma. Buenos Aires, 1944. Exposición de Motivos. Página 73.

(13) **Francisco Carnelutti:** "Sistema de Derecho Procesal Civil". Tomo I. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. Buenos Aires. Datos biográficos por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Página XI.

(14) **Eduardo J. Couture:** "Proyecto de Código de Procedimiento Civil". Editorial Depalma. Buenos Aires, 1945; **"Proyecto de Código de Procedimiento Civil y Comercial":** Obra del Instituto de Altos Estudios Jurídicos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata. Talleres Gráficos Olivieri y Domínguez. La Plata, 1935; **"Código Procesal Civil Argentino":** Proyecto del Poder Ejecutivo. 1949.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Es menester que tengamos presente que "ya Javoleno (Dig. lib. 50, tít. XVII, párrafo 202) decía: «Omnis definitio in iure civile periculosa est: parum est enim ut non subverti possit»; y, en efecto, las definiciones en Derecho son expuestas a contradicciones y a consecuencias falsas. Por esto, mientras los Códigos antiguos (verbigracia: las Siete Partidas), abundaban en definiciones, los modernos huyen de ellas, dejando su formulación a los tratados u obras de exposición científica" (15).

Y, efectivamente, en nuestro caso se hace necesario recurrir a la doctrina de los autores.

4.—Posición de la doctrina. El embargo preventivo, que constituye la medida precautoria fundamental establecida en numerosas legislaciones (16), es aquel "que ordena con carácter provisorio el juez de la causa a petición del demandante antes de iniciar el juicio o durante el mismo, con el fin de garantizar el pago de la deuda, cuando se teme que el deudor pueda ocultar o disipar sus bienes, colocándose en estado de insolvencia" (17).

También puede decirse que es "el embargo que se traba provisionalmente, en los casos y mediando las circunstancias que la ley procesal determina, para evitar que el deudor, aún no reconocido judicialmente como tal, pueda, ocultando o disipando sus bienes, hacer ilusoria la acción del acreedor" (18).

Naturalmente, es previo, para una mejor comprensión, entender por embargo "la ocupación, aprehensión o retención de bienes hecha en virtud de mandamiento de juez o autoridad competente, por razón de deuda o delito" (19). Pueden consultarse, además, otras definiciones de embargo preventivo (20).

---

(15) **Enciclopedia Universal Ilustrada:** Tomo XVII. Espasa-Calpe, S. A., Bilbao. Madrid. Barcelona. Página 1.307.

(16) Ley de Enjuiciamiento Civil Española; Código Procesal Civil Alemán; Código de Procedimiento Civil Italiano (le llama secuestro conservativo); Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital (Argentina).

(17) **Diccionario Jurídico "Forum":** Tomo II. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. Página 176.

(18) **Enciclopedia Jurídica Española:** Tomo XIII. 2ª Edición. Francisco Seix, editor. Barcelona. Página 333.

(19) **Enciclopedia Jurídica Española:** Obra citada, página 304.

(20) **Emilio Reus:** "Ley de Enjuiciamiento Civil", Tomo III. 2ª Edición. Madrid. Hijos de Reus, editores, 1909. Página 507; **Rafael Gallinal:** "Manual de Derecho Procesal Civil". Tomo II. Casa A. Barreiro y Ramos, S. A., editores. Montevideo, 1930. Página 158; **Joaquín Escriche:** "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Librería de Garnier Hermanos. París, 1876. Página 611.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Alberto del Junco, refiriéndose al aseguramiento de los bienes litigiosos, que es una medida de cautela en la legislación cubana, como también lo es en la española, hace notar que se trata de "una medida establecida para garantizar o asegurar que los derechos del demandante no han de ser burlados a la terminación del juicio" (21).

Ahora bien, las citas a que hemos recurrido recientemente nos merecen dos observaciones: En primer lugar, necesario es consignar que en ellas sus autores se han propuesto definir tan sólo una particular providencia de garantía, lo que lógicamente influye en que no se traduzca en una concepción global, genérica del instituto cautelar; y, en segundo lugar, nos mueven a expresar que no vemos reflejados en ellas los caracteres distintivos que permitan aislar y singularizar a las medidas cautelares, ya que se remiten a hacer resaltar más propiamente su objetivo o finalidad.

Debemos orientar, en consecuencia, nuestra investigación hacia otros campos en el terreno de la doctrina. Y vemos que un autor afirma que es en la doctrina alemana donde aparecen las primeras tentativas para una concepción procesal de las medidas precautorias y para su sistematización, concluyendo luego, que "son los grandes maestros italianos del siglo presente, quienes han realizado elaboraciones más científicas, que si se diversifican en cuanto al fundamento capital de su autonomía, coinciden no sólo en ella, sino en su necesaria unidad: me estoy refiriendo a Chiovenda, a Calamandrei y a Carnelutti" (22).

Nosotros agregaremos que, entre ellos, es Calamandrei, el gran procesalista florentino, quien más ha sobresalido en el estudio doctrinario de las providencias cautelares y en su sistematización, labor que realiza en forma destacada y brillante en su obra anteriormente ya citada y que fue publicada el año 1936. Recordemos que esta obra ha sido considerada por Alsina como "fundamental de la ciencia procesal italiana" (23), y por otro autor como "obra maestra sobre la materia, producto de una mentalidad tan fina y cuidadosa como la de Piero Calamandrei" (24).

---

(21) **Alberto del Junco y Andre:** "Derecho Procesal Civil". Tomo I. Imp. Uca: García y Cía. La Habana, 1939. Página 104.

(22) **Ramiro Podetti:** Obra citada, página 139.

(23) **Hugo Alsina:** Prólogo del libro "Instituciones de Derecho Procesal Civil" de Piero Calamandrei. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1943. Página XI.

(24) **Arsenio Farell:** "Las providencias cautelares en el anteproyecto". Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Universidad Nacional Autónoma de Méjico. Tomo XII, julio-diciembre de 1950. N.os 47-48. Página 129.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La doctrina —señala Calamandrei—, ha tratado de estudiar las providencias cautelares formando una categoría sistemática, bien bajo el perfil de la acción —acción asegurativa o cautelar— que se dirige a la emanación de una de estas providencias, bien bajo el perfil del proceso —proceso cautelar—, a través del cual se construye una de estas providencias, o bien, finalmente, bajo el perfil de la providencia en sí misma —providencia cautelar—, que se distingue por sus propios caracteres de todas las otras providencias jurisdiccionales (25).

Efectivamente, Chiovenda empieza por decir que "la acción como tal, es decir, como poder por sí mismo de pedir la actuación de la ley mediante la obra de los órganos jurisdiccionales, no admite otra clasificación que la fundada en la diversa naturaleza del pronunciamiento judicial al cual la acción tiende. La actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: conocimiento, conservación, ejecución" (26).

Dentro de la primera forma de actuación de la ley, esto es, el conocimiento, comprende las acciones de condena, constitutivas, de mera declaración —conocimiento ordinario— y las sumarias —conocimiento sumario—. En la conservación, o sea, en los casos en que se trata de proveer con urgencia al mantenimiento del statu quo, de modo de asegurar la futura satisfacción después de su declaración, distingue las acciones aseguradoras mediante las cuales se realiza una tutela de conservación. Por fin, en la tutela mediante ejecución, menciona las acciones ejecutivas (27).

En seguida, el mismo autor agrega: "El poder jurídico de obtener una de estas resoluciones —provisionales cautelares o de conservación— es una forma por sí misma de acción —acción aseguradora—; y es pura acción, que no puede considerarse como accesoria del derecho garantizado, porque existe como poder actual cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe" (28).

Oportuno es recordar que Calamandrei, al clasificar las acciones desde el mismo punto de vista que lo hace Chiovenda, esto es, según lo que él denomina su objeto inmediato, coincide con éste ya que nos habla de acciones de condena, de decla-

(25) **Piero Calamandrei:** Obra citada, página 31.
(26) **Giuseppe Chiovenda:** "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Tomo I. 2ª Edición, revisada y puesta al día. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Página 35.
(27) **Giuseppe Chiovenda:** Obra citada, páginas 35 y 36.
(28) **Giuseppe Chiovenda:** Obra citada, página 281.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ración de mera certeza, constitutivas —acciones declarativas o de cognición—, cautelares y ejecutivas (29).

Por su parte, Alsina sigue en su Tratado el criterio de los autores mencionados (30).

Carnelutti, en cambio, desarrolla la tesis de la autonomía del instituto cautelar en función del proceso. Al tratar de la finalidad del proceso civil, expresa: "Inclusive un profano está en condiciones de distinguir tres tipos fundamentales de proceso civil según la finalidad: una cosa es, por ejemplo, que un acreedor cuyo crédito niega el deudor solicite la intervención del juez para que juzgue si existe o no la deuda; otra, que si el deudor no paga, acuda al oficial judicial para que le haga obtener lo que el deudor no quiere dar; y otra, por último, que cuando el acreedor tema que el deudor le substraiga sus bienes, pida que tales bienes sean secuestrados. Prevengo desde ahora que a esos tres tipos corresponden la formación del mandato, su ejecución y su aseguramiento" (31).

Distingue después Carnelutti, los siguientes tipos de proceso: 1) jurisdiccional o de conocimiento, que los subclasifica en procesos declarativo, dispositivo —o constitutivo— y de condena; 2) ejecutivo, y 3) el proceso cautelar (32). Es aquí cuando Carnelutti penetra en el campo de las medidas cautelares y entrega su pensamiento procesal sobre la materia.

En Alsina encontramos una clasificación semejante, al distinguir, desde el punto de vista del objeto, entre procesos: de condena, declarativos, constitutivos, ejecutivos y precautorios (33).

Por último, tenemos que Calamandrei, entre estudiar las medidas cautelares desde el punto de vista de la acción, del proceso o de la providencia cautelar en sí misma, prefiere este último, pues le parece que "toda clasificación de las acciones que se funde en la diversa naturaleza de la providencia judicial a que tiende la acción, lo mismo que toda clasificación de los procesos que se funde en los fines que las partes se proponen alcanzar a través de las providencias a que el proceso se dirige, se resuelve en realidad en una clasificación de los varios tipos de providencias, respecto de los cuales los varios tipos de ac-

---

(29) **Piero Calamandrei:** "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Página 215.

(30) **Hugo Alsina:** Obra citada, Tomo I, páginas 196 y siguientes.

(31) **Francisco Carnelutti:** Obra citada, Tomo I, página 155.

(32) **Francisco Carnelutti:** Obra citada, Tomo I, páginas 157 a 164, 218 a 238 y 244 a 252.

(33) **Hugo Alsina:** Obra citada, Tomo I, páginas 270 y 271.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ción o de proceso no son más que un accesorio y una premisa" (34).

Siguiendo, pues, tan de cerca a Calamandrei como fuere posible, continuaremos en el examen de la materia cautelar, analizando y tratando de establecer los caracteres diferenciales en virtud de los cuales las providencias cautelares se distinguen de todas las otras providencias jurisdiccionales, y que conduzca a obtener la definición del instituto en estudio.

5.—Tesis de Calamandrei. El primer elemento que permite distinguir a las providencias cautelares es el que dice relación con su provisoriedad, o sea, con la limitación de la duración de los efectos propios de estas providencias.

Chiovenda, al hablar de ellas, toma en consideración tal característica, ya que empieza por denominarlas medidas provisionales cautelares o de conservación, para, en seguida, afirmar que "la acción aseguradora es, pues, en sí misma, una acción provisional" (35).

La cualidad de provisoria significa que los efectos jurídicos de las providencias cautelares tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional que en la terminología común se indica —en contraposición a la calificación de cautelar dada a la primera—, con la calificación de definitiva

La providencia cautelar tiene efectos provisorios porque la relación que ella constituye está, por su naturaleza, destinada a agotarse, ya que su finalidad habrá quedado lograda en el momento en que se produzca la providencia sobre el mérito de la controversia. La provisoriedad de las medidas cautelares guarda relación con el objeto o, podría decirse, con la finalidad de la providencia. Así concebida, la provisoriedad o interinidad se puede considerar como nota distintiva de este grupo de providencias (36).

En seguida, Calamandrei se detiene a considerar el interés específico que justifica la dictación de cualquiera de las medidas cautelares, y dice: "Este interés surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo

---

(34) **Piero Calamandrei:** "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares". Obra citada, página 32. (Todas las demás citas que en adelante se hagan de este autor, se entenderá que corresponden a esta misma obra).

(35) **Giuseppe Chiovenda:** Obra citada, páginas 280 y 281.

(36) **Piero Calamandrei:** Obra citada, páginas 36 a 40.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de una providencia jurisdiccional definitiva «periculum in mora»" (37).

Explicando el concepto del "periculum in mora", que a su juicio es condición o elemento típico de las providencias cautelares, señala que para estar en su presencia es menester que la necesidad de la providencia cautelar invocada emerja de la reunión de los siguientes factores:

1º) Que el funcionamiento de la tutela jurisdiccional se requiera con la finalidad de prevenir el peligro de un daño jurídico, esto es, de un daño solamente temido —prevención—;

2º) Que a causa de la inminencia del peligro, la providencia solicitada tenga el carácter de urgente, en cuanto sea de prever que si la misma se demorase el daño temido se transformaría en daño efectivo, o se agravaría el daño ya ocurrido, de manera que la eficacia preventiva de la providencia resultaría prácticamente anulada o disminuída —urgencia—, y

3º) Que a los requisitos de prevención y urgencia se agregue un tercero, que es en el que propiamente reside el alcance característico del "periculum in mora", esto es, hay necesidad de que para obviar oportunamente el peligro de daño que amenaza el derecho, la tutela ordinaria se manifieste como demasiado lenta, de manera que, en espera de que se madure a través del largo proceso ordinario la providencia definitiva, se deba proveer con carácter de urgencia a impedir con medidas provisorias que el daño temido se produzca o se agrave durante aquella espera.

El "periculum in mora" que constituye la base de las medidas cautelares es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva. Es la mora de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar, que anticipe provisoriamente los efectos de la providencia definitiva (38).

Carnelutti, por su parte, también nos proporciona en su Sistema una noción similar del elemento denominado "periculum in mora" al decir: "La duración del proceso es uno de sus defectos humanos, que aun cuando quepa perfeccionar la regulación del mismo, no podrán jamás ser eliminados del todo. Aunque, como suele decirse, la justicia pueda ser rápida, entre el comienzo y el fin del proceso, tanto jurisdiccional como eje-

(37) **Piero Calamandrei:** Obra citada, página 40.
(38) **Piero Calamandrei:** Obra citada, páginas 40, 41 y 42.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cutivo, media necesariamente un período de tiempo durante el que continúa el litigio, con todos los daños que de él derivan. No ha de extrañar, por tanto, que la prevención de esos daños haya determinado medidas encaminadas a un arreglo provisional de la situación de que ha brotado o de que está para surgir el litigio, y ello, antes de que el proceso jurisdiccional o el ejecutivo comiencen o mientras recurren su iter" (39).

Chiovenda también lo menciona en sus Instituciones, al fijar el concepto de las medidas provisionales cautelares o de conservación (40), autor cuyas ideas son compartidas por el procesalista uruguayo Rafael Gallinal (41).

Por último, Calamandrei se refiere al elemento que, según su criterio, representa el más verdaderamente típico y singular de las providencias cautelares, el de la instrumentalidad o subsidiariedad. Esto es, que dichas providencias, lejos de constituir un fin por sí mismas, están preordenadas a la dictación de una ulterior providencia principal o definitiva, cuyo resultado práctico aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito (42).

Así, después de haber explorado inteligente y fecundamente en el campo doctrinario precautorio, consiguiendo aislar sus caracteres genéricos y diferenciales, Piero Calamandrei corona su investigación al enunciar la definición de las providencias cautelares concibiéndolas como una "anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma" (43).

6.—Clasificación. Fijado así el concepto en general de las providencias cautelares, nos corresponde ahora proceder a estudiar su clasificación a objeto de distinguir los diversos tipos que en ellas se comprenden.

Sobre este punto son numerosos los autores que se pronuncian, los cuales, naturalmente, lo hacen tomando en consideración la legislación que sobre la materia existe en sus respectivas naciones.

Podemos citar, entre otros, a James Goldschmidt (44), a

---

(39) **Francisco Carnelutti:** Obra citada, página 243.
(40) **Giuseppe Chiovenda:** Obra citada, página 280.
(41) **Rafael Gallinal:** Obra citada, página 155.
(42) **Piero Calamandrei:** Obra citada, página 44.
(43) **Piero Calamandrei:** Obra citada, página 45.
(44) **James Goldschmidt:** "Derecho Procesal Civil". Editorial Labor, S. A. Barcelona, 1936. Páginas 747 y siguientes.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

quien sigue parcialmente Podetti (45); a Carnelutti (46); a Couture (47); a Gallego Morell (48); a Zanzucchi (49).

Nosotros expondremos la sistematización que realiza Calamandrei, por parecernos bastante clara y acertada, clasificación a la cual se adhiere totalmente Alsina (50) y con alguna modificación Ottolenghi (51).

Distingue Calamandrei cuatro grupos de providencias cautelares, en atención a las diversas formas que puede asumir la relación de instrumentalidad que liga a la providencia cautelar a la providencia principal: a) Providencias instructorias anticipadas; b) Providencias dirigidas a asegurar la ejecución forzada; c) Providencias mediante las cuales se decide interinamente una relación controvertida, y d) Las cauciones procesales.

a) Las providencias instructorias anticipadas son aquellas que tienen por finalidad, en el evento de un posible futuro proceso ordinario, fijar y conservar ciertas resultantes probatorias que serán utilizadas posteriormente en aquel proceso en el momento oportuno. "Normalmente tales providencias instructorias se adoptan en el curso del proceso ordinario, y forman parte del mismo; pero, cuando, antes de que el proceso se inicie, existe motivo para temer que, si la providencia instructoria tardase, sus resultados podrían ser menos eficaces, ésta puede ser provocada inmediatamente a través de un procedimiento autónomo, que trata de prevenir el periculum in mora, inherente al procedimiento ordinario eventual" (52).

Parece útil dejar constancia que el Código de Procedimiento Civil Italiano, al legislar sobre los Procedimientos Precautorios, contempla expresamente a este primer grupo de providencias cautelares, regulándolas en su Sección III bajo el calificativo "De los procedimientos de instrucción preventiva". Entre los artículos 692 y 698, autoriza solicitar al interesado, preventivamente, y en determinadas circunstancias, con ocasión de una causa a iniciarse, los siguientes medios de prueba: declaraciones de testigos y comprobación técnica o inspección judicial. Además, en el artículo 699, acepta el pedido de instrucción

---

(45) **Ramiro Podetti:** Obra citada, página 145.
(46) **Francisco Carnelutti:** Obra citada, páginas 246 y siguientes.
(47) **Eduardo Couture:** "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". 2ª Edición, ampliada y actualizada. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1951. Páginas 224 y 222.
(48) **Manuel Gallego Morell:** Obra citada, páginas 211 y siguientes.
(49) Citado por **Mauricio A. Ottolenghi:** Obra citada, página 531.
(50) **Hugo Alsina:** Obra citada, Tomo III, páginas 290 y 291.
(51) **Mauricio A. Ottolenghi:** Obra citada, páginas 532 y 533.
(52) **Piero Calamandrei:** Obra citada, página 53.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

preventiva durante el trámite de la causa, hallándose el juicio interrumpido o suspendido (53).

Los demás Códigos Procesales establecen también medidas que corresponden a las del primer grupo de Calamandrei, pero no las reglamentan conjuntamente con los otros tipos de medidas cautelares como lo hace el Código Italianoo, sino que legislan sobre ellas en forma separada e independiente como si se tratara de providencias que no formaran parte de la familia cautelar.

Así, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, al tratar de las "Diligencias preliminares" en la Sección Segunda del Capítulo I del Libro Segundo, en su artículo 502 concede la facultad de solicitar declaraciones de testigos, en forma previa al juicio y bajo ciertas condiciones.

Análoga situación contempla el artículo 68 del Código Argentino, ubicado en el Libro Primero, Título Segundo, Sección Primera que regula las Disposiciones Preliminares.

Por su parte, nuestro Código de Procedimiento Civil estatuye medidas instructorias anticipadas, esto es, cautelares del primer grupo, en el Título Cuarto del Libro Segundo, bajo la denominación de Medidas Prejudiciales.

En efecto, varias de las providencias ahí reglamentadas se refieren a medios probatorios que pueden solicitarse, en forma previa al juicio ordinario, tanto por "el que pretende demandar" como por "toda persona que fundadamente tema ser demandada", en conformidad a lo que establecen los artículos 273 y 288 del citado Código (54).

Entre ellas podemos citar:

1º—"El reconocimiento jurado de firma, puesta en instrumento privado —artículo 273 Nº 5—, a objeto de dejar apto el documento que un litigante se propone presentar al juicio, para hacerlo valer después como medio probatorio de la acción o excepción futuras" (55);

2º—"La inspección personal del tribunal, informe de peritos nombrados por el mismo tribunal, o certificado del ministro de fe —artículo 281 inciso 1º—, cuando exista peligro inminente de un daño o perjuicio, o se trate de hechos que puedan fácilmente desaparecer";

(53) Código de Procedimiento Civil Italiano: Páginas 219 y 220.

(54) Todos los artículos que se citen sin indicar el texto legal a que pertenecen, se entenderá que corresponden al Código de Procedimiento Civil Chileno.

(55) **Telmo García Durán:** "Las rebeldías y sus efectos". Memoria de Prueba. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1951. Página 279.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

3º—Absolución de posiciones sobre hechos calificados previamente de conducentes por el Tribunal, cuando hay motivo fundado para temer que una persona se ausentará en breve tiempo del país —artículo 284 inciso 1º—, y

4º—El examen de aquellos testigos que, por razón de impedimentos graves, haya fundado temor de que no puedan recibirse oportunamente sus declaraciones, como lo señala el inciso 1º del artículo 286. Las declaraciones versarán sobre los puntos que indique el peticionante, calificados de conducentes por el Tribunal.

Hemos terminado, así, de pasar revista a las llamadas providencias instructorias anticipadas.

b) "Así como en el primer grupo —dice Calamandrei—, hemos comprendido las providencias cautelares encaminadas a fijar las pruebas que facilitarán la formación de una futura providencia de cognición, se pueden clasificar en un segundo grupo las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que puedan ser objeto de la misma" (56).

Si tenemos en consideración que "la ejecución forzada trata de hacer que el mandato individualizado, declarado cierto mediante la decisión, sea prácticamente ejecutado" (57), vemos que mediante este tipo de medidas cautelares se asegura el conveniente cumplimiento de la sentencia que recaiga en el juicio, garantizándose así al actor prácticamente el resultado del ejercicio de su acción.

Los diversos Códigos Procesales así lo ponen de manifiesto. Efectivamente, al reglamentar esta categoría de providencias, enuncian su finalidad empleando expresiones que se diferencian exclusivamente desde el punto de vista formal, ya que en el fondo son coincidentes para caracterizarlas de la manera que hemos señalado.

Así, cuando la Ley de Enjuiciamiento Civil Española legisla sobre los embargos preventivos en la Sección Primera del Título XIV del Libro II, nos dice en el inciso 1º del artículo 1.397: "Corresponderá a los jueces de primera instancia decretar los embargos preventivos, cuando se pidan para asegurar el pago de una deuda que exceda de 1.000 pesetas"; y más adelante, al referirse al aseguramiento de los bienes litigiosos en la Sección Segunda, expresa en el inciso 1º del artículo 1.428 que "cuando se presente en juicio algún documento de los com-

(56) **Piero Calamandrei:** Obra citada, página 56
(57) **Piero Calamandrei:** "Instituciones de Derecho Procesal Civil" Obra citada, página 79.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

prendidos en los tres primeros números del artículo siguiente —corresponde a especies de títulos ejecutivos—, en donde aparezca con claridad una obligación de hacer o de no hacer, o la de entregar cosas específicas, el juez podrá adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fueren necesarias para asegurar en todo caso la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere".

Por su parte, el Código Procesal Civil Alemán, que en el Libro VIII trata de la Ejecución Forzosa, luego de decir en el inciso 1º del artículo 704 que "la ejecución forzosa tendrá lugar a base de sentencias definitivas declaradas firmes o ejecutables provisionalmente", al reglamentar el embargo preventivo y las medidas provisionales de seguridad en la Sección Quinta del citado Libro VIII, estatuye en el artículo 916 inciso 1º, lo siguiente: "El embargo preventivo y las medidas provisionales de seguridad se pueden obtener para asegurar la ejecución forzosa en el patrimonio mueble o en el inmueble, por acciones que persigan el pagó de una cantidad de numerario, o de otras clases, pero susceptibles de ser liquidadas a metálico". Redacción casi similar guarda el artículo 918. En cambio, formalmente diferente es el artículo 917 inciso 1º, que dispone: "Se concederá el embargo real cuando se tema que sin él se frustrará o dificultará notablemente la ejecución de la sentencia", como asimismo el artículo 935 que a la letra expresa lo siguiente: "Se permite la adopción de medidas de seguridad provisionales con respecto al objeto litigioso cuando se tema que, por una modificación del estado actual, se podría frustrar o dificultar notablemente la efectividad del derecho de una parte".

El Código de Procedimiento Civil de Italia, en el artículo 700 ubicado naturalmente entre los Procedimientos Precautorios, en la Sección IV que trata "De las providencias urgentes", en su parte final, las concibe como aquellas "más aptas para asegurar provisoriamente, de acuerdo a las circunstancias, los efectos de la decisión sobre el fondo".

El artículo 551 del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil del Perú, ubicado en el Título Sexto de la Sección Segunda del Libro Segundo, al reglamentar ciertas medidas precautorias, establece que pueden pedirse por el demandante "para evitar que el juicio sea ilusorio en sus efectos".

Un Proyecto de Código Procesal Civil latinoamericano, el Argentino de 1949, inspirado en las enseñanzas de Piero Calamandrei, ya que en él puede apreciarse una concepción relativamente unitaria de las medidas cautelares, en su artículo 112 establece providencias del tipo que estamos examinando "para

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el aseguramiento anticipado de la ejecución forzosa, o de los bienes motivo de la litis o de un estado de hecho" (58).

En el Derecho Chileno encontramos reglamentadas medidas cautelares pertenecientes a este segundo grupo, en el Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil, entre los artículos 290 y 302, bajo el calificativo "De las Medidas Precautorias", y en ellos el legislador se sirve de diversas expresiones, en el fondo sinónimas entre sí y con las ya dadas a conocer del Derecho extranjero, para expresar su singular objetivo.

Así, el artículo 290, ubicado en el citado Título V, nos habla de medidas "para asegurar el resultado de la acción", palabras que corresponden casi exactamente a las empleadas por el mismo legislador en la regla tercera del artículo 235, situado en el Título XIX del Libro I que trata "De la ejecución de las resoluciones".

Por su parte, el artículo 293 dice: "Hay lugar al nombramiento de interventor: 4º Siempre que haya justo motivo de temer que se destruya o deteriore la cosa sobre que versa el juicio, o que los derechos del demandante puedan ser burlados", guardando analogía su parte final con el artículo 935 del Código Procesal Civil Alemán ya transcrito.

A su turno, los artículos 296 y 298 se refieren sucesivamente a asegurar y a responder por los resultados del juicio, guardando similitud con el artículo 551 del Código Peruano, a que ya hemos hecho mención, y con el artículo 389 del Código Federal de Procedimientos Civiles de Méjico, publicado en el Diario Oficial del 24 de febrero de 1943, y que comenzó a regir treinta días más tarde.

Más adelante insistiremos nuevamente sobre el presente tipo de medidas cautelares en relación con nuestro Derecho, para los efectos de precisar lo que la legislación patria contiene y contempla acerca de tal materia.

c) "Constituyen este tercer grupo las providencias mediante las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si ésta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables" (59).

Respecto de cómo opera la relación de instrumentalidad que vincula la providencia provisoria a la principal, en las di-

(58) Código Procesal Civil Argentino. Proyecto del Poder Ejecutivo: Obra citada, página 108.
(59) **Piero Calamandrei:** Obra citada, página 58.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

versas categorías de medidas cautelares hasta aquí señaladas, Calamandrei expresa que en tanto que en los grupos a) y b) la providencia cautelar no regula el mérito de la relación substancial controvertida, limitándose a aprontar medios para facilitar la formación —grupo a)— o la ejecución forzada —grupo b)— de la futura decisión de mérito; en este tercer tipo, "la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario" (60).

Como ejemplos de medidas pertenecientes a este grupo c) menciona las denuncias de obra nueva y de daño temido (61).

Chiovenda, que no clasifica las resoluciones de cautela sino que sólo hace referencia a las principales admitidas por el Derecho italiano, se encarga también de considerarlas en su enumeración (62).

Dejemos además constancia que, constituyendo una novedad sobre el particular, el Código de Procedimiento Civil Italiano, en el Capítulo pertinente a los Procedimientos Precautorios, en su Sección II, trata "De los procedimientos sobre denuncia de obra nueva y daño temido", consagrándolas así legislativamente como providencias cautelares.

Y, en verdad, tal como se encuentran reglamentadas, en el cuerpo legal citado, dichas medidas son indiscutiblemente de índole cautelar, ya que cumplen con todos los requisitos que la doctrina señala como distintivos de esta clase de providencias y que en su oportunidad ya fueron analizados.

Baste destacar en esta ocasión que en tales procedimientos el juez dicta, en conformidad a los artículos 689 y 690 del Código Procesal Civil Italiano, con carácter provisional, las providencias urgentes que sean necesarias, debiendo las partes a continuación someterse a los trámites del más lento proceso ordinario, el que resolverá en definitiva sobre la planteada controversia.

En nuestro Derecho, los interdictos de denuncia de obra nueva y de denuncia de obra ruinosa se encuentran reglamentados, respectivamente, en el Libro III del Código de Procedimiento Civil, párrafos 3º y 4º de su Título IV.

Como otro caso típico de esta categoría de providencias, menciona Calamandrei las providencias que la autoridad judi-

(60) **Piero Calamandrei:** Obra citada, página 59.
(61) **Piero Calamandrei:** Obra citada, página 58.
(62) **Giuseppe Chiovenda:** Obra citada, páginas 287 y 288.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cial puede dictar en caso de urgente necesidad en materia de alimentos (63).

Chiovenda también se encarga de atribuirle a tal medida naturaleza cautelar al decir: "Así durante el litigio para el suministro de alimentos, el juez puede ordenar provisionalmente al demandado prestar los alimentos exigidos por el actor, porque si se esperase a haber declarado definitivamente si el demandado debe o no los alimentos y en qué medida, el actor, en el intervalo, podría morirse de necesidad (Cód. Civ., artículo 145)" (64).

En nuestra literatura jurídica un autor, analizando el ejemplo en examen, se expresa en los siguientes términos: "Creemos que el Sr. Chiovenda confunde las medidas precautorias con ciertas acciones especiales que, aunque indirectamente puedan asegurar el resultado de una acción, proveen más bien al reconocimiento de derechos que los Códigos otorgan a las personas en determinadas circunstancias" (65).

Después del iter doctrinario que hemos recorrido hasta ahora, podemos expresar que la medida por la cual se concede provisionalmente alimentos al actor, representa una auténtica providencia cautelar, debiendo naturalmente ser encuadrada no entre aquellas del grupo b), esto es, de las destinadas a asegurar el resultado de la acción, sino entre las medidas del grupo c), o sea, de aquellas que deciden interinamente una relación controvertida para evitar a una de las partes daños irreparables.

El Código Civil Chileno contempla el ejemplo en examen en el artículo 327, cuando dispone en su inciso 1º que: "mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez ordenar que se den provisoriamente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento plausible; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demanda obtiene sentencia absolutoria".

Recordemos que, en conformidad al inciso 2º del artículo 1º de la Ley Nº 5.750 de 2 de diciembre de 1935, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, la petición de alimentos provisionales debe substanciarse como incidente.

d) "Merecen ser tratadas como cuarto grupo, aquellas providencias cuya denominación revela típicamente la finalidad

---

(63) **Piero Calamandrei:** Obra citada, página 59.
(64) **Giuseppe Chiovenda:** Obra citada, página 289.
(65) **Enrique Hederra Donoso:** "De las medidas precautorias". Memoria de Prueba. Talleres Gráficos "La Nación", S. A. Santiago, 1936. Página 25.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una caución, la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial" (66).

Su característica especialísima consiste en que están destinadas a funcionar como cautelas contra el peligro derivado de la ejecución de una providencia judicial, asegurando de esta manera preventivamente a aquél contra quien ha sido ejecutada, el eventual derecho al resarcimiento de los daños que pueden surgir si en el juicio definitivo la medida provisoria es revocada.

Si la caución se ordena, en cambio, como condición para obtener una providencia cautelar, tal caución viene a funcionar en calidad de cautela de la cautela, o como podría decirse también, de contracautela (67): mientras la providencia cautelar sirve para prevenir los daños que podrían nacer del retardo de la providencia principal, y sacrifica a tal objeto, en vista de la urgencia, las exigencias de la justicia a las de la celeridad, la caución que se acompaña a la providencia cautelar sirve para asegurar el resarcimiento de los daños que podrían causarse a la contraparte por la excesiva celeridad de la providencia cautelar, y de este modo restablece el equilibrio entre las dos exigencias discordantes (68).

Para terminar este último grupo de providencias cautelares, diremos que algunos autores excluyen a las contracautelas de la clasificación que hacen de dichas providencias, no asignándoles, en consecuencia, el carácter de tales (69).

En nuestro procedimiento civil, citaremos dos casos de contracautelas, o sea, de cauciones que se ordenan como condición para que el actor obtenga medidas precautorias:

1º) El señalado en la parte final del artículo 298 en que se establece que el tribunal puede, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al peticionario para responder de los perjuicios que se originen, y

2º) El contenido en el artículo 299, que junto con disponer que los tribunales pueden, en casos graves y urgentes, conceder las medidas precautorias de que trata el Título V, aun cuando falten los comprobantes requeridos, por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichos compro-

---

(66) **Piero Calamandrei:** Obra citada, página 63.
(67) **Giuseppe Chiovenda:** Obra citada, página 282.
(68) **Piero Calamandrei:** Obra citada, páginas 63 y 64.
(69) **Ramiro Podetti:** Obra citada, página 145; **Mauricio A. Ottolenghi:** Obra citada, página 533.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

bantes, determina que debe exigirse caución para responder por los perjuicios que resulten.

7.—Las medidas precautorias. Su naturaleza y definición. Pues bien, habiendo abordado el estudio del concepto genérico de las providencias cautelares concluyendo con una definición comprensiva de todas ellas, y habiendo posteriormente tratado su clasificación, continuaremos en el presente párrafo refiriéndonos a las Medidas Precautorias establecidas por el legislador procesal en el Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil Chileno.

Las citadas medidas pertenecen, tal como adelantáramos en el párrafo anterior, al grupo b) de la clasificación que de las providencias cautelares hace Calamandrei, esto es, forman parte de aquellas destinadas a asegurar el cumplimiento práctico de la sentencia que recaiga en el juicio.

Y, en efecto, conociendo, de acuerdo con las disposiciones legales transcritas, la finalidad perseguida por nuestras medidas precautorias, resulta natural y lógico asignarles la ubicación señalada.

Tenemos así, entonces, que no obstante representar las expresiones precautorias o cautelares conceptos doctrinariamente equivalentes y de vasto campo de aplicación, en el procedimiento patrio se habla de medidas precautorias en una acepción más restringida, puesto que tan sólo comprende a una determinada categoría de esta clase de providencias.

Precisado así el alcance que revisten las medidas precautorias en nuestro Código de Procedimiento Civil, señalaremos, ahora, diversas definiciones que para ellas dan algunos autores nacionales.

El profesor don Fernando Alessandri dice, en sus explicaciones de clases, que son medidas precautorias "aquellas que puede pedir el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, con el fin de asegurar el resultado de la acción" (70).

Por su parte, el profesor don Darío Benavente expresa que medidas precautorias "son todas aquellas disposiciones que tienen por objeto asegurar el resultado de la acción" (71).

---

(70) **Fernando Alessandri Rodríguez:** "Curso de Derecho Procesal". Explicaciones de clases revisadas por el profesor. 3ª Edición, sistematizada y puesta al día por A. Vodanovic H. Editorial Nascimento. Santiago, 1940. Página 236.

(71) **Darío Benavente Goroño:** "Derecho Procesal". Apuntes tomados en sus clases por Rubén Celis R. Tomo II. Editorial Universitaria. Santiago, 1950. Página 97.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Don Mario Casarino las define como "los medios que la ley franquea al demandante para que asegure el resultado de la acción que ha interpuesto" (72).

En su Memoria de Prueba, don Gabriel Zapata las define de la siguiente manera: "Son actos de naturaleza procesal destinados a asegurar el resultado de la acción deducida en juicio" (73).

Don Rafael Zaldívar, también en su Memoria de Prueba, nos da la siguiente definición de medidas precautorias: "Son ciertas medidas que para asegurar el resultado de la acción puede el demandante pedir en cualquier estado del juicio, aunque no estuviere contestada la demanda" (74).

En realidad, vemos que todas estas definiciones, cuál más cuál menos, se fundan en los términos del artículo 290 del Código de Procedimiento Civil que textualmente dispone:

"Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas:

"1ª—El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;

"2ª—El nombramiento de uno o más interventores;

"3ª—La retención de bienes determinados, y

"4ª—La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados".

Tengamos presente, sin embargo, que el Código Procesal Chileno no se aparta de la norma seguida por los Códigos de Procedimiento y, en consecuencia, no proporciona una definición de las providencias precautorias.

Para definirlas es necesario que, sintetizando y en forma previa, fijemos los siguientes puntos:

1.—La definición dada por Piero Calamandrei es de carácter genérico; por consiguiente, ella comprende a todas las medidas cautelares cualquiera que fuere su naturaleza;

2.—En dicha definición se encuentran todos los elementos distintivos que permiten caracterizar a las providencias asegurativas;

---

(72) **Mario Casarino Viterbo:** "Manual de Derecho Procesal". (Derecho Procesal Civil). Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1951. Página 407.

(73) **Gabriel Zapata Mella:** "De las medidas precautorias y su aplicación a los diversos juicios". Memoria de Prueba. Imprenta y Enc. Editorial Agrícola. Santiago, 1933. Página 8.

(74) **Rafael Zaldívar Díaz:** "De las medidas prejudiciales". Memoria de Prueba. Imprenta de la Dirección General de Prisiones. Santiago, 1933. Página 94.

Artículo: Concepto de las Medidas Precautorias en el Derecho Procesal
Revista: Nº107, año XXVII (En-Mar, 1959)
Autor: Mario Rojas Rodríguez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

3.—Es común a todas estas providencias, como ya dejáramos constancia, la finalidad de constituir una cautela o aseguración preventiva contra un peligro que amenaza;

4.—Las citadas medidas se clasifican, atendiendo a la finalidad inmediata por ellas perseguida, en cuatro categorías bien diferenciadas;

5.—Las medidas precautorias nuestras, por reunir los caracteres típicos, son indiscutiblemente providencias cautelares, y, en atención a su objetivo, quedan encuadradas dentro de la categoría de providencias que tienden a asegurar el cumplimiento práctico de la sentencia, y

6.—Las medidas precautorias del procedimiento chileno representan, pues, una especie dentro del género de las providencias cautelares.

En consideración a lo expuesto, pensamos que una definición que pretendamos intentar debe reunir dos requisitos: a) mencionar el género al cual pertenecen, esto es, expresar que se trata de providencias cautelares, ya que así quedan comprendidos, entonces, los caracteres distintivos de esta clase de providencias; y b) señalar su finalidad, puesto que de esta manera se singulariza la categoría de medidas a la cual pertenecen, resultando, en consecuencia, individualizadas.

Podemos decir, pues, que medidas precautorias son aquellas providencias de naturaleza cautelar que, sirviendo para facilitar el cumplimiento práctico de la sentencia, pueden solicitarse por el demandante para asegurar el resultado de su acción.