

HACIA LA CONTRACAUTELA INNOMINADA: UNA MATERIALIZACIÓN DE LA IGUALDAD PROCESAL*

Semillero de Derecho Procesal de la Universidad
Libre, Sede Bogotá**

Dayhanna Jimena Angarita Salazar, Yurani Andrea Angulo Peñaranda, José Luis Bobórquez López, Maura Constanza Hernández Santisteban, Daniel Esteban Montes Téllez, Leidy Marcela Olarte Tabares, Angie Marcela Páez Monroy, David Enrique Porras Pérez, Alex Mauricio Reina Chamorro, Hans Alexander Villalobos Díaz

Director: Jorge Andrés Mora Méndez¹

*“El único Estado estable, es aquel en que todos los ciudadanos son iguales ante la ley”
Aristóteles*

RESUMEN

Según la nueva regulación que de los proceso declarativos hace el Código General del Proceso, el demandante posee las garantías suficientes para hacer efectiva la eventual sentencia, materializado en las medidas cautelares innominadas y anticipatorias, mientras que de la interpretación estructurada de la norma el demandado no posee garantías suficientes para satisfacer el eventual perjuicio que se le pueda causar por el decreto y ejecución de dichas medidas cautelares. El objetivo de esta ponencia es vislumbrar la necesidad de garantizar la igualdad procesal, mediante la utilización de la

* Artículo inédito. Recibido

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XV Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 10, 11 y 12 de septiembre del 2014, en la ciudad de Cartagena.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá.

¹ Director del Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá.

contracautela innominada para casos concretos, pues como es sabido el ordenamiento jurídico Colombiano no permite constituir caución a favor del sujeto pasivo cuando la medida cautelar no esté relacionada con pretensiones económicas o cuando se pretende anticipar materialmente el fallo. Se realiza entonces un análisis desde los posibles perjuicios inmateriales no reparables económicamente, y la contracautela innominada como garante de su reparación.

Palabras clave: Caución, contracautela innominada, igualdad procesal, medidas cautelares, perjuicios inmateriales.

ABSTRACT

According to the new regulation that General Code of Procedure makes of declarative process, the complainant has sufficient guarantees to make effective the eventual judgment, materialized in the unnamed and anticipatory precautionary measures, while a structured interpretation of the rule reveals that the defendant has no sufficient to satisfy the possible injury that is caused by the decree and execution of those precautionary measures. The objective of this speech is to envision the need to ensure procedural equality, through the use of the innominated caution juratory in individual cases, because as we know, the Colombian legal system does not allow to constitute caution in favor of the taxpayer if the precautionary measure is not related economic pretensions or when trying to anticipate the ruling materially. Analysis is then performed from the possible immaterial injury not economically repairable, and innominated caution juratory as guarantor of repair.

Key words: Caution, innominated caution juratory, procedural equality, precautionary measures, immaterial injury.

INTRODUCCIÓN

América Latina vive una época de reformas procesales a sus sistemas jurídicos, esto como consecuencia del apogeo de figuras procedimentales dinámicas y novedosas, utilizadas en diferentes sistemas jurídicos a nivel mundial, que hacen del proceso judicial un estadio de debate dialéctico llamativo que materializa el derecho sustancial de una manera más rápida y efectiva. La orientación de la reforma de estos sistemas procesales está dirigida en últimas a resolver los problemas prácticos de la *tutela judicial efectiva*, la cual se evidencia por la congestión judicial, la falta de garantías procesales para las partes y por la ausencia de mecanismos expeditos que garanticen el cumplimiento de los fallos judiciales, dando lugar a una especie de crisis de la administración de justicia.

En este orden de ideas, los esfuerzos del legislador colombiano por aminorar estas problemáticas están dirigidos, en principio, a efectuar un cambio en el arquetipo de sistema procesal escrito a uno oral, labor que se ha visto acreditada en los últimos diez años con la expedición de leyes como la Ley 906 del 2004, Ley 1395 del 2010, Ley 1437 de 2011 y la más reciente Ley 1564 del 2012.

Sin embargo, el epicentro de dichas modificaciones no gira en torno únicamente a la oralidad, sino que además, con el Código General del Proceso, se ha pretendido instituir figuras novedosas que replantean la cultura jurídica del país, como lo son la de *la carga dinámica de la prueba*, el *proceso monitorio*, la aplicación de facultades oficiosas del juez y probablemente una de las figuras más controvertidas en la actualidad: *las medidas cautelares innominadas y anticipatorias*, tema del presente escrito. Son estas últimas el derrotero a seguir para asegurar la eficacia final del proceso, toda vez que lo que buscan es neutralizar los posibles perjuicios que se puedan derivar con el paso del tiempo al que las partes se ven sometidas dentro de un proceso ordinario de cognición plena.

En efecto, a través de la adopción de estas medidas dentro del ordenamiento jurídico se pretende contribuir al cercenamiento de la crisis de la administración de justicia y con ello al fortalecimiento de la *tutela judicial efectiva*, asegurando el cumplimiento de los fallos judiciales y por ende la materialización efectiva del derecho sustancial.

Es importante valorar la utilidad de las medidas cautelares innominadas y anticipatorias a la luz de principios básicos y orientadores del proceso judicial, los cuales no se reducen única y exclusivamente a la imparcialidad judicial, debate dado por un sector de la doctrina autodenominado garantista, sino también por principios como la igualdad procesal. En este sentido, vale la pena preguntarse lo siguiente:

¿Cuál es la garantía para quien, en el marco de un proceso declarativo en el que no hay certeza del derecho, ha de soportar el decreto de una medida cautelar innominada que eventualmente lo prive total o parcialmente del ejercicio de sus derechos?

El presente trabajo estará dirigido a solucionar estructuralmente el interrogante de la siguiente manera: *i)* en primer lugar, una exposición de los conceptos básicos necesarios para el planteamiento del problema, como lo son la igualdad procesal, la medida cautelar, la medida cautelar innominada y anticipatoria, la contracautela y su relación con la caución, daños, perjuicios, y por último: la imparcialidad. *ii)* en un segundo momento, una descripción de la regulación de las medidas cautelares innominadas, la contracautela y la audiencia previa en el derecho comparado. *iii)* en tercer lugar, el planteamiento del problema. *iv)* como cuarto punto, las situaciones fácticas que se desprenden de la interpretación del artículo 590 del CGP. Y *v)* propuestas a la problemática enunciada.

1. CONCEPTOS BÁSICOS

1.1 Igualdad Procesal

El Diccionario de la Real Academia Española (RAE) define a la igualdad como la conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad. La Igualdad en el proceso “significa que quienes a él concurren de manera voluntaria o por haber sido citados en forma oficiosa, deben tener las mismas oportunidades procesales para la realización plena de sus garantías a la bilateralidad de la audiencia”¹. Ésta constituye una garantía integrante del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, teniendo en cuenta que “para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal”².

En este punto surge una pregunta: ¿Cómo inciden las medidas cautelares en la igualdad?, pues bien, a este interrogante responde la Corte Constitucional arguyendo que éstas “constituyen una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia, no sólo porque garantiza la efectividad de las sentencias, sino además porque contribuye a un mayor *equilibrio procesal*”³.

1.2 Medida Cautelar

1.2.1 Aproximación conceptual a las medidas cautelares

Las medidas cautelares surgen para evitar que el inexorable paso del tiempo afecte el verdadero sentido de la *justicia material* a la cual corresponden los procesos que se erigen en la nueva dinámica, la cual se enfoca en el *sentido social* de la normatividad y no en ser una abstracción teórica irresponsable con la realidad activa del escenario real. Poder acceder a la justicia “implica tener el derecho a utilizar medidas cautelares suficientes para asegurar el cumplimiento real y efectivo de lo que se concrete en la sentencia. Obtener una sentencia, después de mucho esfuerzo, que no puede ser satisfecha por insolvencia real o ficticia del obligado, genera una doble frustración, que evita que aquella a la larga se invierta en paz con justicia social”⁴.

¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-690/08. De 11 de julio de 2008. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

² CORTE I.D.H. Opinión Consultiva OC-16/99. De 1 de julio de 1999. Serie A N° 16. Párr. 119.

³ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-523/09. De 10 de junio de 2009. M.P.: María Victoria Calle Correa.

⁴ INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. *Exposición de motivos (provisional) del Código General del Proceso*. Bogotá: ICDP, 2012. P. 2. Disponible en: <http://www.icdp.org.co/descargas/cgp/ExposicionMotivos.pdf>

Para Calamandrei, éstas “están dirigidas, más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y, la seriedad de la función jurisdiccional”⁵, mientras que para la Corte Constitucional son actos o instrumentos propios del proceso, “mediante los cuales el juez está en condiciones de adoptar las medidas necesarias, en orden a garantizar la satisfacción de un derecho material, o para su defensa a lo largo del proceso”⁶.

En suma, el objetivo de estas medidas es garantizar “la eficacia de una eventual resolución judicial.”⁷, pero no solamente es éste, sino que también buscan evitar “los actos, maliciosos o no, efectuados por la contraparte, que pudieran provocar una disminución o inclusive una desaparición absoluta del derecho a ser reconocido”⁸. Aquello que diferencia las providencias cautelares de las que no lo son, es primordialmente que “si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar”⁹, para que las mismas puedan ser decretadas, es necesario que se observen unos presupuestos.

1.2.2 Presupuestos de las medidas cautelares

Calamandrei fue el primero en afirmar que para poder decretar una medida cautelar es necesario la concurren de tres requisitos, los cuales fueron ampliamente adoptados por la doctrina en general y desarrollados en distintos países, tales como: *i*) la verosimilitud del derecho, *ii*) el peligro en la demora, y finalmente *iii*) la prestación de la caución.

i) Verosimilitud del derecho

Según la RAE, verosímil es aquello que tiene apariencia de verdadero. El *Código General del Proceso* la maneja así: “el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho”¹⁰. Resulta claro que mientras no termine el proceso el juzgador sólo podrá tener en sus manos una apariencia aproximada, un conocimiento sumario respecto del conflicto, es decir, sólo podrá decidir con base en criterios de mera probabilidad.

ii) Peligro en la demora

El peligro es definido por la RAE como el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal, este presupuesto es la encarnación de la esencia de las medidas cautelares, se da cuando “es altamente probable que el mandato final del juez termine

⁵ CALAMANDREI, Piero. *Las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1984. p.140.

⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-431/95. De 28 de septiembre de 1995. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

⁷ GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. Madrid: Civitas, 1998. p. 147.

⁸ MONROY PALACIOS, Juan José. *La tutela Procesal de los derechos*. Lima: Editorial Palestra, 2004. pp. 261-262.

⁹ PEYRANO, Jorge. *Reformulación de la Teoría de las Medidas Cautelares: Tutela de Urgencia. Medidas Autosatisfactorias*. Buenos Aires: Astrea, 1997. p. 497.

¹⁰ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. De 12 de julio de 2012. Artículo 590.

siendo inoperante y el proceso haya sido en vano”¹¹. Para poder asegurar una situación en concreto debe alegarse la amenaza de un peligro sobre ésta.

iii) Prestación de la caución

La RAE define a la caución como una “garantía o protección prestada a alguien”, en su concepto se ahondará en párrafos adelante. Para efectos de su acepción como presupuesto el Código General del Proceso, lo regula en el numeral 2 del artículo 590. Ahora bien, en el marco del *Código General del Proceso* y la *novedad introducida*, es necesario realizar una descripción conceptual de las medidas cautelares innominadas.

1.3 Medidas Cautelares Innominadas

Como se deduce, son aquellas que no tienen un nombre especial designado, evaden la taxatividad propia de sistemas positivistas, “admiten la flexibilidad necesaria en su otorgamiento como para lograr su adaptación a las particulares situaciones de hecho”¹², una muestra de que el legislador colombiano ha dado una facultad al juez para que éste se acerque al ideal del procesal de la función social y de aplicar a la máxima constitucional que establece que en las actuaciones judiciales “prevalecerá el derecho sustancial”¹³.

Defendiendo a la primera posición, se encuentran autores como Jorge Peyrano, para quien existen figuras que “buscan como fin la eficacia en el proceso, para tal efecto propone las sentencias anticipatorias”¹⁴.

Por otro lado, defendiendo la segunda postura hay autores como Mandrioli, que se refiere a la “técnica de anticipación”¹⁵; también está Rengel Romberg, quien señala que las medidas innominadas pueden ser conservativas o anticipativas, siendo estas últimas las que “tiende[n] 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 objeto de la sentencia de mérito mediante una providencia anticipada”¹⁶; y apoyando esta posición también está Jairo Parra Quijano, quien indica que las medidas innominadas surgen para evitar los efectos perversos de hacer infructuosa la sentencia

¹¹ ALVARADO, Adolfo. *El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión*. En: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal (35: 10-12, julio: Medellín, Antioquia). Memorias. Bogotá D.C.: ICDP, 2013. p. 849.

¹² DÍAZ, Omar Luis. *Medidas cautelares sobre automotores*. Buenos Aires: Astrea, 2011. P. 175.

¹³ COLOMBIA. Asamblea nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. De 4 de julio de 1991. Artículo 228.

¹⁴ PEYRANO, Jorge. *Sentencia Anticipada*. Buenos Aires: Rubinzal-Culsoni Editores, 2000. p. 15.

¹⁵ MANDRÍOLI, Crisanto. "Per una Nozione Strutturale dei Provvedimenti Anticipatori o Interinali" *Riv. Dir. Proc.* Vol. 7. 1964. Roma. p. 558 - 559.

¹⁶ ROMBERG, Rengel. *Tratado de Derecho Procesal Venezolano*. Caracas: Atotitho, 2004. p. 45.

y de “producir un daño por su duración, de ahí porque se diga en la letra c) del artículo 590 del CGP o asegurar la efectividad de la pretensión”¹⁷.

1.4 Posturas respecto a la contracautela y la caución

Respecto del último de los presupuestos de las medidas cautelares, no existe unanimidad conceptual, toda vez que una parte de la doctrina clásica asevera que el concepto de caución es igual al de contracautela, y por otro lado existe una posición minoritaria contemporánea que señala que ambos conceptos son divergentes.

En primera medida, la posición de observar de manera igual la caución al concepto de contracautela ha sido la más acogida por distintos autores del derecho procesal y en ordenamientos jurídicos de Latinoamérica. En este sentido, se encuentra que Piero Calamandrei¹⁸ quien es uno de los primeros autores en hacer referencia a que “las cauciones son medidas cautelares que previenen los efectos dañinos de ciertos actos procesales, y que se llaman contracautelas ya que garantizan los efectos que puedan provenir de medidas cautelares”. En igual forma José Rubén Taramona¹⁹ cuando define la caución como “la garantía que deben aportar aquellos que solicitan alguna medida cautelar para asegurar la reparación de los eventuales daños y perjuicios que se pudieran generar por la traba de ellas, en el supuesto de haber sido decretadas indebidamente (...) la contracautela supone una garantía por la realización de un acto procesal injusto”.

Bajo estas hipótesis es que en sistemas normativos como el de Perú se establece, en el artículo 616 del código de procedimiento civil que “la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución” definición que se asemeja a la de la caución entendida esta como la garantía pecuniaria que presta quien solicita el decreto de una medida cautelar para el posible pago de perjuicios que se puedan ocasionar con el decreto de tal medida.

Ahora bien, respecto a la segunda posición minoritaria que establece que caución y contracautela no es lo mismo, cabe destacar lo dicho por el autor Juan José Monroy Palacios²⁰ quien señala: *“la caución conocida corrientemente como contracautela se trata de una garantía procesal que tutela los intereses del demandado afectado por la medida cautelar. Contracautela entonces por ser una garantía respecto de otra trabada en contra por ello también otros se refieren a la caución como la cautela del demandado. Términos todos correctos si nos mantenemos en un ámbito meramente coloquial, pues en estricto, se trata de una garantía que pese a tener un carácter*

¹⁷ PARRA QUIJANO, Jairo. *Medidas cautelares innominadas*. En: XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL (12: 10-12, julio: Medellín, Antioquia). Memorias. Bogotá D.C.: ICDP, 2013. p. 313.

¹⁸ CALAMANDREI, Piero. *Las providencias cautelares*. Bogotá D.C.: Leyer, 2009. p. 75.

¹⁹ TARAMONA, Rubén. *Procesos de ejecución y procesos cautelares*. Lima: Huallaga, 1996. p.123.

²⁰ MONROY, Juan. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra editores, 2004. p. 264.

procesal, es distinta a las cautelares: no se sujeta a sus características, tiene otra estructura y tiene otra finalidad (no asegura la eficacia del proceso, sino específicamente los perjuicios -pecuniarios- innecesarios que pudiera generarse de la verificación de una medida cautelar trabada injustamente)”.

De los anteriores presupuestos el semillero considera viable la siguiente teoría: I) la caución es una especie de contracautela, dado que aquella pretende garantizar los posibles perjuicios pecuniarios que se causen al demandado con el decreto de una medida cautelar a solicitud del demandante; II) La contracautela es el género, referida no solamente a la reparación de un perjuicio de carácter pecuniario, sino que también hace alusión a otro tipo de perjuicios como los no patrimoniales; III) la caución se predica del demandante, en la medida que es un presupuesto necesario para poder conceder la medida cautelar, mientras que por el contrario la contracautela, al ser la cautela de la cautela del demandante estaría en cabeza del demandado, para que en aquellos eventos en los que la medida cautelar decretada no genere perjuicios patrimoniales sino de otra índole, este pueda proteger sus intereses.

En efecto, para la comprensión de las propuestas que plantea el semillero en torno a esta ponencia se ha de entender que la caución es un garantía que puede ser pecuniaria, es decir económica, que presta el demandante por los posibles perjuicios que se puedan causar con el decreto de la medida cautelar que propone, mientras que la contracautela es una garantía que va más allá de lo pecuniario que es solicitada por el demandado para que éste proteja sus intereses de los perjuicios no patrimoniales en los que se pueda ver inmiscuido con la concesión de las medidas cautelares propuestas por el demandante y que difícilmente son reparados por la caución, la cual parte, si y solamente si, de pretensiones pecuniarias y por ende de perjuicios patrimoniales, desconociendo que en la actualidad se ha venido desarrollando en el sistema interamericano el concepto de reparación integral que surge precisamente por la necesidad de reparar perjuicios que no son de naturaleza patrimonial pero igualmente importantes para el mundo jurídico²¹.

²¹ Debe aclararse que en Colombia la caución está consagrada en el artículo 603 del Código General del Proceso, y que incluso allí se afirma que “Cualquier caución constituida podrá reemplazarse por dinero o por otra que ofrezca igual o mayor efectividad”, lo que evidencia que es posible hablar de una caución innominada. El problema que lleva entonces a hablar de la necesidad de una contracautela innominada, está en que las cauciones no podrán prestarse por el demandante con el fin de levantar las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante cuando en el proceso no hayan pretensiones de naturaleza económica o se anticipa materialmente el fallo, tal y como lo consagra el artículo 590, literal c, inciso 4. Así mismo, es necesario eliminar la idea de que las cauciones solamente pueden aparecer en un proceso cuando hay pretensiones económicas, pues tal y como quedó redactado el numeral 2 del artículo 590 del CGP, las cauciones son presupuestos del decreto de medidas cautelares única y exclusivamente cuando hay pretensiones económicas, lo cual elimina la posibilidad de que aparezcan contracautelas en procesos en los que no hayan pretensiones económicas o incluso en los que existiendo pretensiones pecuniarias no solo se causen perjuicio materiales sino también inmateriales. De este modo, parece que no existe una armonía en la forma como se limitan los derechos del demandado al limitarlo en la formulación de contracautelas que le permitan reparar los posibles perjuicios que sufra del decreto de la medida cautelar, mientras que al demandante sí se le otorgan plenas garantías para la satisfacción de su pretensión a través de las medidas cautelares nominadas e innominadas que pueden ser formuladas en cualquier tipo de proceso, obligando a los estudiosos del derecho procesal a formular soluciones que garanticen la igualdad procesal aun cuando esto implique replantear conceptos clásicos o reformar normas actualmente vigentes en el ordenamiento jurídico nacional.

1.5 Una Mirada a la Diferencia entre Daños y Perjuicios

Toda acción tiene una reacción, como en el universo todo tiene compensación para que exista un equilibrio. Este es el caso en derecho, de lo que se conoce como *cautela innominada* de la que se hace gala de su equilibrio al postular la *contracautela innominada*, siendo importante aclarar que no todo en la vida se repara con dinero, de ahí que se deba resaltar a la *contracautela innominada*²², para la reparación de un perjuicio moral y permitir así que la contraparte sienta el equilibrio procesal que logre restablecer el menoscabo de valores.

La vida conlleva relaciones humanas, lo cual implica que en ocasiones se vean vulnerados o afectados los derechos de una persona por causa de otra. Para el desarrollo de este tema es necesario partir de una distinción realizada anteriormente por la doctrina francesa entre daño y perjuicio, que según Juan Carlos Henao citando a Francis–Paul Bénéoit, la diferencia entre daño y perjuicio radica en “... *el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación... el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada.*”²³

Usualmente estas palabras son entendidas como sinónimos, pero que realmente conllevan a significados realmente distintos, y a la utilización de ellas en el caso concreto. Así el Consejo de Estado realiza unas precisiones de lo que compréndelas características del daño, de las cuales es solo necesario, enunciarlas, el “*daño tiene existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado.*”²⁴

1.5.1 Características de los perjuicios

Según Gustavo Quintero Navas el perjuicio debe ser *cierto* y *directo*. Cuando el autor se refiere a que el perjuicio pueda ser *cierto* lo subdivide en que es *futuro* cuando se está en presencia de una posible dilación del estado actual de las cosas, como consecuencia de los cambios y *no* puede ser *eventual* pues se está frente a la existencia

²² En el ordenamiento jurídico colombiano dicho perjuicio inmaterial del demandado podría garantizarse con la caución innominada si no existieran los limitantes del artículo 590 del CGP, numeral 1, literal c y numeral 2, que por un lado impide la posibilidad de levantar medidas cautelares a través de cauciones cuando las pretensiones nos son económicas o se va a anticipar materialmente el fallo, y por otro, que solo consagra parámetros de decreto de cauciones como presupuestos para el decreto de medidas cautelares cuando hay pretensiones económicas.

²³ BÉNOIT, Francis–Paul, Citado por HENAO, Juan. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2002. p.77

²⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección 3. Fallo 19836 de 2011. De 30 de junio de 2011. C. P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 19836

de una inexactitud de lo que pueda suceder ya que no existe certeza; el perjuicio es *directo* afirma el autor según la perspectiva desde la que lo observe el juez, pues las distintas teorías de la causalidad permiten considerar causa de un resultado la condición que bajo la visión del funcionario sea la correcta, así pues podría considerarse una condición como causante según la teoría de la causalidad adecuada, o de la causalidad relevante, sin embargo como lo afirma la teoría de la imputación objetiva, la mera relación de causalidad no implica que se le pueda imputar el resultado antijurídico a la condición que actuó directamente, de ahí que sea necesario evaluar la relación de la causalidad.

1.5.2 Clasificación

Nos encontramos diariamente frente a la búsqueda de ser cada día más y mejor, se escalan muchas veces posiciones sin importar si se pisan, dañan, o vulneran los derechos de otra persona. Los perjuicios se clasifican en *materiales* y *morales*:

i) Perjuicios Materiales

Al referirnos a los perjuicios materiales se suele entender por ellos el lucro cesante y el daño emergente, donde el lucro cesante es lo que se ha dejado de recibir por los daños que se hubiesen causado a determinado bien, lo que causa a la víctima una lesión de carácter monetario (de lucro), y el daño emergente va relacionado con la afectación de un bien patrimonial, lo que indica que es el valor del bien afectado.

ii) Perjuicios inmateriales

La existencia de los llamados perjuicios morales implican un desafío que se ha venido desarrollando con el pasar del tiempo, donde la reparación por estos daños se dirige al logro de *satisfacción o compensación*. Sin embargo se han realizado distintas críticas dirigidas a expresar la complejidad que representa hablar de perjuicios que no son reparables con la especie de contracautela conocida como caución (observada desde una perspectiva patrimonial), y que implican la utilización propia de una medida que se encuentre ajustada a su forma.

“La mayor polémica en torno al reconocimiento de los perjuicios inmateriales surge de la dificultad de aportar una prueba sobre la existencia y la medida de su cuantificación, ya que al tratarse de afecciones que consisten en sufrimientos y padecimientos propios del fuero interno del individuo, se torna complicada su demostración, sin embargo, puede decirse que dicha dificultad no lo hace imposible.”²⁵

El Consejo de Estado entiende como daño moral, la referencia al plano psíquico de la persona, que se evidencia en los dolores que son consecuencias del daño causado al

²⁵ ALVAREZ, Andrés Orión. "Estado actual de la jurisprudencia en relación con los perjuicios inmateriales". *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*. N°12. 2012. Medellín: Universidad de Antioquia. p. 45.

bien jurídico, pero desde distintos puntos de vista de la doctrina se ha considerado, que el daño moral implica un perjuicio moral de manera taxativa, pues cuando se considera como daño moral a un perjuicio inmaterial implica darle una protección diferente. Por ejemplo es común considerar que para resarcir el buen nombre de una persona se indemniza a la víctima, entonces se evidencia que esta indemnización no conduce al fin que se busca, pues no actúa directamente sobre el daño moral, se podría ubicar así al daño moral dentro de los perjuicios inmateriales, pues este daño va ligado con el sufrimiento y dolor interno.

*“Cuando se hace referencia al daño moral, se alude al generado en "el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien"... El daño moral producto de lesiones puede configurarse tanto en la persona que sufre la lesión, a la que se conoce como víctima directa, como también en sus parientes o personas cercanas, víctimas indirectas”.*²⁶

De igual forma *el daño a la vida de relación* según la misma corporación, implica como especie del daño inmaterial, que como se ha corregido no quiere decir que se limite al conocido perjuicio psicológico, si no que posee una mayor amparo y protección, sobre el daño a la vida de relación, se entiende *“como aquella “... disminución de las condiciones de existencia de la víctima...”, al no poder realizar otras actividades que hacen agradable o placentera la vida”.*²⁷

Cuando se presenta un daño, jurídicamente aparece un perjuicio de los cuales cobran mayor relevancia aquellos que representan un detrimento económico, pero cuando se analiza, el perjuicio inmaterial es silencioso, es el que queda quizás en segundo plano luego de un resarcimiento pecuniario, pero que en realidad es aquel que va en detrimento de los valores. Así pues compete realizar un breve estudio al llamado derecho de reparación, desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en busca de remediar los perjuicios que se hubieren causado.

Por otro lado se encuentra que existe lo que se conoce como *daño a la persona*, entendido como el que afecta a la persona en el ámbito “de unidad sicosomática o en su proyecto de vida”²⁸ según Fernando Sessarego, del que se desprende el *daño biológico* o el *daño a la salud*.

Desde otro punto de vista Henri Mazeaud, León Mazeaud y André Tunc consideran que es de suma importancia buscar la satisfacción del daño moral, y no solo de los

²⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección 3. Fallo 19836 de 2011. De 30 de junio de 2011. C. P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 19836

²⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección 3. Fallo 46482 de 2014. De 29 de enero de 2014. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 46482.

²⁸ PÉREZ, Camilo. *Valoración del daño inmaterial: Una perspectiva del especialista en valoración de daño en la salud mental*. Trabajo de grado Especialista en valoración. Medellín: Universidad CES. Facultad de Psicología, 2009. p. 11.

perjuicios materiales que son medibles en dinero, realizan una reflexión frente a la posición que enfrentan estos perjuicios frente a la responsabilidad, *“es inexacto pretender que la reparación del perjuicio moral se opone a los principios fundamentales que rigen la responsabilidad civil. En derecho, esa reparación se impone por lo tanto. Se impone también ante la equidad, y es una consideración que resultaría vano querer despreciar. Parecería chocante, en una civilización avanzada como la nuestra, que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y más nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación”*.²⁹

En este orden de ideas y partiendo de la aceptación progresiva que ha tenido la reparación de daños inmateriales en el sistema jurídico colombiano y mundial de manera pecuniaria o no³⁰, y si al mismo tiempo se acepta que el demandado sufre perjuicios como consecuencia del decreto de medidas cauteles en un proceso: ¿debería garantizarse la reparación de los perjuicios inmateriales, que sufre el demandado como consecuencia del decreto de una medida cautelar, a través de una contracautela innominada que pueda evitar un futuro proceso de responsabilidad civil materializando el principio de economía procesal? Este es otro de los interrogantes que da lugar a la propuesta del semillero que más adelante se puntualizará.

1.5.3 El derecho a la reparación integral como presupuesto para la contracautela innominada

Este derecho emana del perjuicio que se hubiere causado a una persona, el cual es entendido como el que toda persona tiene a recibir en el caso de haber sufrido un daño injusto, en otras palabras, comprende el conjunto de medidas que van direccionadas a lograr que desaparezcan los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en el ámbito tanto material como inmaterial, la reparación integral debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones y del perjuicio sufrido³¹. En este orden de ideas, la Corte IDH ha creado una verdadera doctrina en materia de reparaciones, las cuales van mucho más allá de la simple reiteración de las medidas indemnizatorias tradicionales, abarcando medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

El Relator Especial de las Naciones Unidas, Theo Van Boven, en el proyecto de principios y Directrices Básicos relativos a la reparación de violaciones flagrantes de los Derechos Humanos, estableció una clasificación que comprende los diversos aspectos que se pueden entender en una reparación, sin embargo esta clasificación

²⁹ MAZEAUD, Henri; TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1999. p. 441.

³⁰ Ver el posteroio desarrollo sobre reparación integral.

³¹ CORTE I.D.H. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C. 144, Párr. 1757; CORTE I.D.H. Caso de los “Niños de la calle” Vs. Guatemala. . Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C. 77, Párr.62; CORTE I.D.H. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. . Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C. 216, Párr.203.

también ha sido desarrollada en la jurisprudencia de la Corte IDH de la siguiente manera (I) la restitución, (II) la indemnización, (III) proyecto de vida, (IV) la satisfacción y las garantías de no repetición.³²

Para entender los aspectos que comprende la reparación de una violación en el caso de derechos humanos:

- i) **La restitutio in integrum:** Supone el restablecimiento de la situación anterior a la violación, en muchos casos de violaciones a derechos humanos, ésta no es posible, por lo que, teniendo en cuenta la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, *inter alia*, según la jurisprudencia internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria.³³
- ii) **La indemnización:** ésta se divide en:
 - a. **Daño material:** que comprende la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso conforme a lo anterior, la indemnización por daño material comprende el
 - b. **Lucro cesante:** pérdida de ingresos.
 - c. **El daño emergente (gastos):** Todos aquellos desembolsos presentes o futuros que tengan una relación de causalidad con la violación a los derechos humanos.
- iii) **Rehabilitación: (daño inmaterial)** Abarca tanto los sufrimientos y las aflicciones causadas a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria, así como las alteraciones de las condiciones de existencia de la víctima o su familia. La tristeza, el dolor, la aflicción y en general la supresión de las condiciones de la víctima para disfrutar la vida, son consecuencias de las violaciones a los derechos humanos y los crímenes contra la humanidad, a lo largo del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH se ha manejado un nuevo concepto de daño que emerge en daño inmaterial el cual es el daño al *proyecto de vida* este atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.³⁴

³² ONU. Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Documento E/CN.4/sub.2/1993/8 de fecha 2 de julio de 1993, numeral 137, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

³³ CORTE I.D.H. Caso de los hermanos Gomez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C. 110, párr.189; CORTE I.D.H. Caso Comerciantes Vs Colombia. Sentencia de 5 de julio DE 1995.

³⁴ CORTE I.D.H. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C. 8, párr. 36. CORTE I.D.H. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C. 42 párr. 147. CORTE I.D.H. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C. 101, párr. 268.

- iv*) **Satisfacción:** Las violaciones a los derechos humanos generan un daño que debe ser reparado más allá de lo pecuniario. No se trata de negar la importancia de las indemnizaciones, sino, de que la reparación sea integral. “Las medidas de satisfacción son aquellas medidas de carácter no pecuniario que está obligado a tomar el Estado infractor, encaminadas a reparar el daño inmaterial causado a las víctimas”. Este es quizás el núcleo de medidas de reparación que más se ha desarrollado en la jurisprudencia de la Corte IDH. Como se ha manifestado la reparación no solo consiste en cierto valor pecuniario y esto lo ha entendido este tribunal en el caso *Aloeboetoe Vs. Suriname*, donde de manera innominada se ordenó reabrir la escuela Sita en Gujaba, y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente, por otra parte en el caso *Suarez Rosero Vs. Ecuador* se determinó un variado número de medidas de toda índole. Así, podemos mencionar a modo de ejemplo la reincorporación de la víctima a su empleo del que fue arbitrariamente privado.³⁵
- v*) **Garantías de no repetición:** Todas aquellas medidas de índole político, legislativa, administrativa, encaminadas a establecer condiciones para que violaciones como las que se presentaron no se repitan. Es decir, a asegurar la vigencia de la norma internacional infringida, y a prevenir que en el futuro sucedan nuevas violaciones similares. Certificar que el Estado que ha cometido el hecho ilícito cumplirá en el futuro la obligación primaria que había infringido, estas medidas van desde las disculpas del Estado infractor, actos u obras de alcance o incidencia pública de recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la publicación de la sentencia de fondo, hasta la sanción de los responsables.

1.6 Respeto de la Imparcialidad

La imparcialidad es un criterio de justicia que sostiene que las decisiones deben tomarse atendiendo a criterios objetivos, sin influencias de sesgos, prejuicios o tratos diferenciados por razones inapropiadas. La imparcialidad judicial para la doctrina es uno de los principios fundantes dentro de la actividad judicial y lo que busca es que el juez, como director del proceso en el caso colombiano, actúe sin prejuicios en una balanza justa frente a las partes, además que dentro del mismo concepto se puede hablar de la “imparcialidad” que se refiere a que el juez no sea parte dentro del mismo.

Al respecto Alvarado velloso señala: “*De tanta importancia como el anterior es éste, que indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al*

³⁵ *Ibíd.*

mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia)”.³⁶

Otra visión, un tanto más general la podemos tomar de la definición del Diccionario de la Lengua Española; la Real Academia define a la imparcialidad como *la “falta de designio anticipado o prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar a favor con rectitud”*.

2. DERECHO COMPARADO

2.1 De la contracautela y la caución

En primer lugar observaremos cómo la legislación de algunos países maneja el tema de la caución y la contracautela, presupuesto necesario para el otorgamiento de la medida cautelar:

2.1.1 Argentina

Respecto de la “*Contra cautela*”, el Estado argentino dispone en su Código de Procedimiento Civil y Comercial, que esta es una caución que debe dar la parte que solicite la medida cautelar para garantizar todas las costas, daños y perjuicios que se pudiere ocasionar con su decreto³⁷ luego de que se disponga a levantarse la medida cautelar, y como nos dice el artículo 208, siempre que “(...) *se demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla (...)*” y la parte afectada lo hubiere solicitado³⁸.

³⁶ ALVARADO, Adolfo. *La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil*. Resumen de la conferencia a pronunciar en el Congreso Nacional de Derecho Procesal “Homenaje al Dr. Román J. Duque Corredor” en el Centro Insular de Estudios de Derecho, Porlamar, 18 de abril de 2008.

³⁷ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ley 25488 que entró en vigencia el 20 de mayo de 2002. (C.P.C. Y C.) “**Artículo 199: Contracautela.**- *La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 208. En los casos de los artículos 210, incisos 2 y 3, 212, incisos 2 y 3, la caución juratoria se entenderá prestada en el pedido de medida cautelar. El juez graduará la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso. Podrá ofrecerse la garantía de instituciones bancarias o de personas de acreditada responsabilidad económica*”.

³⁸ *Ibíd.* (C.P.C. Y C.) “**Artículo 208: Responsabilidad.**- *Salvo en el caso de los artículos 209, inciso 1, y 212, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución la condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte la hubiere solicitado. La determinación del monto se sustentará por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según que las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento a criterio del juez, cuya decisión sobre este punto será irrecurrible*”.

Luego ella al referirse a la graduación no menciona el grado de daños y perjuicios, sino el grado de verosimilitud de derecho³⁹ que será servirá para inferir la viabilidad del fallo y el juez guiarse para imponer la caución requisito para el decreto de medida cautelar.

Existe en este ordenamiento jurídico tres tipos de contra-cauteladas: “(...) *Juratoria, personal y real. La primera consiste en la manifestación formal de quien obtiene la medida de hacerse cargo de los eventuales perjuicios. La segunda, se da en el caso de que un tercero económicamente solvente asume la responsabilidad consecuyente afectando su patrimonio. La última importa afectar un bien o bienes determinados a las resultas de esa responsabilidad*”.⁴⁰

Es preciso mencionar que no siempre es necesaria la caución, pues según artículo 200 del mismo instrumento legislativo, se exonera de caución cuando quien actuare fuere: “(...) *la Nación, una provincia, una de sus reparticiones, una municipalidad o persona que justifique ser reconocidamente abonada, [o] 2. Actuare con beneficio de litigar sin gastos*”. Al respecto, la *Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial* de Argentina, en resolución interlocutoria de 29 de abril de 2014, recalcó que el segundo supuesto, es decir, *actuar con beneficio de litigar sin gastos* no depende de que sea expresado mediante algún otro auto o resolución judicial, sino más bien, ella depende del análisis que realice el juez, pues este cuenta con la discrecionalidad, de que a mayor verosimilitud del derecho que permita inferir la no denegación de las pretensiones, puede quedar exento al actor de prestar caución real o personal, y en su caso podría únicamente correr con una caución juratoria⁴¹.

Por otra parte, el demandado también cuenta con amplias garantías pues “*En cualquier estado del proceso, la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar, podrá pedir que se mejore la caución, probando sumariamente que es insuficiente*”, caso en el cual el juez deberá comunicarle tal decisión a la parte⁴².

También puede proponer la sustitución o modificación de una medida cautelar por otra que pueda llegar a resultar menos lesiva, o por otros bienes del mismo valor o la reducción del monto siempre que concuerde con lo que se pretenda proteger, luego, para garantizar el derecho a la igualdad en el proceso y la actuación en tiempo

³⁹ TORRES MENDOZA, Arántazu. *Ámbito de aplicación y delimitación de las medidas cautelares de carácter civil frente a los principios del debido proceso y del derecho a la defensa*. Guayaquil – Ecuador: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, año 2011. Pp. 64-66. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/123456789/502/1/T-UCSG-POS-MDP-14.pdf>

⁴⁰ MARQUES BATTAGLIA, Natalia F.; SAC, Matías J.; *Las Medidas cautelares contra la administración pública*. P. 49. [En línea] fecha de consulta: 23 de abril de 2014 http://www.gordillo.com/pdf_unamirada/02sac.pdf

⁴¹ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial. "CHAVES EZEQUIEL ADALBERTO C/ MAPFRE ARGENTINA SEGUROS S.A. S/ COBRO SUMARIO DE PESOS". Sala I, resolución interlocutoria de 29 de abril de 2014. Nro. de expediente 501782 de 2014.

⁴² C.P.C. y C. argentino, ob. cit. Artículo 201.

razonable, el juez da traslado a la parte por un plazo de cinco días o menos según el caso⁴³.

2.1.2 Perú

En este país se ha optado por establecer la naturaleza jurídica de la contra-cautela como un requisito para decretarse la medida cautelar, pues está destinada a garantizar el resarcimiento de los posibles daños derivados de la ejecución de una medida cautelar ante la eventualidad de que la pretensión principal sea declarada infundada.

Para algunos sectores de la doctrina, la contra-cautela será entonces una garantía de garantías y cautela de decisiones cautelares⁴⁴, ello basado en clásicos como Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei, Ramiro Podetti, Colombo, De Lazzari, entre otros.

Por el contrario, doctrina más reciente demuestra la tendencia a apartarse de tal postura, y consideran que *“la caución es un verdadero presupuesto de la medida cautelar, que resguarda al afectado de los daños que pudiera generarle la ejecución de la cautela concedida al solicitante”*⁴⁵ Nos establece que la contracautela tiene por objeto proteger al afectado con la medida cautelar, de los eventuales daños y perjuicios que se le llegasen a causar con su ejecución.

Lo novedoso de este ordenamiento es que no limita el tipo de contra cautela que deba exigirse para cada proceso, ya que en el artículo 613 dispone que *“la admisión de la contra cautela, en cuanto a su naturaleza y monto, será decidida por el juez, quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que considere pertinente (...)”*⁴⁶

⁴³ *Ibíd.* “**Artículo 203: MODIFICACION.**- El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada. El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere. La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de CINCO (5) días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias”.

⁴⁴ MIRAVAL JUVENAL, Gallardo. *Cautela y Contra cautela en el Proceso Civil*. Lima-Perú: Universidad del Perú, 2000. [En línea] http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/gallardo_m_j/t_completo.pdf fecha de consulta: 27 de abril de 2014

⁴⁵ YAYA ZUMAETA, Ulises A. *La Contra cautela, requisito de ejecución de las medidas cautelares*. Centro de Investigaciones del Poder Judicial. Lima-Perú. [En línea] <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b73c430046d48658a6c2a744013c2be7/85contracautela.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b73c430046d48658a6c2a744013c2be7> fecha de consulta 27 de abril de 2014

⁴⁶ Código Procesal Civil de Perú, Resolución Ministerial No. 10-93-JUS, promulgado el 8 de enero de 1993. “**Artículo 613.-** *Contra cautela y discrecionalidad del Juez.- La contra cautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución. La admisión de la contra cautela, en cuanto a su naturaleza y monto, será decidida por el Juez, quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que considere pertinente. - La contra cautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el Secretario respectivo. - Cuando se admite la contra cautela sometida a plazo, ésta quedará sin efecto al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la*

Contempla dentro de este mismo artículo la posibilidad de prestar caución juratoria, pero esta como un tipo de contra cautela personal. Para aquellos casos en donde no es necesaria la contra-cautela, agrega a aquellos que acceden a la justicia mediante auxilio judicial⁴⁷

Predica igualmente la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda solicitar la modificación de la medida cautelar en cualquier etapa del proceso, y ante ello tampoco impone límites, más considera la necesidad de celebrarse audiencia previa⁴⁸.

2.1.3 Venezuela

La Contra cautela, es la caución, la seguridad, la garantía que a su turno debe ofrecer y prestar quien solicita la medida cautelar a los efectos de asegurar al contrario el resarcimiento de los daños y perjuicios que le pudiera ocasionar la medida cautelar si la sentencia definitiva desestima la demanda. Se guían por la doctrina de Calamandrei, al considerar que la contra cautela “es una cautela de la cautela”.

La Contra cautela no responde por el resultado del juicio, sino por los perjuicios que la medida cautelar haya podido causar. Es una aplicación del principio de igualdad ya que si bien se le permite al beneficiario de la medida asegurar su derecho aun no reconocido por el Juez, por otro lado se obliga a que le garantice a la parte contraria el resarcimiento por los daños y perjuicios que se le pudieran ocasionar en caso de que el derecho no exista; ello enmarcándonos en un proceso declarativo.

Al respecto se ha pronunciado la rama judicial de dicho país, aduciendo lo que aquí se expone⁴⁹.

La contra cautela se presenta como condición de procedibilidad en la vía de caucionamiento, que surte efectos solo hasta después de un eventual juicio de responsabilidad civil, es decir, que deberá necesariamente accederse al pago del mismo solo hasta cuando finalice el caso sobre el que cursa la medida cautelar⁵⁰.

prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro de tercer día de vencido el plazo”.

⁴⁷ C.P.C. peruano, ob. Cit. “**Artículo 614.- Excepcionados de contra cautela.-** Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades están excepcionados de prestar contra cautela. También lo está la parte a quien se le ha concedido Auxilio Judicial”.

⁴⁸ *Ibíd. Artículo 617.- Variación.- A pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse ésta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial. - La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previa citación a la otra parte. -Para resolver estas solicitudes, el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo.*

⁴⁹ Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la circunscripción judicial del Estado Guárico. República Bolivariana de Venezuela. Expediente No. 18.410 Valle de la Pascua, 17 de Marzo de año 2.010.

⁵⁰ GIBBS, Darrin. *La Tutela Cautelar en el proceso contencioso administrativo venezolano*. Caracas - Venezuela: Universidad Católica “Andrés Bello”, 2009. P. 327. [En línea] fecha consulta: 10 de mayo de 2014, <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR6628.pdf>

Para la jurisprudencia la caución es lo mismo que la contra cautela, pero se encuentra importante el hecho de que se permitan contracautelas innominadas como por ejemplo en la decisión 00429 del 11 de mayo de 2004, en la que se dispuso:

“(…) el apoderado de la contribuyente consignó (...) solicitud de medida cautelar innominada contra el acto recurrido (...) siendo decidida la solicitud de medida cautelar mediante sentencia interlocutoria de fecha 13 de agosto de 2001, en la cual expresamente se acordó otorgar la referida protección cautelar, autorizándose así la introducción bajo régimen de admisión temporal de la mercancía controvertida hasta que se dictara el pronunciamiento definitivo en el señalado juicio. Como contra cautela, se exigió a la sociedad mercantil contribuyente presentar caución auténtica de reexpedir los referidos camiones en el caso de producirse sentencia desfavorable y, asimismo, fue establecida prohibición de enajenar la citada mercancía aun cuando recayera sentencia favorable en el juicio (...)”⁵¹.

La ley no es lo suficientemente clara, al respecto, limita el tipo de cauciones⁵², pero como se presentó en apartes anteriores, es más discusión de la jurisprudencia y la doctrina.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una vez hecha la aclaración de conceptos y un análisis de derecho comparado, el semillero observa, que bajo un estudio acucioso de las medidas cautelares innominadas consagradas en el literal C del artículo 590 del CGP se omitió algunos presupuestos esenciales para garantizar la igualdad procesal, esta concepción con respecto al demandado, dado que taxativamente se establece que este no podrá presentar ningún tipo de caución para modificar, levantar o impedir la práctica de las medidas, en las situaciones que se anticipe materialmente el fallo, o que las medidas cautelares que se proponen no persigan fines pecuniarios, lo cual va en desmedro de los intereses de este y podría causarle perjuicios de carácter inmaterial. En tal sentido se plantea el siguiente interrogante: **¿Cómo garantizar la igualdad procesal con la aparición de las medidas cautelares innominadas en el ordenamiento jurídico colombiano?**

⁵¹ Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela M.P. Levis Ignacio Zerpa. Expediente No. 2002-1045 <http://www.tsj.gov.ve/>

⁵² Código de Procedimiento Civil de Venezuela. “**Artículo 590:** Podrá también el Juez decretar el embargo de bienes muebles o la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, sin estar llenos los extremos de ley, cuando se ofrezca y constituya caución o garantías suficientes para responder a la parte contra quien se dirija la medida, de los daños y perjuicios que esta pudiera ocasionarle. Para los fines de esta disposición sólo se admitirán: - 1º Fianza principal y solidaria de empresas de seguro, instituciones bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia. - 2º Hipoteca de primer grado sobre bienes cuyo justiprecio conste en los autos.- 3º Prenda sobre bienes o valores. - 4º La consignación de una suma de dinero hasta por la cantidad que señale el Juez. - En el primer caso de este Artículo, cuando se trate de establecimientos mercantiles, el Juez requerirá la consignación en autos del último balance certificado por contador público, de la última declaración presentada al Impuesto sobre la Renta, y del correspondiente Certificado de Solvencia”.

4. SITUACIONES FÁCTICAS

4.1 CAUTELAS

El artículo 590⁵³ del Código General del Proceso, en su numeral 1, inciso 4; permite percibir las siguientes situaciones fácticas, que dejan vislumbrar la desigualdad procesal:

- 1) Taxativamente enuncia que, el demandado podrá presentar caución cuando pretenda *modificar, levantar o impedir* aquellas medidas cautelares innominadas solicitadas por el demandante, siempre y cuando las mismas versen sobre pretensiones de carácter pecuniario; dicha caución se prestará para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable y los posibles perjuicios por imposibilidad de cumplirla.
- 2) La caución mencionada anteriormente, según el legislador, no podrá presentarse cuando se anticipe materialmente el fallo.
- 3) De igual forma señala el artículo que en el evento en que una medida cautelar no esté relacionada con pretensiones económicas, se prohíbe al sujeto pasivo prestar caución para *modificar, levantar o impedir* que se practique la medida cautelar innominada propuesta por el demandante.

4.2 CONTRACAUTELAS

Por otro lado el artículo 590⁵⁴ del Código General del Proceso, numeral 2, establece lo siguiente para el *decreto* de la medida cautelar:

- 1) Sin importar la naturaleza de la medida cautelar que solicite el demandante, este debe proporcionar una caución equivalente al 20% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda para dar garantía a los posibles perjuicios a los que se vería sometido el demandado derivado por práctica. Lo cual significa, que la caución es un presupuesto necesario para el decreto de una medida cautelar donde exista relación con pretensiones de carácter económico, vislumbrando así, que se está frente a una situación donde el sujeto pasivo quedaría sin medios para reparar el eventual perjuicio que se le pudiera causar con el decreto de una medida cautelar.

Frente a lo anterior, el semillero considera que el legislador ha dejado un vacío en aquellas pretensiones que no tienen un valor pecuniario, pues ha olvidado que no todos los posibles perjuicios generados por el decreto de la medida cautelar pueden

⁵³ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1564 de 2012, 12 de Julio: “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Art 590.

⁵⁴ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1564 de 2012, 12 de Julio: “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Art 590.

tener una estimación pecuniaria, si no por el contrario al gozar de una calidad no patrimonial se torna imposible una estimación netamente económica y su resarcimiento con dinero; así, abanderando nuevamente el principio de igualdad procesal surge la necesidad de que se contemplen otros tipos de reparación, lo cual se puede resolver permitiéndole al sujeto pasivo proponer una *contracautela de carácter innominado* que a su criterio satisfaga plenamente el perjuicio no patrimonial, del que eventualmente podría él llegar a ser víctima.

5. PROPUESTAS A LA PROBLEMÁTICA ENUNCIADA

Primero, es necesario que se consagren en los ordenamientos jurídicos contemporáneos la contracautela innominada con el fin de igualar a las partes en los procesos declarativos, dado que las reglas de la experiencia han enseñado que no siempre quien pretende tiene la razón del conflicto, siendo ilógico entonces que el sujeto activo no siempre con la razón en el proceso tenga medidas cautelares innominadas mientras el sujeto pasivo debe conformarse con la caución.

Segundo, frente al interrogante inmediato de cuáles serían los presupuestos para que un juez decretara una contracautela innominada el semillero, considera que es necesario aplicar analogía con relación a la regulación existente a la medida cautelar innominada, bajo el entendido de que será necesario que el juez valore elementos como la legitimación o interés para solicitar la contracautela innominada, la amenaza a generar eventuales daños inmateriales difícilmente reparables a través de una caución así como la apariencia de buen derecho, la necesidad, efectividad, y proporcionalidad de la contracautela, propuesta que no es irracional dado que la interpretación de las normas procesales debe darse bajo la concepción de la efectividad de los derechos reconocidos en la norma sustancial y haciendo uso de los principios constitucionales y generales del derecho procesales tendientes a garantizar el debido proceso tal como lo estipula el mismo CGP en su artículo 11.

Tercero, el semillero considera que una contracautela innominada en un mismo proceso no excluye la posibilidad de que aparezcan también cauciones, como por ejemplo en un proceso declarativo de competencia desleal, en donde pueden existir pretensiones económicas dando lugar a cauciones pero en donde al mismo tiempo el sujeto pasivo, acusado de ejercer actos de competencia desleal puede tener perjuicios que difícilmente son reparados por una caución como puede suceder en los derivados del buen nombre en determinadas actividades comerciales, en donde el buen nombre sea indispensable para la actividad comercial.

Cuarto, en el evento en el que se anticipe materialmente el fallo, se propone, en aras de proteger la *igualdad procesal* del sujeto pasivo, que se lleve a cabo una audiencia de carácter urgente y expedita valiéndose de todos los medios tecnológicos con los que cuenta nuestra sociedad actual.

En dicha audiencia, se propone igualmente, que el demandado pueda proponer la sustitución de la anticipación material del fallo por una contracautela innominada, la cual resulte menos lesiva para éste y a la vez satisfaga efectivamente las pretensiones del sujeto activo. Dicha audiencia ha de celebrarse en el marco de lo urgente, con el propósito de garantizar la igualdad, la imparcialidad y en últimas, el debido proceso constitucional. Esta audiencia no es una novedad, pues como se observó en la descripción del derecho comparado, hay otros países que la están implementando.

5.1 Situaciones ejemplificativas de la propuesta

- Juan Carlos Jaramillo, un joven empresario en los negocios del sector informático, invierte 10 años de su vida en el diseño y creación de un sofisticado software. Con éste busca, además del lucro económico que genera sacarlo al mercado, un reconocimiento en su vida profesional que lo posicione como uno de los mejores profesionales en el área y que le brinde un lugar de prestigio en su vida laboral. Sin embargo, unos días antes de la publicación de software es notificado de una demanda donde se alegan los derechos de autor sobre el mismo, interpuesta por la prestigiosa y reconocida empresa “Informática S.A.”, donde además se le comunica que el software ha sido objeto de medidas cautelares, y por tal motivo se prohíbe su publicación hasta que no sea definido el conflicto.

Así las cosas, cabe preguntarse, ¿La caución de carácter patrimonial bastaría para resarcir todos los posibles perjuicios ocasionados por el decreto de la medida cautelar innominada, si en el margen de este proceso declarativo se establece que efectivamente Juan Carlos Jaramillo era el creador de dicho software?, ¿El monto dinerario, restablecería los perjuicios ocasionados a él buen nombre de este empresario? buen nombre que además es necesario para el éxito empresarial en el sector informático. Pues bien, el semillero considera que las respuestas a esos dos interrogantes son negativas. En primer lugar, no debe olvidarse que los objetivos de Juan Carlos Jaramillo no eran netamente económicos, sino que además pretendía un reconocimiento a su vida y trabajo profesional, el cual claramente se ve resquebrajado; pues aunque se determine a lo largo del proceso que dicho software era de su autoría, posiblemente cuando se levanten las medidas cautelares y se permita la publicación, el software estará desactualizado y no saciara los objetivos perseguidos de la misma manera que cuando estaba programada la publicación inicial. Por otro lado, el haber estado sujeto a un proceso donde se discutía si los derechos de autor eran suyos o habían sido usurpados por él, pueden causar grietas en la confianza de sus clientes y colegas en el mundo en que se desenvuelve, lo cual no puede suplirse con un monto de dinero, dando lugar a la búsqueda de nuevas formas de reparación.

De esta manera, es plausible contemplar la posibilidad de lo que hemos denominado “contracautelas innominadas” pues Juan Carlos Jaramillo podría solicitar al juez que más allá del dinero (sin excluirlo), en caso de que se determine que es él quien

efectivamente goza de los derechos de autor sobre el software, “Informática S.A” deba reconocer su error ofreciendo excusas públicas para enmendar las afecciones al buen nombre del demandado, y además, publicitar su nombre en algunos de sus productos más representativos pues de esta manera en algo se restituye su intención de posicionarse en el mercado con un buen reconocimiento a su vida y trabajo profesional. Solo así podríamos hablar de un verdadero resarcimiento a los posibles perjuicios ocasionados con el decreto de una medida cautelar innominada.

Además de lo anterior, la figura de las contracautelas innominadas, podría aparecer aun en el decreto de una medida cautelar nominada, por ejemplo, en un embargo, así:

- A Margarita Caicedo Ramos le es embargada su casa dentro del marco de un proceso declarativo de responsabilidad extracontractual, y al término del proceso se determina que ella, siendo la parte demandada no tenía la responsabilidad alegada; acto seguido es levantada la medida cautelar que recaía sobre su inmueble y la caución se resuelve a su favor. Pero con el paso de los años Margarita requiere de un crédito de \$100'000.000 y acude al banco “Banco único S.A.”.

Ante la solicitud de crédito de Margarita, “Banco único S.A” realiza el respectivo estudio sobre ella y se percata de que uno de sus inmuebles fue objeto de un embargo y por esta razón niega el crédito solicitado por ella, pues asume que Margarita tiene antecedentes negativos en su historial crediticia. Pese a que el proceso se resolvió a su favor, vemos que la caución de carácter pecuniario no cubre todos los posibles perjuicios a los que se ve sometida la parte demandada foco del decreto de medidas cautelares, resultando útil pensar en otro tipo de contracautela que garantice en mayor grado que las cosas vuelvan al estado anterior al decreto de la medida cautelar.

Para el presente caso, Margarita podría solicitar al Juez en el marco del proceso una contracautela innominada, como lo sería por ejemplo que en caso de resultar ella como la parte victoriosa dentro del litigio, además del levantamiento de la medida cautelar se haga una anotación en el folio de matrícula inmobiliaria ordenada por el juez aclarando que pese a haber sido el inmueble objeto de un embargo dentro del proceso no fue por su incumplimiento que quedó demostrado en el proceso; y de esta manera se protege a la parte demandada de perjuicios que está obligada a sufrir.

Las anteriores ejemplificaciones de la propuesta se basan atendiendo a un concepto de necesario cumplimiento en Latinoamérica a la luz de lo señalado por la corte interamericana de derechos humanos, el cual es la reparación integral, dicha corte como ya se ha hecho referencia anteriormente señala la necesidad de proveer que los ciudadanos sean resarcidos en los diferentes situaciones que le señalen daños y perjuicios, la contracautela innominada propuesta por el presente semillero responde a ese planteamiento, sin embargo para mayor ilustración, a continuación se presenta

otras ejemplificaciones distintas a las anteriores en relación con lo señalado por la CIDH:

- I. En un caso de familia, un extranjero viene a adoptar un niño ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF); una vez realizado todo el proceso de adopción del menor, el cual contaba con siete años de edad, y un mes antes de salir del país con su nuevo hijo, llegan rumores al ICBF respecto de que el señor era homosexual. Una vez enterado un funcionario público inicia el proceso de anulación de la adopción, y como medida cautelar innominada solicita que el menor regrese al sitio donde se encontraba antes de iniciar el proceso de adopción, de manera inmediata, para evitar que salga del país y sea más difícil volver a encontrarlo o se llegue a entorpecer el proceso. Ante ello, el juez de familia concede la medida cautelar que en este caso sería innominada y de tipo anticipatoria por tratar de prevenir un daño irreparable o de difícil reparaciónⁱ y para garantizar la eficacia real del posible fallo favorableⁱⁱ, ante lo cual debe aclararse que son meros rumores y se está en un proceso en donde deben allegarse pruebas de lo aseverado.⁵⁵

Dado lo anterior, es sabido que cuando se pretende solicitar una medida cautelar en procesos donde se pretenda anticipar materialmente el fallo, según el artículo 590 numeral 2⁵⁶, no será necesario para el demandante constituir una caución, en este caso contracautela, para garantizar posibles perjuicios al demandado con su decreto, ni tampoco para modificar, levantar o sustituir la medida cautelar por parte del demandado cuando se pretenda anticipar materialmente el fallo o las medidas cautelares se soliciten en un proceso donde las pretensiones no sean de carácter pecuniario. Pero, el legislador deja un poco de lado, que no solo existen perjuicios patrimoniales, también existen otros daños que se concretan en perjuicios inmateriales y entre ellos los morales, psicológicos, daños al proyecto de vida, a la vida en relación. Ante estos, la Corte IDH, consideró muy sabiamente conceptos como la reparación integral, la cual se trató en acápites anteriores⁵⁷.

Los planteamientos que se hacen en el presente caso, es que en un primer lugar ya había transcurrido un largo tiempo, que fue suficiente para crear un vínculo estrecho de vida entre el padre adoptante y el hijo adoptivo, por lo que se alega que en el caso de no comprobarse la homosexualidad, el padre adoptante está en la posibilidad de solicitar como contra cautela innominada que el ICBF ofrezca unas disculpas públicas antes esos mismos medios de comunicación por los cuales se le tacho de homosexual y por lo cual se le causan daños inmateriales, entre ellos morales y psicológicos, no solo

⁵⁵ Este ejemplo es de gran utilidad en donde se impide a los miembros de la comunidad LGTBI acceder a la adopción.

⁵⁶ Código General del Proceso Colombiano, Ley 1564 de 2012, artículo 590. 2: “(...) No será necesario prestar caución para la ractica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia.”

a él sino también y de una mayor magnitud al menor; incluso podría solicitarse que la sentencia sea publicada en un diario de amplia circulación nacional como medio de reparación moral.

En un segundo momento podría solicitar el padre en discusión, presuponiendo que estamos frente a una medida cautelar innominada y anticipatoria, que se le permita visitar al menor periódicamente en el tiempo en que este se encuentre bajo la potestad del Estado, para evitar mayores afectaciones morales y psicológicas tanto a él como al menor. Ello garantizaría la posibilidad de garantizarle la igualdad procesal al padre en discusión.

Para tales medidas solicitadas como contracautela, queremos traer a colación los parámetros manejados en diversos casos por la Corte IDH, entre estos:

“Este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho”⁵⁸.

- En el caso de *“Fornerón e hija vs. Argentina”*, se ve un claro ejemplo en donde se ordenó al Estado adoptar todas las medidas tendientes a establecer el vínculo de vida familiar entre el señor Fornerón y su hija, y para satisfacer el interés superior del niño, debería adoptarse de manera urgente un régimen de visitas para ello⁵⁹, e incluso restituir a la niña a su familia de origen⁶⁰, que para el caso que proponemos como ejemplo sería conveniente devolver al menor a la familia que ya lo había adoptado.
- Trasladémonos al marco de un proceso declarativo de carácter laboral, en el que una persona que se encuentra trabajando en una empresa muy reconocida, a la cual ingresó con las aspiraciones de trabajar un tiempo allí para darle mayor fortaleza a su hoja de vida, se encontraba vinculado con la empresa mediante contrato de trabajo a término fijo, con una duración igual a dos años.

Pasados 20 meses, es despedido por su empleador, sin demostrarle las pruebas fehacientes en las que se basa para decir que adquirió dicho trabajo mediante la presentación de documentos falsos, ni escuchar por ende previamente los descargos

⁵⁸ Corte IDH: *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 146; *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 110; *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 27 de febrero de 2012, párr. 278.

⁵⁹ Corte IDH: *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, ibídem, párr. 150; entre otras medidas, se le ordenó al Estado tener en cuenta la opinión de la menor a fin de adoptar las formas más adecuadas para lograr ese efectivo establecimiento de vida familiar, de acuerdo con la edad de la menor y su madurez mental.

⁶⁰ Ibídem párr. 153. Medidas de restitución, que según esa misma corporación debería adoptarse gradualmente y no de una manera apresurada, ya que para el momento de obtener el señor Fornerón el reconocimiento de sus derechos, la menor había pasado más de doce años conviviendo con otra familia.

por el trabajador en cuestión, al menos así lo alegó al momento de interponer este último demanda.

Al respecto, cabe decir que como no es un trabajador al cual deba dársele un trato especial, como sería si fuese aforado, entonces debe acudir a un proceso que demore más tiempo, ello sería mínimo de 3 años, según el código de procedimiento laboral.

Teniendo en cuenta que el trabajador es quien interpone la demanda, solicita como medida cautelar innominada, que se le permita seguir laborando en la empresa hasta tanto se compruebe que los documentos realmente eran falsos y haya lugar a un despido con justa causa, pues ello en consideración al tiempo transcurrido en la empresa, y la estabilidad que ya había ganado con la misma, luego, ante la demora podría dañarse su proyecto de vida, el cual sería de difícil reparación. Medida que fue concedida por el juez laboral respectivo. Como consecuencia de la medida cautelar tomada por el juzgado, el demandante no solicita ningún tipo de indemnización, pero sí que se le permita cumplir a cabalidad el contrato inicial para impedir daños y perjuicios en su vida profesional y laboral, y segundo que no se le hagan tales anotaciones en su hoja de vida.

Ante ello, el empleador aduce en la contestación de la demanda que él si escuchó los descargos previos del empleador, y que le hizo traslado de las razones por las cuales se basaba para despedirlo bajo una justa causa⁶¹. Nuevamente se reitera que estamos ante un proceso declarativo, por tanto no se ha demostrado quien tiene la razón; posiblemente sea el trabajador como también lo sea el empleador.

Sería ilógico, que se le permita al trabajador solicitar una medida cautelar innominada, pero no permitírsele al empleador poder solicitar como contra cautela innominada que en caso tal de que el trabajador cause daños o perjuicios en la empresa, como correr a los consumidores permanentes de los productos que comercializa la empresa, o dañar la imagen de esta, cosas que no necesariamente son reparables con indemnización como sucedería cuando se causa perjuicio en el buen nombre.

Al respecto, este semillero considera que pudiera permitírsele al demandado, solicitar como contracautela innominada, que en caso tal de salir favorecido, y dado a los daños o perjuicios que puedan ocasionársele con el decreto de tal medida cautelar, a parte de las posibles indemnizaciones a las cuales daría lugar el contrato que adolece de causa ilícita, se adopte por parte del demandado, que ante la posible afectación al buen nombre que el trabajador cauce, se comprometa a que de salir favorable al aquí demandado la eventual sentencia, y por ende el levantamiento de la medida cautelar solicitada en principio, este se comprometa a ofrecer disculpas públicas dirigidas a la clientela que ha sido objeto de engaño y resaltar que la empresa con la cual han venido

⁶¹ Código Sustantivo del Trabajo Colombiano, artículo 62 literal A numeral 1: “El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener provecho indebido”

celebrando negocios jurídicos por muchos años, es una muy seria y responsable. Luego lo que ocurrió con su caso no fue culpa de esta, al no poder enterarse antes dado el gran encubrimiento de la verdadera información de quien fungía como trabajador.

Como lo ha expresado la Corte IDH, las medidas de satisfacción, restitución y garantías de no repetición, son formas de reparar el daño inmaterial que no tenga alcance pecuniario⁶². Es sabido que el derecho laboral pretende proteger por lo general al extremo débil de la relación, es decir al trabajador que se subordina al poder económico de su patrón, pero nuevamente se deja de lado, que las empresas viven de su buen nombre que depende en gran medida de la calidad de servicios que ofrecen a sus consumidores. En este caso, a este extremo el cual se considera fuerte, también se le causan daños que posiblemente no sean reparables pecuniariamente.

- El caso “*La última tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos*) vs. *Chile*, NO hablan sobre las distintas formas de reparación integral. Solo dice que la sentencia constituye per se una forma de reparación.
- En el caso “*Suárez Rosero vs. Ecuador*”, como medidas de satisfacción ordenan la publicación de la sentencia en un diario oficial y que el Estado le brindara disculpas públicas por los daños causados.
- En el Caso “*Reverón Trujillo vs. Venezuela*”, no fue probado el daño moral ni psicológico, por lo cual, la Corte IDH solo dispuso la publicación de los párrafos más importantes de la sentencia y como consecuencia eliminar de su historial u hoja de vida los despidos injustificados que se le realizaron cuando ejercía como Juez de Venezuela.
- En el Caso “*Chocrón Chocrón vs. Venezuela*”, se solicitó como medidas de reparación que se restituyera al cargo anterior y la publicación en un diario oficial o de amplia circulación nacional de los párrafos más importantes de la sentencia, también como el hecho de que contra las víctimas, testigos o peritos no se tomen futuras retaliaciones, aunque la Corte responde a ello, que no es obligatorio declararlo como una forma de reparación, sino que es una Obligación internacional del Estado.
- El 14 de octubre del 2011 se inicia un proceso de pertenencia sobre un conjunto de tierras en las que existen minas de oro promovido por la Industria minería Diamante en contra de la familia piraquibe, miembro de una comunidad indígena. En el transcurso de dicho proceso, no hay claridad a quien le pueda llegar a pertenecer el derecho de dominio de dicha propiedad en disputa, pues las familia indígenas demandadas , alegan

⁶² Corte IDH: *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costa*. Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 148

que el territorio les fue arrebatado por grupos subversivos al punto de causarles un desplazamiento forzado y que al mismo tiempo dicha propiedad no es de ellos sino de la comunidad indígena a la cual pertenecen, mientras que la industria minera "Diamante", la parte demandante allegó varios escritos argumentando: a) que habían cumplido con todos los trámites y requisitos necesarios para obtener el permiso para la explotación minera de dicho territorio b) que contaban con los permisos ambientales exigidos por la legislación nacional para llevar a cabo la explotación de oro; c) que habían actuado de buena fe en todo momento pues fue el mismo Estado el que otorgó tal concesión, por ultimo solicitaron como medida cautelar innominada que mientras no se definiera la pertenencia de tal territorio, estas familias deberán ser desalojadas de tal predio.

En virtud del anterior marco factico traído a colación, el semillero se plantea, si en el lapso del proceso con aras de alcanzar la igualdad procesal, sería procedente conceder una contra cautela innominada que garantice los posibles perjuicios no económicos que puedan ser causados a esta comunidad, a causa del decreto de dicha medida cautelar la cual busca privar a estas personas de su vinculación estrecha con sus tierras ancestrales, así como con los recursos naturales que les permite sobrevivir como comunidad y conservar su identidad cultural, estructura social, sus costumbres, creencias y tradiciones. Es de notoria evidencia que al arrebatarnos nuevamente su territorio se estaría agravando el daño espiritual que esta comunidad indígena ya ha padecido a causa del conflicto armado interno que llevo a despojarlos de sus tierras ancestrales las cuales llegan a considerarla como sagradas

Para resolver el anterior planteamiento nos disponemos acudir nuevamente al Sistema IDH, especialmente a su principal órgano la Corte IDH la cual ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintos casos. Sobre los tipos de daños que pueden padecer una comunidad indígena, tribal o campesina al momento de interrumpir su conexión con su territorio ancestral y las diferentes medidas que ha tomado este tribunal para hacer resarcir los perjuicios causados, con el fin de considerar la más indicada para constituir una contra cautela que garantice los daños no avaluados pecuniariamente, y reconozca el derecho histórico que con llevan estas comunidades sobre sus tierras

En ocasión a dicho fin resulta pertinente citar el caso de "*La Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs .El estado de Nicaragua*". Es precisamente en este caso en donde la corte tuvo su primera oportunidad en manifestarse a favor de la protección de las tierras ancestrales que mantienen la identidad cultural de este tipo de comunidades, en palabras de la Corte IDH: "(...)Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas

*mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras (...)*⁶³

“La Corte considera que debido a la situación en que se encuentra este grupo indígena por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, el daño inmaterial ocasionado debe ser reparado, por vía sustitutiva en el sentido de que debe ser entregado nuevamente tal territorio”.

Con respecto al caso de las “comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río cacarica (operación génesis) vs. Colombia”, vale la pena destacar que es el caso más reciente sobre desplazamiento forzado de comunidades afrodescendientes de su territorio a causa del conflicto armado interno como medidas de rehabilitación la corte ordenó:

*“Como se ha constatado que los daños sufridos por las víctimas se refieren no sólo a aspectos de su identidad individual, sino también a la pérdida de sus raíces y vínculos comunitarios, resulta pertinente disponer una medida de reparación que busque reducir padecimientos psicosociales. Con el fin de contribuir a la reparación de estos daños, el Tribunal considera que se debe brindar gratuitamente, sin cargo alguno, el tratamiento adecuado y prioritario que requieran dichas personas, incluida la provisión de medicamentos. y Al proveer el tratamiento psicológico se deben considerar las circunstancias y necesidades particulares de cada persona, de manera que se les brinden tratamientos colectivos, familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada uno de ellos”*⁶⁴.

En el caso “Pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador”, los hechos se enmarcan en la región de la provincia de Pastaza, donde habita el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku En 1996 fue suscrito un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el bloque No. 23 de la Región Amazónica entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. El espacio territorial otorgado para ese efecto en el contrato con la CGC comprendía una superficie de 200.000 Ha., en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, tales como el pueblo Kichwa de Sarayaku, en vista

⁶³ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 148

⁶⁴ Corte IDH, caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río cacarica (operación génesis) vs. Colombia, Sentencia del 20 de noviembre del 2013., excepciones preliminares , fondo y reparaciones , párrafo 451

de tales los sucesos la Corte IDH consideró como mejor forma de reparación dictar una serie de medidas de restitución⁶⁵.

El Tribunal considera una forma de reparación la eventual restitución de las tierras ancestrales a su comunidad y además la realización de estudios integrales de impacto ambiental y social, por parte de entidades técnicamente capacitadas e independientes, y con la participación activa de las comunidades indígenas involucradas.

CONCLUSIONES:

En torno al trabajo de investigación realizado, se concluye:

1. La igualdad es el principio que le da legitimidad a la función jurisdiccional de los Estados, pues cuando los ciudadanos acuden al juez para solucionar sus controversias y cuentan con la garantía de actuar en igualdad, se materializa la esencia del Estado Social de Derecho.
2. Dentro del gran género de aquellas medidas cautelares que se pueden adoptar sin someterse a la taxatividad, están aquellas medidas que versan sobre el objeto de litigio y lo anticipan sin configurar un prejuzgamiento.
3. El concepto de caución y contracautela se han de diferenciar. Si bien es cierto la caución es la especie y la contracautela es el género, ambas persiguen finalidades diferentes, toda vez que la caución se ha de entender como la garantía que debe prestar quien solicita una medida cautelar, para garantizar los posibles perjuicios pecuniarios que se deriven con su decreto; por otro lado la contracautela se ha de predicar del demandado, quien la solicita para proteger sus intereses particulares frente al otorgamiento de una medida cautelar, y su naturaleza puede o no perseguir la garantía de perjuicios económicos⁶⁶.
4. En Argentina no existe la distinción que realiza Colombia respecto de en qué procesos sea obligatoria una caución o contracautela, ni para el actor ni para el posible afectado con su decreto, para modificarla o sustituirla. Cuestión que aparece limitada en Colombia al restringir la obligatoriedad de exigir contra cautelas o cauciones para cuando el objeto de la demanda sean pretensiones pecuniarias.
5. Perú nos habla también sobre la caución juramentada para cuando exista verosimilitud en el derecho, luego, no descarta la posibilidad de que se practiquen contra cautelas o cauciones de tal tipo para cuando se refiere a procesos cognoscitivos. Luego, lo que tienen en común estos dos países, es que no restringen la contra cautela frente a medidas que anticipen materialmente el fallo, sino que se guían por la idoneidad de la misma para garantizar el equilibrio en un proceso. Permiten la sustitución o modificación a petición de partes respetando la

⁶⁵ Corte IDH, *caso pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012 (fondo y reparaciones), párrafo 300.

⁶⁶ Esta conclusión bajo las contradicciones evidentes que se destacaron a lo largo de escrito en el Código General del Proceso.

opinión de las partes que se escuchará en una audiencia previa a la modificación de medidas cautelares.

6. Venezuela, respecto de sus fallos administrativos, nos da un acercamiento a lo que en esta investigación pretendemos llamar contracautela innominada.
7. Ante el decreto de medidas cautelares en un proceso declarativo que tienda a anticipar materialmente el fallo, el ordenamiento colombiano debería perfeccionar dicha situación en aras de la igualdad procesal, es decir que se permita la contradicción, el favorecimiento de la igualdad de armas ante las consecuencias que tendrían dichas medidas en el demandado, lo cual se puede hacer con la implementación en la audiencia urgente, la cual con los antecedentes enunciados a nivel europeo pueden sentar paradigma y perfección respecto de las medidas anticipatorias.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Doctrina:
 1. ALVARADO, Adolfo. *La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil*. Resumen de la conferencia a pronunciarse en el Congreso Nacional de Derecho Procesal “Homenaje al Dr. Román J. Duque Corredor” en el Centro Insular de Estudios de Derecho, Porlamar, 18 de abril de 2008.
 2. ALVAREZ, Andrés. *Estado actual de la jurisprudencia en relación con los perjuicios inmateriales*. [En línea] [Consultado el 26 de Febrero de 2014]. Disponible en: http://www.andresorionabogados.com/wp-content/uploads/2013/03/Revista_No._20.pdf
 3. BERIZONCE, Roberto. *Medidas Cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de Amparo*. Argentina: Revista de la Universidad Nacional de La Plata.
 4. CALAMANDREI, Piero. *Las providencias cautelares*. Bogotá: Editorial Leyer, 2009.
 5. CALAMANDREI, Piero. *Medidas Cautelares*. Escrito conjunto coordinado por Jaime Greif, edición 1ra. Buenos Aires, Argentina: Editorial Rubinzal Culzoni, 2002.
 6. CASSAGNE, Ezequiel. *Las Medidas Cautelares contra la administración*. [Artículo en línea]. http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/E_Cassagne/Medidas%20cautelares.pdf
 7. GIBBS, Darrin. *La Tutela Cautelar en el proceso contencioso administrativo venezolano*. Caracas - Venezuela: Universidad Católica “Andrés Bello”, 2009.
 8. GÓMEZ, Martha; PALACIOS, Carmen; et al. “*Anticipación de la Tutela*”, La Plata: Editorial Librería Editora Platense S.R.P., 1996.
 9. HENAO, Juan. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2002.

10. MIRAVAL, Gallardo. *Cautela y Contra cautela en el Proceso Civil*. Lima-Perú: Universidad del Perú, 2000.
11. MONROY, Juan. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra editores, 2004.
12. ORTIZ, Rafael. *El poder cautelar general y las medidas innominadas: en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas: Paredes editores, 1997.
13. PARRA, Jairo, "Proyecto de Código General de Proceso, Exposición de motivos", Código General del Proceso, 1º Edición, Bogotá D.C. 2012
14. PARRA, Jairo. *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Editorial Temis, Bogotá, 2004.
15. PARRA, Jairo. *Tratado de la prueba judicial indicios y presunciones*. Tomo IV, 4º Edición. Ediciones librería el profesional, Bogotá, 2001.
16. RUBÉN, José. *Procesos de ejecución y procesos cautelares*. Lima: Editorial Huallaga, 1996.
17. TORRES, Arántzazu. *Ámbito de aplicación y delimitación de las medidas cautelares de carácter civil frente a los principios del debido proceso y del derecho a la defensa*. Guayaquil – Ecuador: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, año 2011.
18. YAYA, Ulises. *La Contra cautela, requisito de ejecución de las medidas cautelares*. Centro de Investigaciones del Poder Judicial. Lima-Perú.

2. Jurisprudencia:

1. ARGENTINA. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial. "CHAVES EZEQUIEL ADALBERTO C/ MAPFRE ARGENTINA SEGUROS S.A. S/ COBRO SUMARIO DE PESOS". Sala I, resolución interlocutoria de 29 de abril de 2014. Nro. de expediente 501782 de 2014.
2. COLOMBIA. Consejo de Estado. Fallo 19836 de 2011, de 30 de junio de 2011.
3. COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, D.C, enero veintinueve (29) de dos mil catorce (2014). Expediente: 46482.
4. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-431/95. De 28 de septiembre de 1995.
5. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-523/09. De 10 de junio de 2009. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-690/08. De 11 de julio de 2008.
6. CORTE I.D.H. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C 144.
7. CORTE I.D.H. Caso de los "Niños de la calle" Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie 77, Párr.62; Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C 216.

8. CORTE I.D.H. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C 72; Corte IDH. Caso de la Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C 115.
9. CORTE I.D.H. Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C 110, párr.189; Corte IDH. Caso Comerciantes Vs Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio.
10. CORTE I.D.H. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Reparaciones y costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C 8, párr. 36. Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C 42.
11. CORTE I.D.H. Caso Myrna Chang Vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C 101.
12. CORTE I.D.H. Opinión Consultiva. OC-16/99, de 1-10-99, párr. 119.
13. REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Transito de la circunscripción judicial del Estado Guárico. Expediente No. 18.410 Valle de la Pascua, 17 de Marzo de año 2.010.
14. REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. República Bolivariana. Tribunal Supremo de Justicia de M.P. Levis Ignacio Zerpa. Expediente No. 2002-1045
15. REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Juzgado Duodécimo). Asunto: AH18-X-2011-000069. Incidencia del 30 de marzo de 2012. Providencia del 9 de febrero de 2012.

3. Legislación:

1. PERÚ. Código Procesal Civil, Resolución Ministerial No. 10-93-JUS, promulgada el 8 de Enero de 1993.
2. COLOMBIA. Código General del Procesal. Ley 1564 del 2012.