

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



UPLA
UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

TESIS

**LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LA
CONTRACAUTELA EN LAS CONTRATACIONES
CON EL ESTADO PERUANO**

Para optar : El título profesional de abogada

Autoras : Bach. Rivera Davila Wendy Iraida
Bach. Davila Chumbes Iraida

Asesor : Dr. Vivanco Vasquez Hector Arturo

Línea de investigación institucional : Desarrollo humano y derechos

Área de investigación institucional : Ciencias sociales

Fecha de inicio y de culminación : 24-03-2023 a 24-08-2023

HUANCAYO – PERÚ
2023

HOJA DE JURADOS REVISORES

DR. LUIS POMA LAGOS

Decano de la Facultad de Derecho

DR. CALDERON VILLEGAS LUIS ALFREDO

Docente Revisor Titular 1

MG. NUÑEZ FUENTES VICTOR ALBERTO

Docente Revisor Titular 2

MG. CAJAHUANCA QUISPE RUTH DENISSE

Docente Revisor Titular 3

ABG. GOMERO QUINTO JOSE GODOFREDO

Docente Revisor Suplente

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a
Dios por su providencia en mi
vida.

Wendy

Dedico el presente trabajo a mi
mama por su apoyo en cada
momento.

Iraida

AGRADECIMIENTO

Agradecemos a la casa de estudios por la alta calidad de docentes quienes forjaron nuestros conocimientos y valores durante estos años de estudio como también queremos agradecer al asesor el Dr. Hector Arturo Vivanco Vasquez, quien nos guío en este camino.

CONSTANCIA DE SIMILITUD



NUEVOS TIEMPOS
NUEVOS DESAFÍOS
NUEVOS COMPROMISOS

CONSTANCIA DE SIMILITUD

N ° 00188-FDCP -2023

La Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones, hace constar mediante la presente, que la **Tesis** Titulada:

LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LA CONTRACAUTELA EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO PERUANO

Con la siguiente información:

Con Autor(es) : **BACH. RIVERA DAVILA WENDY IRAIDA
BACH. DAVILA CHUMBES IRAIDA**

Facultad : **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Escuela profesional : **DERECHO**

Asesor(a) : **Mg. VIVANCO VASQUEZ HECTOR ARTURO**

Fue analizado con fecha **14/12/2023** con **155** pág.; en el Software de Prevención de Plagio (Turnitin); y con la siguiente configuración:

Excluye Bibliografía.

Excluye Citas.

Excluye Cadenas hasta 20 palabras.

Otro criterio (especificar)

El documento presenta un porcentaje de similitud de **25** %.

En tal sentido, de acuerdo a los criterios de porcentajes establecidos en el artículo N° 15 del Reglamento de Uso de Software de Prevención de Plagio. Se declara, que el trabajo de investigación: **Si contiene un porcentaje aceptable de similitud.**

Observaciones:

En señal de conformidad y verificación se firma y sella la presente constancia.

Huancayo, 14 de diciembre de 2023.



**MTRA. LIZET DORIELA MANTARI MINCAMI
JEFA**

Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones

CONTENIDO

HOJA DE JURADOS REVISORES	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
CONSTANCIA DE SIMILITUD	v
RESUMEN.....	x
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN	xii
CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA	15
1.1. Descripción de la realidad problemática	15
1.2. Delimitación del problema	19
1.2.1. Delimitación espacial.....	19
1.2.2. Delimitación temporal	19
1.2.3. Delimitación conceptual	19
1.3. Formulación del problema.....	20
1.3.1. Problema general	20
1.3.2. Problemas específicos.....	20
1.4. Justificación de la investigación.....	20
1.4.1. Justificación social.....	20
1.4.2. Justificación teórica	20
1.4.3. Justificación metodológica	21
1.5. Objetivos de la investigación.....	21
1.5.1. Objetivo general.....	21
1.5.2. Objetivos específicos	21
1.6. Hipótesis de la investigación	21
1.6.1. Hipótesis general.....	21
1.6.2. Hipótesis específicas.....	21
1.6.3. Operacionalización de categorías	21
1.7. Propósito de la investigación.....	22
1.8. Importancia de la investigación.....	22
1.9. Limitaciones de la investigación	22
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	23

2.1. Antecedentes de la investigación.....	23
2.1.1. Nacionales.....	23
2.1.2. Internacionales	32
2.2. Bases teóricas de la investigación.	36
2.2.1. Igualdad ante la ley.....	36
2.2.2.1. <i>Evolución histórica.</i>	36
2.2.2.2. <i>Generalidades</i>	38
2.2.2.2.1. <i>Por la raza.</i>	38
2.2.2.2.2. <i>Por su origen, idioma o cultura.</i>	39
2.2.2.2.3. <i>Por sexo.</i>	40
2.2.2.3. <i>La igualdad en la normativa internacional</i>	41
2.2.2.3.1. <i>Declaración Universal de los Derechos Humanos</i>	41
2.2.2.3.2. <i>La Convención Americana de los Derechos Humanos</i>	42
2.2.2.3.3. <i>Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos</i>	43
2.2.2.3.4. <i>Instrumentos internacionales donde el Perú también es parte.</i>	43
2.2.2.4. <i>La igualdad en la normativa nacional</i>	44
2.2.2.5. <i>Igualdad como principio y derecho.</i>	47
2.2.2.5.1. <i>El principio de igualdad.</i>	47
2.2.2.5.2. <i>El Derecho de igualdad.</i>	48
2.2.2.6. <i>Igualdad ante la ley</i>	49
2.2.2.7. <i>Discriminación y diferenciación.</i>	50
2.2.2.8. <i>La no discriminación o prohibición de discriminación.</i>	53
2.2.2.9. <i>Igualdad de oportunidades o de trato.</i>	55
2.2.2.10. <i>Protección a la tutela jurisdiccional</i>	56
2.2.2.10.1. <i>El debido proceso.</i>	57
2.2.2.10.2. <i>La tutela jurisdiccional efectiva.</i>	58
2.2.2.11. <i>Jurisprudencia respecto al derecho a la igualdad ante la ley</i>	59
2.2.2. La contracautela.....	60
2.2.2.1. <i>La función jurisdiccional</i>	60
2.2.2.2. <i>El proceso cautelar</i>	63
2.2.2.2.1. <i>Nociones generales</i>	63

2.2.2.2.2. <i>El proceso y procedimiento cautelar</i>	64
2.2.2.2.3. <i>La autonomía del proceso cautelar</i>	65
2.2.2.2.4. <i>Inaudita altera pars</i>	67
2.2.2.3. <i>Las medidas cautelares</i>	68
2.2.2.3.1. <i>Concepto</i>	68
2.2.2.3.2. <i>Características</i>	69
2.2.2.3.3. <i>Presupuestos</i>	70
2.2.2.4. <i>La contracautela propiamente dicha</i>	73
2.2.2.4.1. <i>Concepto</i>	73
2.2.2.4.2. <i>Características</i>	75
2.2.2.4.3. <i>Según el objeto o contenido de la contracautela</i>	76
2.2.2.5. <i>Facultades jurisdiccionales del juez en relación con la contracautela</i>	80
2.2.2.6. <i>Exceptuados a la obligación de prestar contracautela</i>	82
2.2.2.7. <i>Cancelación de la contracautela</i>	83
2.2.2.8. <i>La contracautela en las contrataciones con el Estado</i>	84
2.2.2.8.1. <i>Particularidades de la Ley de contrataciones del Estado</i>	84
2.2.2.8.2. <i>Ley que regula el arbitraje</i>	85
2.3. Marco conceptual.....	90
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	92
3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica.....	92
3.2. Metodología.....	93
3.3. Diseño metodológico.....	94
3.3.1. Trayectoria metodológica.....	94
3.3.2. Escenario de estudio.....	95
3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.....	95
3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	95
3.3.4.1. <i>Técnicas de recolección de datos</i>	95
3.3.4.2. <i>Instrumentos de recolección de datos</i>	96
3.3.5. Tratamiento de la información.....	96
3.3.6. Rigor científico.....	97
3.3.7. Consideraciones éticas.....	98

CAPÍTULO IV: RESULTADOS	99
4.1. Descripción de los resultados	99
4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno.....	99
4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos	114
4.2. Contrastación de las hipótesis	118
4.2.1. Contrastación de la hipótesis uno.	118
4.2.2. Contrastación de la hipótesis dos.....	127
4.2.3. Contrastación de la hipótesis general.....	135
4.3. Discusión de los resultados	135
4.4. Propuesta de mejora	138
CONCLUSIONES	139
RECOMENDACIONES	141
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	142
ANEXOS	147
Anexo 1: Matriz de consistencia	148
Anexo 2: Matriz de operacionalización de categorías.....	149
Anexo 3: Matriz de la operacionalización del instrumento.....	150
Anexo 4: Instrumento de recolección de datos.....	151
Anexo 5: Validación de expertos del instrumento.....	153
Anexo 6: Solicitud dirigida a la entidad donde recolectó los datos.....	153
Anexo 7: Documento de aceptación por parte de la entidad donde recolectará los datos	153
Anexo 8: Consentimiento o asentimiento informado de las personas encuestadas o entrevistadas	153
Anexo 9: Constancia de que se aplicó el instrumento de recolección de datos	153
Anexo 10: Evidencias fotográficas.....	153
Anexo 11: Declaración de autoría	154

RESUMEN

La presente investigación tuvo como **objetivo general** analizar la manera en que la igualdad ante la ley se relaciona con la contracautela en las contrataciones con el Estado peruano, de allí que, la **pregunta general** de investigación fue: ¿ De qué manera la igualdad ante la ley se relaciona con la contracautela en las contrataciones con el Estado peruano? por tal motivo, es que nuestra investigación guarda un **método de investigación** de enfoque cualitativo teórico, utilizando un método general denominado la hermenéutica, asimismo presenta un tipo de investigación **propositiva jurídica**, con un nivel explicativo y un diseño observacional, de ahí, la investigación por su naturaleza utilizará la técnica del análisis documental y ser procesados mediante la argumentación jurídica a través de los instrumentos de recolección de datos como la ficha textual y de resumen que se obtengan de cada texto con información relevante. El **resultado** más importante fue: La contracautela viene a ser una garantía de naturaleza real o personal que debe ser ofrecida con fines eminentemente reparadores, opera siempre que el objeto materia de afectación de una medida cautelar resulte perjudicada o dañada. La **conclusión** más relevante fue: La afectación al principio de igualdad entre las partes producida por la excepción de ofrecimiento de contracautela en favor del Estado es videntemente una situación de gran desincentivo para la solicitud de una medida cautelar. Finalmente, la **recomendación** fue: Modificar el art. 8° del Decreto de Urgencia N° 020-2020.

Palabras clave: Igualdad ante la ley, Contrataciones con el Estado, Contracautela y Medida cautelar.

ABSTRACT

The present investigation had as a general objective to analyze the way in which equality before the law is related to counter-caution in contracts with the Peruvian State, hence, the general research question was: How does equality before the law Is it related to counter-caution in contracts with the Peruvian State? For this reason, it is that our research keeps a research method of theoretical qualitative approach, using a general method called hermeneutics, it also presents a type of legal propositional research, with an explanatory level and an observational design, hence the research by Its nature will use the technique of documentary analysis and be processed through legal argumentation through data collection instruments such as the textual file and summary that are obtained from each text with relevant information. The most important result was: The contracautela becomes a guarantee of a real or personal nature that must be offered with eminently repairing purposes, it operates whenever the subject matter of a precautionary measure is harmed or damaged. The most relevant conclusion was: The affectation to the principle of equality between the parties produced by the exception of the offer of counter-injunction in favor of the State is clearly a situation of great disincentive for the request of a precautionary measure. Finally, the recommendation was: Modify art. 8° of Emergency Decree No. 020-2020.

Keywords: Equality before the law, Contracting with the State, Contracautela and Precautionary measure.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis lleva como **título**: “La igualdad ante la ley y la contracautela en las contrataciones con el Estado”, cuyo **propósito** fue la de modificar el artículo 8° del Decreto de Urgencia N° 020-2020, porque tanto el Estado peruano como el contratista o privado deben acceder a la justicia en igualdad de derechos, sin dejar que la sobreregulación en favor del Estado menoscabe derechos fundamentales.

En este sentido, se puede observar que el contenido del articulado en cuestión establece la excepción de la contracautela para el Estado peruano cuando solicita una medida cautelar; no obstante, cuando un particular bajo la misma controversia efectúa una solicitud cautelar tiene la obligación de adjuntar una carta fianza que repare los posibles daños y perjuicios que pudiera provocar la ejecución de la medida; por consiguiente, al exigir a una de ellas una garantía que no le exige a la otra para la solicitud de una medida cautelar, se constituye en una evidente afectación al principio de igualdad entre las partes, así mismo, es un gran desincentivo para la solicitud de una medida cautelar, pues, no olvidemos que se trata de una herramienta cuyo fin es asegurar la eficacia del pronunciamiento de fondo.

Se utilizó la **metodología paradigmática** de la investigación propositiva, la cual consistió en interpretar la legislación arbitral sobre el artículo 8°, luego, los textos doctrinarios versados sobre la igualdad ante la ley, a fin de analizar el concepto y contenido de cada una, también, se empleó la hermenéutica jurídica la cual analiza los textos legales como el Código Procesal Civil y la Constitución Política, entre otros para poder conocer los alcances de los diversos conceptos jurídicos y juicios jurídicos tales como: la medida cautelar, la contracautela; finalmente, se utilizó la argumentación jurídica para llegar a teorizar las unidades temáticas, es decir, las categorías y subcategorías que se han puesto en análisis en la presente investigación.

Para lograr nuestro cometido, hemos decidido sistematizar la investigación en cuatro capítulos para una mejor comprensión de la tesis.

En el **capítulo primero** denominado Determinación del problema se ha desarrollado el problema de la tesis. Se ha consignado la descripción del problema,

la delimitación, los objetivos, hipótesis, la justificación, el propósito, la importancia y las limitaciones de la tesis.

Así, el problema general fue: ¿qué manera la igualdad ante la ley se relaciona con la contracautela en las contrataciones con el Estado peruano?, luego el objetivo general fue: Analizar la manera en que la igualdad ante la ley se relaciona con la contracautela en las contrataciones con el Estado peruano, mientras que la hipótesis fue: La igualdad ante la ley se relaciona de manera negativa con la contracautela en las contrataciones con el Estado peruano

Inmediatamente, en el **capítulo segundo** titulado Marco teórico se desarrolló los antecedentes de la investigación. Así, hemos tenido un panorama general sobre el statu quo de nuestra investigación. Luego, se ha observado en el marco teórico el desarrollo de las bases teóricas sobre cada una de las categorías consignadas: la igualdad ante la ley y la contracautela en las contrataciones con el Estado peruano.

En el **capítulo tercero** denominado Metodología, se explicó la forma en cómo se ha desarrollado el trabajo de tesis, teniendo como base fundamental el enfoque de investigación y la postura epistemológica jurídica que aplicó la investigación, la cual fue la del iuspositivismo, luego se tuvo que sustentar la metodología paradigmática, la cual hizo uso del tipo propositivo, es decir, del análisis estructural de las normas jurídicas, para luego describir el escenario de estudio, los sujetos a analizar, el rigor científico que tendrá como norte la tesis y, finalmente, la técnica utilizada que fue la del análisis documental, en el que se revisan documentos y se realizan fichas.

En el **cuarto capítulo** titulado Resultados se sistematizó los datos y se ordenó el contenido clave (los puntos controversiales) didácticamente para poder iniciar la teorización de conceptos. Los resultados más destacados fueron:

- En resumen, ha quedado evidenciado que el decreto en mención viene inclinando la balanza a favor del Estado, pues, al restarle relevancia al análisis de qué tipo de medida cautelar solicitada se trata, tampoco valora su grado de afectación, sino que independientemente de ello, el solicitante deberá presentar una carta fianza con el monto mínimo fijado previamente

por ley; en conclusión, si una de las partes no tiene la capacidad de asumir los costos requeridos por ley difícilmente podrá recibir una tutela cautelar.

- En síntesis, el proceso cautelar no busca determinar la responsabilidad de una obligación, sino es más un complemento funcional de cualquier tipo de proceso, pues se apertura un cuaderno especial; así mismo, no hay un proceso cautelar específico, sino su naturaleza instrumental le otorga universalidad de aplicación motivo por el cual podrán adoptarse medidas en cualquier proceso, ya sea contencioso o no contencioso.

Asimismo, con dicha información se contrasta cada hipótesis específica como la general, para luego discutir los resultados y generar una propuesta de mejora.

Finalmente, la tesis culmina con las **conclusiones y recomendaciones** a las que ha arribado la investigación.

Es deseo de los tesisistas, por el trabajo vertido, que la tesis pueda servir con fines académicos y de aplicación inmediata, para que nuestros legisladores puedan regularizar una situación que no se halla acorde a la lógica requerida.

Las autoras.

CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

El artículo 1° del Título Preliminar de la Ley de Contrataciones con el Estado establece uno de los fines más trascendentales de la presente norma, maximizar el valor de los recursos públicos que se inviertan en las contrataciones de bienes, servicios y obras, pues estos deben efectuarse de forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad para tener como resultado una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos.

Sin embargo, dicho fin no siempre es satisfecho debido al surgimiento de múltiples dificultades en la ejecución del contrato celebrado entre el Estado y el particular o privado; por ejemplo, el consorcio Kuntur Wasi al que el Estado peruano adjudicó la construcción y operación del aeropuerto internacional Chinchero en el Cuzco por el plazo de 40 años, en el año 2017 solicitó un arbitraje ante el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) debido a la resolución unilateral del contrato en ese año, bajo el fundamento de que el contrato estaba mal redactado.

De este modo, entra a tallar la tutela jurisdiccional civil contractual, la que a su vez debe ayudarse de la tutela jurisdiccional cautelar para conseguir, precisamente, esa efectividad tan anhelada de hacer cumplir a cabalidad las decisiones emitidas en sus sentencias, por este motivo, la tutela cautelar representada propiamente por una medida cautelar se constituye en aquel instrumento procesal de carácter provisorio y variable.

El instrumento procesal auxiliar del cual estamos hablando no buscará desvirtuar la veracidad o falsedad del conflicto o pretensión principal, pues hay que recordar que este está siguiendo el curso que le corresponde en el proceso principal, sino únicamente su función es asegurar la eficacia de la decisión definitiva; en tal sentido, la medida cautelar dictada solo debe recaer o afectar los bienes o derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, de ser el caso; por ello, para su aceptación deberá valorarse ciertos presupuestos, tales como: la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora, así como la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

En este punto, es importante que el juez también debe considerar el ofrecimiento de la contracautela, el cual tiene fines eminentemente resarcitorios, toda vez que, buscará asegurar que el afectado con una medida cautelar tenga la opción de remediar los daños y perjuicios producido por su ejecución; no obstante, **el artículo 8° del Decreto de urgencia N° 020-2020 prescribe que: “cuando el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar es exigible como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública”**, mientras que, aunque esto no lo dice expresamente se puede inferir, cuando la parte afectada con la solicitud cautelar es un tercero no es necesario exigir el ofrecimiento de una contracautela.

El Estado peruano enfrenta demandas ante el CIADI por unos 3.000 millones de dólares y Otros litigios potenciales ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ascienden a más de 1.500 millones de dólares. ¿Qué hay que corregir para evitar las pérdidas? Es el titular del diario el Comercio en el año 2018.

Por consiguiente, el Estado peruano en su intento por salvaguardar sus intereses en realidad inclinando la balanza a su favor viene transgrediendo derechos de orden fundamental de aquel tercero, privado o contratista con quien se relacionó jurídica y contractualmente, como el derecho a la igualdad ante la ley, a la igualdad de armas, el acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Por lo cual el diagnóstico del problema (o el problema en sí) se basa en lo estipulado por el dispositivo normativo 8° del Decreto de urgencia N° 020-2020 estipula, cuando el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar es exigible como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública, en cambio, **cuando lo es un tercero no es necesario exigir el ofrecimiento de dicha contracautela** a cargo del Estado y cualquier de sus instituciones; esto se refuerza de algún modo por lo estipulado en el artículo 614° del Código Procesal Civil, el cual prescribe cuales son las entidades del Estado que están exceptuados del ofrecimiento de dicha garantía.

Esta regla de juego aparentemente bien pensada puede convertirse en un arma de doble filo para el propio Estado peruano, pues, en vez de establecer reglas claras, respetuosas de los derechos y fundamentadas que aseguren de forma oportuna la ejecución de los contratos que celebra con terceros en el cumplimiento de sus funciones, en realidad está optando por el camino más fácil, la sobrerregulación a su favor.

Por otro lado, el pronóstico de la investigación (o repercusión negativa) se basa en que, si se llega a un proceso arbitral, la parte que está solicitando una medida cautelar deberá incluir junto a su solicitud la fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública, mientras que, si ponemos en caso a la inversa y es el Estado el que se ampara en una medida cautelar este no tiene la obligación de presentar una contracautela.

Independientemente de la necesidad de valorar lo presupuestos que toda medida cautelar debe implicar, se da por sentado que, mientras se cumpla con la fianza bancaria o patrimonial esta será admitida, aun cuando puede darse el caso de solicitudes cautelares maliciosas o innecesarias por parte del Estado.

A lo dicho, el control del pronóstico (o solución) que se ha planteado al respecto es modificar el artículo 8° del Decreto de urgencia N° 020-2020, la misma suerte deberá correr el artículo 614° del Código Procesal Civil, que toda vez que no coadyuva con la justicia contractual, ni arbitral; por el contrario, al estipular normas que inclinen la balanza a su favor termina generando desanimo en los inversionistas privados.

En relación con el fenómeno de estudio, se tiene a las investigaciones internacionales siguientes, Granada (2019) con la investigación titulada: Análisis de la constitucionalidad en Colombia de la presunción legal de donación de órganos, respecto a los derechos de libertad de cultos, libre desarrollo de la personalidad e intimidad individual y familiar, el cual tuvo como propósito analizar la constitucionalidad de la ley 1805 del año 2016 que regula la donación de órganos en Colombia, el cual pondera con el principio de solidaridad e interés general que la justifican a fin de concluir que la presunción legal de la referida ley no es inconstitucional; así mismo, la investigación titulada: La utilización de herramientas tecnológicas como medio probatorio en procesos laborales, por Prócel

(2019), donde se buscó identificar la trascendencia que tuvo la práctica y valoración de la prueba electrónica en el ámbito procesal laboral en el marco de la legislación Ecuatoriana, mismo que no ha tenido, ni tiene algún tipo de resonancia a pesar del enorme avance tecnológico, concretamente de la internet en diferentes actividades y campos de actividad.

A nivel nacional se tiene a los investigadores: Jiménez (2022), con la investigación titulada: Las medidas cautelares en los procesos de arbitraje en las contrataciones con el Estado, donde se buscó determinar si la ejecución de las medidas cautelares debe efectuarse por el Poder judicial o estas deben ser ejecutadas de manera inmediata por el Tribunal Arbitral, todo ello, en el ámbito de un proceso arbitral que tengan como materia de resolución conflictos relacionados con las contrataciones con el Estado; por otro lado, tenemos al autor Pimentel (2021): Los sucedáneos de los medios probatorios ante las dificultades de la prueba y sus efectos en la logicidad de las sentencias en el proceso civil peruano, la cual tuvo como propósito analizar los sucedáneos de los medios probatorios aplicados en distintas ramas del Derecho (Derecho civil, Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador), dejando en evidencia las principales distinciones entre las mismas; por su parte, los autores Ronquillo, Ojeda & Panchi (2021), con la investigación titulada La igualdad ante la ley como derecho constitucional en Ecuador, buscaron analizar desde una perspectiva legal la igualdad ante la ley como derecho constitucional.

En el ámbito internacional tenemos a la investigación titulada Justicia cautelar y UE: una perspectiva mixta (jurisdiccional y arbitral) y su proyección sobre el ámbito marítimo, por Orbezo (2019), la cual busco examinar el desarrollo del instituto cautelar en el ámbito internacional, en el cual es conocido como tutela cautelar internacional, ello es respuesta de los Estados para regular o dirimir las controversias surgidas entre dos o más sistemas jurisdiccionales, particularmente, para pronunciarse respecto de la adopción de medidas cautelares en el litigio presentado entre estos entes de diferentes espacios territoriales y en los casos de las deudas en el tráfico marítimo y el embargo preventivo de buques.

Los autores antes citados no han investigado respecto a la igualdad ante la ley en el desarrollo del proceso arbitral por los conflictos suscitado en las

contrataciones con el Estado, básicamente la igualdad en relación al ofrecimiento de contracautela, lo que sí han hecho es analizar por separado a ambas categorías o relacionándolas con otras.

De esa manera, tras haber entendido el contexto del problema, formulamos la siguiente interrogante: ¿De qué manera la igualdad ante la ley se relaciona con la contracautela en las contrataciones con el Estado peruano?

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial.

El presente trabajo de investigación al sostener una naturaleza jurídica dogmática, analizará detalladamente el derecho constitucional denominado igualdad ante la ley, así como el contenido del articulado 8° del Decreto de Urgencia N° 020-2020; de esta forma, como ambas categorías e instituciones se encuentran plenamente contempladas tanto en la Constitución Política del Perú, como en el decreto y en el Código Procesal Civil se entiende que rigen en todo el territorio peruano y son plenamente aplicables para todos los ciudadanos peruanos, en consecuencia, diremos que la delimitación a nivel espacial será obligatoriamente en todo el territorio peruano, más no en una ubicación específica.

1.2.2. Delimitación temporal.

Teniendo en cuenta, la naturaleza dogmática jurídica descrita en el numeral anterior, en virtud del cual se llevará a cabo el análisis de las instituciones jurídicas, tales como: la igualdad ante la ley y el articulado 8° del Decreto de Urgencia N° 020-2020, es menester consignar que, estando ambas categorías plenamente vigentes en el presente año, diremos que la investigación a **nivel temporal se delimitara hasta el año 2023**, pues, hasta el fecha todavía no han existido modificaciones o derogaciones sobre de los artículos materia de investigación.

1.2.3. Delimitación conceptual.

Partiendo de la naturaleza dogmática jurídica por excelencia, en cuanto a los conceptos que serán considerados en la presente investigación serán abordados desde un **punto de vista positivista**, pues al ser necesario analizar dichas instituciones jurídicas, doctrina, jurisprudencia y demás material, emplearemos básicamente, la teoría *ius positivista*; por lo tanto, nuestras variables serán estudiadas desde un enfoque dogmático-jurídico positivista.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general.

¿De qué manera la igualdad ante la ley se relaciona con la contracautela en las contrataciones con el Estado peruano?

1.3.2. Problemas específicos.

- ¿De qué manera la igualdad ante la ley se relaciona con la contracautela obligatoria el ofrecimiento patrimonial por parte de un particular en las contrataciones con el Estado peruano?
- ¿De qué manera la igualdad ante la ley se relaciona con la falta de una contracautela por parte del Estado en las contrataciones con el Estado peruano?

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Justificación social.

La investigación tiene el propósito de coadyuvar con la comprensión jurídica de la sociedad en cuanto a la **relación contractual del Estado y cualquier privado**, quienes deben procurar la realización de sus actos siempre respetando los derechos fundamentales y constitucionales reconocidos por el ordenamiento jurídico; todo ello, al amparo de los principios de igualdad y libertad de inversión, en virtud del cual, estas partes deben brindarse el apoyo necesario durante el desarrollo de sus relaciones contractuales; así también, se pretende colaborar con la armonía del sistema jurídico peruano, pues no es posible que exista sobre-regulación por parte y en favor del Estado.

1.4.2. Justificación teórica.

El aporte a nivel teórico jurídico se centra en colaborar con el desarrollo sistemático y exegético del artículo 8° del Decreto de Urgencia N°020-2020, tanto como del artículo 614° del Código Procesal Civil **en relación con el derecho a la igualdad ante la ley a fin de evidenciar la esencia, los alcances y el contenido fundamental de este derecho constitucional junto al derecho de contracautela** al que esta llamado todo aquel que solicita una medida cautelar, mismo que deberá ser garantizado a cualquiera de las partes al amparo del principio de igualdad de armas.

1.4.3. Justificación metodológica.

La justificación a nivel metodológico de la presente investigación se sustentará en la utilización de un estudio dogmático jurídico, pues, al tratarse de instituciones y figuras jurídicas, la mejor herramienta a emplearse es la hermenéutica jurídica, básicamente, la exégesis y la sistemática lógica; en consecuencia, el análisis se llevará a cabo por medio de la argumentación jurídica.

1.5. Objetivos de la investigación

1.5.1. Objetivo general.

- Analizar la manera en que la igualdad ante la ley se relaciona con la contracautela en las contrataciones con el Estado peruano.

1.5.2. Objetivos específicos.

- Identificar la manera en que la igualdad ante la ley se relaciona con la contracautela obligatoria el ofrecimiento patrimonial por parte de un particular en las contrataciones con el Estado peruano.
- Determinar la manera en que la igualdad ante la ley se relaciona con la falta de una contracautela por parte del Estado en las contrataciones con el Estado peruano.

1.6. Hipótesis de la investigación

1.6.1. Hipótesis general.

- La igualdad ante la ley se relaciona de manera negativa con la contracautela en las contrataciones con el Estado peruano.

1.6.2. Hipótesis específicas.

- La igualdad ante la ley se relaciona de manera positiva con la contracautela obligatoria el ofrecimiento patrimonial por parte de un particular en las contrataciones con el Estado peruano
- La igualdad ante la ley se relaciona de manera negativa con la falta de una contracautela por parte del Estado en las contrataciones con el Estado peruano

1.6.3. Operacionalización de categorías.

Categorías	Sub-Categorías	Indicadores	Items	Escala instrumento
La contracautela en las	Falta de ofrecimiento por parte del Estado	Al ser una investigación cualitativa teórica jurídica de corte propositivo, se prescinde de indicadores, ítems y la		

contrataciones con el Estado		escala de los instrumentos de recolección de datos, pues estas categorías solo se utilizan cuando se hace un trabajo de campo
	Ofrecimiento patrimonial por parte de un particular	
Igualdad ante la ley	Protección a la tutela jurisdiccional	
	No discriminación Igualdad de oportunidades	

La categoría 1: “La contracautela en las contrataciones con el Estado” se ha relacionado con las sub categorías de la Categoría 2: “igualdad ante la ley” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

Primera pregunta específica: Subcategoría 1 (Falta de ofrecimiento por parte del Estado) de la categoría 2 (Art. 412° Igualdad ante la ley) + concepto jurídico 1 (La contracautela en las contrataciones con el Estado).

Segunda pregunta específica: Subcategoría 2 (Ofrecimiento patrimonial por parte de un particular) de la categoría 1 (Igualdad ante la ley) + concepto jurídico 1 (La contracautela en las contrataciones con el Estado).

1.7. Propósito de la investigación

El propósito de la presente investigación es modificar el artículo 8° del Decreto de Urgencia N° 020-2020, así como el artículo 614° del Código Procesal Civil a fin de establecer el derecho de igualdad de armas cuando se solicita una medida cautelar tanto para el estado como para el contratista o particular.

1.8. Importancia de la investigación

Es importante debido a que la limitación establecida por el art. 8° del Decreto de Urgencia N° 020-2020 **vulnera de algún modo el derecho constitucional a la igualdad ante la ley**, así mismo imita el libre acceso a la justicia y a obtener tutela jurisdiccional, pues el tercero deberá adjuntar la carta fianza bancaria si es que desea solicitar una medida cautelar.

1.9. Limitaciones de la investigación

Las limitantes ha sido no conseguir expedientes sobre la igualdad ante la ley y la contracautela en las contrataciones con el estado para analizar las motivaciones del juez del cómo han estado resolviendo hasta el momento.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

2.1.1. Nacionales.

A nivel nacional se encontró la investigación (tesis) titulada: “Las medidas cautelares en los procesos de arbitraje en las contrataciones con el Estado”, por Jiménez (2022), sustentada en la ciudad de Chiclayo para optar el Título de Abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, cuyo propósito fue determinar si la ejecución de las medidas cautelares debe darse por el Poder judicial o estas deben ser ejecutadas de manera inmediata por el Tribunal Arbitral, todo ello, en el contexto de un proceso arbitral que tengan como materia la resolución de conflictos relacionados con las contrataciones con el Estado; en ese orden, es indispensable que el Tribunal Arbitral goce del *Ius imperium* tal como el Poder judicial, con la finalidad de coaccionar y/o ejecutar la medida cautelar interpuesta, quedando de lado lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 48 de la Ley de arbitraje N° 1071, el cual señala: “(...) en los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, (...)”, mientras tanto, el inciso 1 del mismo articulado establece que: “El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares (...)”; relacionándose de este modo con el problema de investigación de la presente tesis, toda vez que nos interesa desvirtuar las características más relevantes del desarrollo del arbitraje, así como los problemas más frecuentes que un proceso de esta calidad afronta en su aplicación, más aun considerando los fines que persigue un tribunal arbitral; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron la siguientes:

- Tomando en consideración la idea básica y general del proceso de arbitraje consistente en un mecanismo particular y/o privado de resolución de conflictos y además que surge de la plena autonomía de voluntad de los intervinientes en el proceso, es decir, que las partes de forma libre y voluntaria, además, con la intención de evitar todo el proceso judicial tedioso y burocrático deciden acudir al fuero arbitral, evidentemente, con el objetivo de dirimir su conflicto en un tiempo más corto y con la misma o mejor solución justa para ambas partes.

- Asimismo, en el contexto arbitral existen dos opciones para que las partes puedan adecuar mejor sus pretensiones, de este modo, está el Arbitraje *Ad Hoc* y el Arbitraje Institucional, este último acorde al análisis elaborado debe posicionarse por encima del primero en materia de Contrataciones con el Estado, en tanto, el inciso 1 del artículo 139° dispone que: (...) No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la (...) Arbitral; por consiguiente, las personas que contratan con el Estado están obligadas a introducir al fuero arbitral como parte o cláusula del contrato, no siendo permitido optar por otro medio de solución de conflictos.
- En tal sentido, la particularidad jurisdiccional del arbitraje se constituye en la esencia de esta, toda vez que representa por excelencia una función del Estado, dicha jurisdicción tiene cinco poderes, los cuales son: el poder de *Notio, Vocatio, Coercitio* o también entendido como poder de coerción, poder de decisión o *Iudicium*, poder de *Executio o Imperium*; por consiguiente, la jurisdicción entendida como aquella función de poder y deber.
- Por otro lado, el sistema arbitral tiene limitaciones que implican la disminución de la eficacia del arbitraje, las cuales perjudican cuando las decisiones de los árbitros deben ejecutarse de manera forzosa, por ello que existe la necesidad de recurrir al poder judicial.
- Respecto a la disparidad existente entre el contenido del inciso 1 del art. 48 y el inciso dos del mismo artículo de la Ley Arbitral N° 1071, en relación con la facultad del tribunal arbitral de poder ejecutar sus medidas cautelares y los casos de incumplimiento de tales medidas, motivo por el cual, la parte interesada podrá recurrir al órgano judicial a fin de exigir la ejecución de dicha medida por el solo mérito de las copias del documento que evidencie la existencia del arbitraje, tanto como de la decisión cautelar; en consecuencia, acorde al aporte del investigador dicha normatividad debería prescribir lo siguiente: En los casos de incumplimiento de la medida cautelar, la parte interesada podrá acudir al Tribunal arbitral, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida utilizando

el poder coaccionador de los funcionarios públicos, policiales y administrativos, siempre que las partes lo hayan pactado.

- En síntesis, el investigador considera razonable conferirle ese poder coaccionador al tribunal arbitral con el objetivo que evitar la intervención del poder judicial, pues, si en un inicio se tuvo a bien evitar el ingreso del conflicto al poder judicial, debido a la poca celeridad que ello implica, entonces, parece incongruente, por el solo hecho de la inejecución de una medida cautelar dictada en el fuero arbitral, regresar a un espacio no tan eficiente.

Finalmente, la tesis no empleo una metodología de investigación, motivo por el cual, en las referencias bibliográficas consignamos el enlace a fin de que cualquier parte interesada pueda corroborar lo dicho por el tesista.

Otra investigación encontrada a nivel nacional fue la tesis titulada: “La ineficiencia de las medidas cautelares de retención y los procesos de ejecución de sentencia en el Gobierno Regional de Ucayali 2020”, por Solis (2022), sustentada en la ciudad de Ucayali para optar el Título Profesional de abogado por la Universidad Privada de Pucallpa, cuyo objetivo fue determinar efectivamente la medida cautelar de embargo en forma de retención busca asegurar los bienes patrimoniales, el cual, puede servir para efectivizar el pago íntegro de una deuda, por ello, cuando se embarga una cuenta corriente u otro en cualquier entidad bancaria o financiera o, en casos en que se da la entrega de bienes muebles cuyo poseedor es un tercero, se requiere que el secretario interviniente debe diligenciar de forma personal y oportuna el acto procesal mencionado a fin de asentar el acta de embargo, así como identificar las cuentas y, de este modo, asegurar el monto íntegro del pago de la deuda solicitado por el demandante; relacionándose de este modo con nuestra investigación, en tanto nos interesa conocer la naturaleza y las partes fundamentales de una medida cautelar, así como la aplicación de la contracautela en cada tipo de medida que se solicita, pues, cada uno de ellos tiene un carácter particular que involucra el ofrecimiento de una garantía particular, también; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- En primer lugar, el investigador basado en el valor de $r = 0.878$ estimado gracias al coeficiente de correlación de Pearson, llega a la conclusión de que

existe relación significativa positiva alta entre la ineficacia de las medidas cautelares de retención y los procesos de ejecución de sentencia en el Gobierno Regional de Ucayali.

- En relación con los objetivos específicos, manifiesta que la hipótesis alterna se acepta, mientras que la hipótesis nula se rechaza, debido a que existe relación significativa positiva alta entre asegurar el cumplimiento de la sentencia de procesos de ejecución en el Gobierno Regional de Ucayali con un valor de $r=0.879$.
- Por otro lado, la hipótesis alterna es aceptada y la hipótesis nula rechazada, debido a que existe una relación significativa positiva alta entre la caución y los procesos de ejecución de sentencia, todo ello, en el Gobierno Regional de Ucayali, en cual estima el valor de $r= 0.879$ de acuerdo con la valoración del coeficiente de correlación de Pearson.
- Por último, se acepta la hipótesis alterna, mientras que la nula es rechazada debido a la existencia de relación significativa positiva alta entre la caución y los procesos de ejecución de sentencia en el Gobierno Regional de Ucayali, el cual se estima en función del valor de $r= 0.879$, conforme al coeficiente de correlación de Pearson aplicado en la presente investigación.

Finalmente, la tesis empleo una metodología de investigación basada en el método descriptivo correlacional.

Así mismo, se encontró una investigación titulada: “La funcionalidad de la responsabilidad civil derivada de las medidas cautelares y la problemática de la ejecución de la contracautela”, por Rodríguez (2018) sustentada en la ciudad de Lima para optar el Grado de Maestro en Derecho Procesal y Solución de Conflictos por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, cuyo objetivo fundamental fue evidenciar que, en ocasiones las medidas cautelares son empleadas con mala fe a fin de generar presión en la parte demandada, recordemos que la naturaleza de la ejecución de una medida cautelar a diferencia de otros tipos de resoluciones emitidas por un juez, estas buscan modificar la situación fáctica y de actuación inmediata de una cosa; en virtud de ello, es que el dispositivo normativo 621° del Código Procesal Civil reglamenta las consecuencias jurídicas, tales como: los costos y costas procesales, una multa o indemnización siempre y cuando se declara

infundada una demanda principal; no obstante, el contenido de este articulado no se extiende a los daños y perjuicios generados por la ejecución de las medidas cautelares, cuyo proceso principal puede concluir bajo cualquier forma especial (desistimiento, allanamiento, abandono, etc.) convirtiéndose así en el propósito fundamental de la presente investigación el hecho de desarrollar desde un punto de vista dogmático y jurisprudencia el fenómeno de la responsabilidad civil derivada de las medidas cautelares innecesarias y maliciosas, todo ello en relación con la institución de la contra cautela; vinculándose de este modo con nuestra investigación, toda vez que pretendemos analizar la naturaleza de la contra cautela, así como los sujetos que están obligados a ofrecerla dentro de un proceso especial de medida cautelar que abraza otro de carácter principal o cognitivo; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- La medida cautelar adquiere la investidura de un instrumento de carácter jurídico que busca proteger a la persona que siente amenazado o quebrantado un derecho, a su vez, surgen como mecanismos idóneos para contrarrestar la ineficacia jurisdiccional al momento de garantizar el cumplimiento de una sentencia, por ello, la función principal de estas es asegurar la efectividad de la resolución última y ejecutoriada de un proceso.
- Así mismo, es necesario recordar que los elementos o presupuestos al amparo de los cuales se puede emitir la ejecución de una medida cautelar son los siguientes: verosimilitud del derecho invocado, peligro en la demora y la razonabilidad de la medida cautelar.
- Ahora bien, todo ello en relación con el artículo 621° del CPC, el cual prescribe que, cuando se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, además de una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá requerirse también una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.
- El único presupuesto bajo el cual es factible solicitar el pago de las costas y costos procesales es cuando se declara infundada la demanda principal, mientras que, otros presupuestos tales como el allanamiento, el abandono, el desistimiento, etc., no constituyen un argumento suficiente para solicitar

tales requerimientos, aun cuando dichos supuestos hayan causado iguales o mayores daños y perjuicios a la parte demandada.

- Por consiguiente, consideramos firmemente en atención al juicio de resarcibilidad derivado de la interposición de medidas cautelares que, entre dicha conducta antijurídica y los daños generados deben existir una relación de causalidad adecuada, con la finalidad de solicitar una sanción civil para aquel que emplea una medida cautelar de forma maliciosa e innecesaria.

Finalmente, la tesis empleo una metodología de investigación basada en el método descriptivo correlacional.

Luego, se encontró la tesis titulada: “Prevención normativa contra maniobras fraudulentas, en agravio de acreedores, antes de la inscripción de una medida cautelar”, por Jiménez (2019), sustentada en la ciudad de Chiclayo para optar Título profesional de Abogado por la Universidad Particular de Chiclayo, cuyo propósito sustancial fue analizar la ineficiencia de las medidas cautelares de embargo en forma de inscripción dictadas por el órgano jurisdiccional en favor de cualquier sistema financiero, en el cual están comprendidos los bancos, cajas de ahorro y crédito, así como otras entidades financieras, cuyo servicio es ofrecer créditos; no obstante, el fenómeno surge cuando los deudores omiten el pago de estos préstamos, motivo por el cual, la entidad financiera transcurrido cierto plazo se ve en la necesidad de salvaguardar la garantía de estos, de este modo acude al órgano jurisdiccional para presentar su solicitud cautelar, y aquí viene el problema central, entre el plazo de tiempo que transcurre desde el ingreso de la solicitud cautelar hasta la consecución de la decisión del juzgado, además de la entrega de la parte judiciales para su anotación de los registros públicos existe un grave peligro de demora, pues los deudores emplean su mala fe para realizan actos fraudulentos en agravio de los deudores; relacionados de tal modo con el problema de investigación propuesto en el presente trabajo, en tanto surge la necesidad de conocer el lado positivo y negativo de la aplicación de la medidas cautelares, más aún, dentro cuando una de las partes involucradas resulta ser el Estado peruano, ente que por su investidura no está obligado a ofrecimiento de una contracautela, esto es, una garantía que sirva para remediar los daños y perjuicios causados al

objeto materia de una medida cautelar; de tal suerte que las conclusiones más importantes fueron las siguientes:

- El dispositivo normativo número 195° del Código Civil hoy en día no resulta ser tan eficiente, pues al establecer la figura de la acción revocatoria por fraude al acreedor, conocido también como Acción pauliana y estar diseñado para salvaguardar los intereses del acreedor burlado, en realidad genera una incertidumbre al acreedor eludido desde muchos antes por su deudor, sumado a la demora del proceso judicial y a la característica engorrosa del mismo, no se constituye en el mejor camino que una persona que haya padecido dicho fraude pueda elegir debido al costo-beneficio que ello implica.
- Del mismo modo, el investigador ha concluido su estudio manifestando lo siguiente: existe un vacío normativo que debe ser regulado en materia cautelar, la cual se basa en aquellos supuestos en donde se ha producido el incumplimiento de una acreencia y el deudor, todavía más, ha perdido su voluntad de satisfacer el pago, motivo por el cual, el deudor intuye el temor fundado de verse engañado por un acto fraudulento de su acreedor y luego esto se materializa.
- Ciertamente, la paz social en justicia se constituye en uno de los bienes más importantes de toda sociedad, por lo que deberá ser procurado y preservado por las autoridades y ciudadanos; de ahí, resulta trascendental coadyuvar con la reducción del riesgo que los acreedores padecen en relación con sus deudores y, sobre los actos directos e indirectos que estén encaminados a burlar lo que es justo, de lo contrario, no será favorable que la parte perjudicada busque la satisfacción económica o moral empelando el uso de la propia fuerza.
- Por todo ello, el investigador propone la modificación del artículo 656° del Código Procesal Civil, el cual contempla el embargo en forma de inscripción, pues, gracias a su misma naturaleza jurídica busca asegurar principalmente la eficacia de la sentencia que se emitirá en el proceso primigenio o cognitivo y con carácter de cosa juzgada, evitando o reduciendo de tal modo el riesgo de que, una vez alcanzada la tutela

definitiva sus efectos no sean defraudados o burlados por causas múltiples del deudor.

Finalmente, la tesis empleo una metodología de investigación basada en el método deductivo, todo ello en la Provincia de Jaén, lugar donde se estudió la problemática presentada.

Desde el ámbito nacional tenemos la tesis titulada: “Criterios axiológicos jurídicos para una teoría unitaria de la contra cautela y la indemnización por la interposición innecesaria o maliciosa de la medida cautelar, que tiene como autor a Ventura (2021), sustentado en la ciudad de Cajamarca-Perú”, para optar el grado académico de Doctor en derecho, por la Universidad Nacional de Cajamarca; la cual tiene el propósito de proponer una teoría de caución respecto de una indemnización por denuncia maliciosa. Está presente investigación citada se relaciona a la nuestra, toda vez que, se pretende efectuar una indemnización en contra del Estado por la existencia de una medida cautelar maliciosa. Por ello, el autor arriba a las siguientes conclusiones:

- La teoría unitaria del resarcimiento por la una medida cautelar maliciosa favorece al derecho de tutela efectiva material, asimismo como al derecho a la defensa con la simplificación de los procedimientos relativos al resarcimiento ocasionado.
- La misma teoría planteada por el autor favorece a la eficacia de las disposiciones normativas relacionadas a la ejecución de la medida cautelar.
- La finalidad de una contra cautela debe coincidir con los elementos y efectos de una medida cautelar.

La presente investigación emplea un método de investigación deductivo y analítico-sintético, por ello remitimos el link en la bibliografía para la corroboración por parte del interesado.

Otro, tenemos el artículo de investigación titulado: “El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú”, investigado por Landa (2021), en la ciudad de Lima-Perú, publicada en revista de Estudios Constitucionales; la cual tiene el propósito de presentar ideas esenciales y el análisis crítico sobre el derecho a la igualdad y no discriminación en las poblaciones vulnerables. Este presente artículo acotado se relaciona a la nuestra,

toda vez que, se trata de identificar y hacer frente a la desigualdad ante la ley por parte de la ley de contrataciones con el Estado. Por lo tanto, el autor arriba a las siguientes conclusiones:

- De acuerdo con el Tribunal Constitucional la igualdad se ve de dos dimensiones: La primera, desde una dimensión objetiva, pues se reconoce como principio constitucional, la segunda, desde una dimensión subjetiva, ya que, es un derecho fundamental.
- La jurisprudencia tuvo un periodo que data desde el 2001-2016, pues se recolectaron datos pertinentes para poder abordar de manera clara los siguientes puntos: El principio de la igualdad ante la ley, igualdad en la aplicación de la ley, igualdad material y sustancial, así como todo el desarrollo de su contexto histórico, pues gran parte del estudio ayudo mucho a cubrir algunos vacíos e imprecisiones de la ley.
- La protección del derecho-principio de la igualdad tiene distintos grados dentro del derecho adjetivo, pues se puede hacer respetar por un proceso administrativo, judicial y constitucional.

El presente artículo de investigación carece de una metodología de investigación, por lo tanto, remitimos el link en la parte bibliográfica para que pueda ser corroborada.

Del mismo modo, es la presente tesis de investigación denominada: “La violación al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y rol de las asociaciones de consumidores en la ley N° 29571, Magdalena del mar 2019”, sustentado por Ayca (2021), la ciudad de Lima-Perú, para optar el grado académico de Maestro en derecho constitucional y derechos humanos, por la Universidad Alas Peruanas; la cual tiene el propósito de determinar la relación entre el derecho a la igualdad y las asociaciones del consumidor en la ley N° 29571 respecto de la aplicación equitativa de la ley. La presente investigación acotada se relaciona a la nuestra, toda vez que, el objetivo primordial es de efectivizar la labor de los legisladores y, así se promulguen leyes sin contenido discriminatorio. Por ello, el autor de la presente investigación acotada llega a deslindar las siguientes ideas:

- Que, mediante prueba estadística se confirma que si existe una relación significativa entre la igualdad en la aplicación de la ley y la ley de asociaciones consumidores.
- De acuerdo con, la verificación estadística de la encuesta se tiene que, se rechaza una hipótesis nula y se acepta una hipótesis alternativa.
- Es importante el acceso a la participación del consumidor y participación ciudadana, pues así se obtienen beneficios en la sociedad.

La presente investigación emplea una metodología deductiva básica de tipo descriptivo correlacional, así que, dejamos el link para la corroboración de la situación mencionada.

2.1.2. Internacionales.

En el ámbito internacional se encontró una investigación (tesis) titulada: “Justicia cautelar y UE: una perspectiva mixta (jurisdiccional y arbitral) y su proyección sobre el ámbito marítimo”, por Orbegozo (2019), sustentada en la ciudad de Donostia para optar el Grado de Doctor en Derecho de la Empresa por la Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea, cuyo propósito fundamental fue examinar el desarrollo del instituto cautelar en el ámbito internacional, denominado también tutela cautelar internacional, como respuesta de los Estados para regular o dirimir las controversias suscitadas entre dos o más sistemas jurisdiccionales, básicamente, para pronunciarse respecto de la adopción de medidas cautelares en el litigio presentado entre estos entes de diferentes espacios territoriales y en los casos de las deudas en el tráfico marítimo y el embargo preventivo de buques; dicho estudio parte resaltando la utilidad de la medida cautelar en el contexto de un proceso principal, pues, menciona que es incluso más importante que la propia resolución de fondo en el plano comercial internacional, así, todavía se manifiesta con mayor frecuencia esta particularidad debido al volumen de operaciones de orden mundial desarrollados potencialmente en los últimos años, lo cual trae consigo una innumerable cantidad de litigios internacionales; de este modo se relaciona con nuestro problema de investigación en tanto nos interesa conocer a profundidad la importancia de la medida cautelar junto a la contracautela, pues no podemos hablar de la segunda sin la intervención de la primera, entonces, partiendo de la utilidad del instituto cautelar, el cual

consiste en asegurar el cumplimiento de la decisión tomada en el proceso principal o conflicto demandado en el fuero ordinario, nos interesa conocer los presupuestos básicos al amparo de los cuales se admite la medida cautelar, todo ello, con la finalidad de comprender la naturaleza y el requerimiento indispensable del ofrecimiento de una contracautela; por consiguiente, la investigación llegó a las conclusiones siguientes:

- El investigador parte de una idea básica producto del exhaustivo análisis y verificación de la tutela cautelar, la importancia superior de las medidas cautelares por encima de la decisión de fondo del problema principal, de este modo, llevando esta utilidad definida al plano del comercio internacional en un espacio donde se tiene que aplicar los efectos de las medidas cautelares, considera absolutamente conveniente plantear a la par la interposición de una medida cautelar, pues esto coadyuvará en gran medida con la rápida respuesta del demandado o afectado, dando pase incluso a la negociación entre ambas partes, claro está luego de un análisis de costo beneficio que implicara para ambos el hecho de continuar un proceso ordinario.
- Por ejemplo, el procedimiento de reclamación de deudas fronterizas involucra, además de la incertidumbre, como cualquier otro procedimiento, las cuestiones de Derecho internacional privado, tales como: la discusión de la competencia judicial internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones emitidas en aquel fuero, entre otros.
- En cuanto a la armonización europea en relación con el instituto cautelar, particularmente, sobre retención de cuentas, el investigador menciona que se trata de una figura cuyo fin es mejorar la unificación legislativa, puesto que, regula asuntos vinculados con la facultad discrecional de la autoridad jurisdiccional, además de la falta de determinación que padecen algunos preceptos o las renuentes remisiones de los ordenamientos estatales, que no contienen una uniforme manera de interpretar la norma a nivel de Estados miembros.
- Sobre la regulación convencional internacional en el ámbito marítimo se considera que la figura del embargo preventivo de buques, toda vez que

supone una extraordinaria repercusión práctica, no obstante, existen críticas a cierta parte de la nueva regulación marítima sobre la ejecución posterior del embargo, pues, el régimen internacional referido a privilegios marítimos e hipoteca es, ciertamente, una de las más probables causas del fracaso de la nueva regulación.

- En relación con el embargo preventivo de buques en el nuevo derecho marítimo español se ha podido observar su regulación en forma de Ley de Navegación marítima, la cual busca actualizar la legislación existente en España, además de coordinar sus disposiciones con el amplio número de derechos en materia marítima en el ámbito internacional; respecto a la materia cautelar se ha regulado respecto al embargo preventivo de buques, disposición que finiquita un evidente desorden legislativo en el que llegaron a estar vigentes ambos Convenios internacionales en materia marítima.

Finalmente, la investigación no empleó ninguna metodología de investigación a pesar de ser de corte doctoral, motivo por el cual, se adjunta en el enlace en las referencias bibliográficas de esta investigación para que lo mencionado sea corroborado por cualquier interesado.

Desde un punto de vista internacional tenemos el artículo de investigación denominado: “La igualdad ante la ley como derecho constitucional en Ecuador”, investigado por Ronquillo, Ojeda & Panchi (2021), en la ciudad de Quevedo-Ecuador, publicada en la revista Cienciamatria; la cual tiene el propósito de analizar desde una perspectiva legal la igualdad ante la ley como derecho constitucional. El presente artículo de investigación acotado se relaciona a nuestra investigación, toda vez que, la igualdad ante la ley es un derecho fundamental, y como tal, este derecho no debe ser vulnerado por ningún organismo del Estado. Por ello, el autor llega a las siguientes conclusiones:

- La debida aplicación de la igualdad ante la ley dentro del sistema ecuatoriano es a favor de la comunidad, pues el derecho recae en la Constitución del 2008 que garantiza la igualdad de sus ciudadanos, así como de su desarrollo óptimo.
- La protección de la ley está garantizada por los acuerdos internacionales, ya que, dentro de dichos pactos se le trata como un derecho humano.

El presente artículo de investigación emplea un enfoque cuantitativo a través de recolección de datos, exploración y análisis crítico de tipo documental y bibliográfico, por lo tanto, remitimos el link en la parte correspondiente para la verificación del caso.

Asimismo, tenemos el artículo de investigación titulado como: “El principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, investigado” por Risso, Garat, De León, Brun, Carrique, Furtado, Hernández, Martínez, Menéndez, Moglia, Paineira & Pereyra (2022), en la ciudad de Montevideo-Uruguay, publicada en la revista de Derecho de la Universidad Católica Dámaso; la cual tiene el propósito de analizar las sentencias de la Suprema Corte de Uruguay en los casos de procesos de inconstitucionalidad respecto de la vulneración del principio de la igualdad desde el año 2012 hasta el 2021. El presente artículo de investigación acotado se relaciona a nuestra presente investigación, toda vez que, se pretende modificar un precepto normativo respecto de la ley N° 1071 de Contrataciones con el Estado, puesto que, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley. Por ello, los autores de tan amplia investigación llegan a determinar que:

- Del total de 360 sentencias analizadas se tiene que, la mayoría de casos resueltos son por otros motivos, puesto que, no se ve lesionada el principio de igualdad, además se tiene que la jurisprudencia está ejecutada de acuerdo a la ley.
- Se tiene que, la Corte Internacional de Derechos Humanos aborda el tema del derecho a la igualdad de forma escasa.
- Los mecanismos idóneos para resolver tal controversia han ido evolucionando, pues los tradicionales no sirven para una sociedad que constantemente evoluciona por muchos factores.
- La doctrina existente respecto de al derecho a la igualdad ha ido disminuyendo constantemente, ya que, los tratadistas consideran que este conflicto social ya está resuelto.

El presente artículo de investigación aplica una metodología básica de análisis de sentencias, por ello, dejamos el link en la parte correspondiente para la comprobación del caso.

De ese modo, también presentamos el artículo de investigación denominado: Burocracia estatal: “Entre la internacionalización y la territorialidad”, investigado por Ciolli (2018), publicada por la revista Relaciones Exteriores, en la ciudad de Madrid-España; la cual tiene el propósito de comprender la configuración de las burocracias estatales en el libre desarrollo de las políticas estatales en América Latina en el siglo XXI. El presente artículo de investigación se relaciona a nuestra tesis de investigación, toda vez que, la ejecución de una medida cautelar con relación a un proceso judicial con el Estado peruano tiende a ser muy complejo, pues la burocracia se convierte en un gran obstáculo. Por ello, la autora del artículo de investigación deviene en las siguientes conclusiones de su estudio las cuales son:

- Las instituciones internacionales desarrollan una estructura burocrática en relación a las burocracias estatales determinando de ese modo similitudes y diferencias con el objetivo de culturizar a toda la sociedad.
- La burocracia estatal es híbrida y compleja, esto es, que mucho y eso es influido por la intervención de los procesos de internacionalización y territorialización que exceden en el aparato estatal.
- La posibilidad de cumplir las funciones regulativas a escala global se da por parte del IFI, así se garantiza la hegemonía capitalista del interior de cualquier territorio.

El presente artículo de investigación carece de una metodología de investigación, por lo tanto, remitimos el link en la parte de la bibliografía para que, el interesado pueda corroborarla.

2.2. Bases teóricas de la investigación.

2.2.1. Igualdad ante la ley.

2.2.2.1. Evolución histórica.

Es importante como punto de partida remontarnos en la evolución histórica respecto de la igualdad como derecho y como principio, de ese modo, las raíces primigenias sirven para comprender profundamente la naturaleza de la igualdad, esto es, relacionado con surgimiento del derecho a la igualdad ante la ley, por lo tanto, la presente investigación se centra básicamente en estas ideas.

En la antigua Grecia, el principio de la igualdad fue postulado inicialmente por el gran filósofo Aristóteles quien aclaraba que, los hombres son distintos los unos de los otros, pues las diferencias referidas por este filósofo son materiales, sin embargo, hay factores idénticos que comparten como son: La misma forma y naturaleza, la especie entre otros. Por lo tanto, las diferencias de carácter individual se determinan en ciudades o comunidades políticas mismas que deben estar conformadas por individuos que dominen oficios o algún tipo de arte, por lo que, Aristóteles precisa que, una ciudad no se origina con personas que sean semejantes en su totalidad (Chappuis, 1994, p.16).

Ahora bien, de acuerdo con la ideología mencionada será necesario tener que clasificar entre gobernados y gobernantes, aunque, hablar de la existencia de la igualdad natural de todos los hombres dentro de una ciudad no quiere decir que, sobre todos debe recaer la titularidad del poder, entonces, será idóneo que el poder sea solo de algunos individuos y, así lograr ejercer por un periodo prudente para después cederlo conforme dictan las masas (Chappuis, 1994, p.16).

Por todas estas razones, la Revolución Francesa y Revolución Americana son fenómenos históricos que contribuyen a la concepción moderna respecto del derecho a la igualdad, pues esta tiene raigambre liberal. Esto es, que el derecho a la igualdad acabó con el Estado clásico de Europa donde el Estado se mantenía indisoluble por las clases altas, asimismo, este derecho tenía ciertas características obligatorias, abstractas y espontáneas. En consecuencia, la imposición de la fuerza liberal ocasiona una simetría en la capacidad jurídica de todos los hombres, y para ello no era necesario la mediación de ningún orden social adyacente, de esa manera, se erradicaban las arbitrariedades y privilegios que contemplaban las razas y castas (García, 2008, p.109).

Del mismo modo, el hecho histórico del 4 de julio de 1976 respecto del Acta de Independencia de los Estados Unidos refiere que todos los hombres son creados bajo la idea de la igualdad. Por ello, la referida acta conviene que, ningún hombre o grupo humano puede poseer ventajas exclusivas o privilegios exagerados sin justificación (García, 2008, p.109).

Otro, es el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano aprobado el 26 de agosto de 1789; por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia fijando que, todos los hombres viven y nacen iguales y libres en relación a sus derechos, por lo que, la distinción se basará en una utilidad común. Igualmente, dentro de su artículo 6 afirma que, la ley es una expresión de voluntad genérica, por ello, los individuos de la sociedad son iguales ante ella, así como para la designación de empleos y cargos públicos, pero teniendo en cuenta la capacidad para el puesto asignado y prevaleciendo su virtud y talento (García, 2008, p. 110).

Por ende, disertar del pensamiento liberal del siglo XVIII – XIX acarrea como resultado que, el principio de la igualdad sea la paridad frente a la ley. En pocas palabras, es una situación de equiparidad donde no se realiza ningún tipo de distinción entre personas, ni en relación con la ley. Entonces, es debido a la existencia del principio de la igualdad que, se elimina todo vestigio del Estado y su funcionamiento que prevaleció durante Europa medieval (García, 2008, p. 110).

A modo de resumen, la evolución histórica del derecho a la igualdad muestra evidencias que, los ciudadanos siembran esfuerzos de luchar por la igualdad y eliminar privilegios que imponían las clases altas de manera exagerada, por ello, los frutos de sus esfuerzos deben ser claves para erradicar con la discriminación del siglo actual, así rechazar todo acto contrario al derecho.

2.2.2.2. Generalidades.

De acuerdo con Espinoza-Saldaña (2020, pp. 5-6) manifiesta que, la discriminación no es algo reciente, pues existe desde mucho tiempo atrás. La problemática fundamental se centra en actos ligados a la raza, la lengua, el origen, sexo o cultura. A continuación, detallamos *grosso modo* cada una de estas situaciones de la discriminación:

2.2.2.2.1. Por la raza.

El Perú es un país multiétnico y multicultural, y tiene un antecedente negativo de la discriminación, puesto que, se viene practicando desde tiempos muy remotos, también, es un fenómeno que no se reconoce como un gran problema y en algunas ocasiones de muestra indiferencia. Las personas que desplegaban esta actitud reprochable con manifestaciones racistas fueron las personas de test blanca,

ello, hacia los afroperuanos, indígenas o personas del oriente. A fines del año 2017 se llevó a cabo una encuesta nacional respecto del presente tema; la cual concluyó con los resultados respecto de las actitudes y percepciones en base a la discriminación étnico racial – diversidad cultural que, el 53 % de las personas creen que los peruanos son racistas o muy racistas; sin embargo, únicamente un 8% se considera como racista o muy racista.

Asimismo, en la encuesta se logra observar que, más de la mitad de las personas en algún episodio de sus vidas han sido víctimas (magnitud baja) de discriminación, de todo ello, un 28% señaló que el principal factor de causa la discriminación fue el color de piel, un 20% indicó que el segundo factor fue en relación a su nivel económico y un 17% refirió que tal acto fue ocasionado, debido a, sus rasgos físicos y faciales. En particular, se finalizó con los resultados que involucraban a instituciones médicas en un 22%, comisarias en un 19% y en las municipalidades en un 14%, puesto que, en estos lugares los encuestados confirmaron ser víctimas de discriminación. Por último, es necesario mencionar que el 60% de personas encuestadas reafirman que las personas más vulnerables a estos hechos son los afroperuanos, pues son discriminados o muy discriminados, ello, se debe a la absurda causa del color oscuro de su piel, defectos físicos, rasgos étnicos, asimismo, estos son relacionados con la existencia de la delincuencia.

2.2.2.2.2. Por su origen, idioma o cultura.

Seguidamente, de la misma encuesta antes mencionada se obtuvo resultados de un 59% a nivel nacional que, también sufren estos actos las personas pertenecientes a las etnias del aimara y quechua, pues su desatinada causa es por su dialecto o su forma típica de vestir. El 57% de personas encuestadas, también, responden a que las personas oriundas de la sierra y selva son discriminadas o muy discriminadas, pues las causas encontradas para tal acto son su dialecto, forma de vestir, rasgos físicos o faciales.

Por lo tanto, del total de la encuesta también se logra percibir que el 34% tiene conocimiento respecto de la expresión diversidad cultural, por lo que, el 15% la relaciona con el concepto de las tradiciones y costumbres, el 10% la involucra con las razas o etnias y el 9% con las diversas culturas, sin embargo, también es señalada como expresión cultural que implica las fiestas regionales, danzas típicas,

las comidas, fiestas patronales, las diferentes y diversas (lenguas-vestimentas). Por su lado, cuando las personas encuestadas con de la sierra o selva advierten que la expresión cultural también es la medicina ancestral.

2.2.2.2.3. *Por sexo.*

De acuerdo con, los resultados del censo practicado por la INEI en el año 2021, la población de mujeres respecto de los varones está en un total del 50,4%, entonces, en relación a la discriminación estas son más propensas por su género, más aún, dentro de un contexto de violencia. De ahí que, por muchos sucesos políticos, culturales o económicos la discriminación contra las mujeres a encontrado un ligero cambio en el ámbito político, pues la participación en asuntos políticos es de 50/50 respecto de los varones, y sobre todo en la designación de cargos públicos. No obstante, de acuerdo con los antecedentes históricos del Perú se tiene una evidencia clara que, nunca se tuvo a cargo una presidenta de la república como tal, pese a que, llevamos 201 años de vida republicana donde la democracia se encarga

de práctica la igualdad política en las elecciones. Ciertamente, se tiene que únicamente dos mujeres fueron nombradas integrantes del Tribunal Constitucional.

Por otro lado, cuando hablamos de los salarios en relación con el ámbito laboral tanto de mujeres como varones se tiene que, la remuneración de las mujeres es inferior. Puesto que, la participación en empresa privadas no es muy creciente, en efecto, la indiferencia muchas veces acarrea violencia en todos sus extremos, siendo casos muy graves los delitos de feminicidio.

Otro, es hablar respecto de la discriminación por sexo, ya que, la existencia de la discriminación por identidad de género o por orientación sexual también es una realidad problemática de la sociedad peruana. Los organismos internacionales como la OMS, OIT, ONU, WFD, Unesco, Unicef, Onusida, Unodc, etcétera. Hacen una observación respecto del fenómeno social y concientizan a los Estados parte para ejecutar una inserción de medidas de urgentes de protección dentro de sus legislaciones, y así, ponerle freno y fin a la violencia - discriminación de la que son víctimas las personas con distinta condición de género u orientación sexual (MINP, 2019, s/p).

En efecto, la discriminación se ha vuelto un tema de gran importancia para las sociedades o grupos humanos, pues a través de doctrinarios y legisladores se han optado cuerpos normativos que incorporan diversas leyes en contra de la discriminación y desigualdad que, tienen el objeto fundamental de regular la problemática; amparando la igualdad de todos los individuos y resguardando los derechos esenciales.

A modo de resumen, los casos suscitados por el tema de discriminación van de lo más simple y lo más complejo, por lo que, en algunas ocasiones las leyes no cubren todos esos extremos de los casos ocurridos, no obstante, existen situaciones donde el sujeto activo de la discriminación es la misma ley, por tanto, vulnera derechos fundamentales o esenciales de los individuos de la sociedad, entonces, estaríamos frente a una omisión de la igualdad ante la ley.

2.2.2.3. La igualdad en la normativa internacional.

Es necesario que, para la presente investigación abarcar el tema desde un punto de vista nacional, sin embargo, para ordenar las ideas y tener claro el objeto de la investigación debemos recurrir a la revisión de algunos sistemas internacionales, toda vez que, la aparición de los primeros esfuerzos contra la lucha de la discriminación se encuentra plasmadas en los tratados internacionales.

De acuerdo con, Nogueira (2006, p. 801), refiere que el principio de la igualdad tiene sus orígenes en la conciencia jurídica de la humanidad, ello en base a que, se tiene una alta estima a la dignidad de la persona, pues esta idea está plasmada en tratados y declaraciones de orden internacional. De ahí que, se habla de los derechos humanos y de los derechos fundamentales dentro de las leyes nacionales con el respaldo del principio de *ius cogens*.

Seguidamente, detallamos *grosso modo* los principales tratados internacionales que abarcan todo lo relacionado a la igualdad, de los cuales, el Perú viene siendo miembro o parte de tales acuerdos.

2.2.2.3.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Esta declaración menciona dentro de su artículo 10 que, toda persona tiene derecho a ser públicamente escuchada, vivir en condiciones de completa equidad, a tener un sistema o tribunal basado en la justicia, ser independiente e imparcial. De ahí que, al momento de que, a una persona se le acuse penalmente se debe garantizar

sus derechos y obligaciones. Del mismo modo, en su artículo 21.2 señala que absolutamente cada una de las personas posee el privilegio de acceder a todas las funciones públicas de su país, pero en condiciones de completa igualdad.

Ahora bien, su artículo 7 desarrolla respecto del tema de la no discriminación puntualizando que todas las personas son iguales ante los ojos de la ley, en efecto, no debe existir distinción o clasificación entre ellos mismos. En consecuencia, todos tiene protección de la ley dentro de los límites de la igualdad, pues se garantiza la protección, así evitar cualquier acto que vulnere los preceptos de la declaración.

A modo de resumen, precisamos que el principio a la igualdad se encuentra ligado dentro del mercado laboral, ello pues, dentro del artículo 23.2 donde menciona que, todas las personas deben tener igual acceso al salario equitativo.

2.2.2.3.2. La Convención Americana de los Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta que, el artículo 24 estima que, toda persona es igual frente a la ley, es decir, el derecho garantiza la protección frente a la ley si mediar discriminación alguna. Del mismo modo, la convención dentro de su artículo 8.2 indica que toda persona, a la cual, se le impute un delito tiene derecho a la presunción de su inocencia hasta que, se demuestre por intermedio de un juicio lo contrario, aunque se debe otorgar garantías mínimas en el proceso. Por ende, la igualdad que promueve la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene que ser aplicadas en diferentes procesos administrativos o en conflictos individuales. Asimismo, en su artículo 17.4 la convención recomienda que, los estados parte tienen el deber de tomar medidas idóneas para garantizar la igualdad de los derechos, así como la equivalencia de los cónyuges o la familia.

Otro, artículo que detalla el tema es el 17.2, pues reconoce que tanto mujer como hombre poseen el derecho a concebir nupcias, tener familia, todo ello, siempre y cuando estén dentro de los alcances y permisiones de la ley, asimismo, que no se vulnere el principio de la no discriminación. Por último, el artículo 23.1 sostiene que los derechos políticos que hace mención dicha convención deben tener mayor asidero en el literal c, puesto que, indica que todo ciudadano tiene acceso a la información pública de su país.

2.2.2.3.3. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Entre tanto, su artículo 3 hace la precisión de que, los estados parte garantizarán la igual existencia de varón y mujer con el propósito de que, estos ejerzan plenamente todos sus derechos políticos y civiles. Asimismo, dentro del artículo 14.3 el pacto habla respecto de las condiciones igualitarias en las que se deba procesar a una persona, sin privilegio ni, trato diferenciado. En consecuencia, el Estado peruano al ser parte del pacto reflejo estos lineamientos dentro de su ordenamiento jurídico, tanto para procesos, administrativos, civiles, penales, laborales, etcétera.

Por otro lado, el artículo 23.4 insta al Perú, como miembro, a determinar medidas idóneas para asegurar la igualdad de derechos, más aún, dentro de la familia. De ahí que, el artículo 25 establece que todas las personas tienen condiciones iguales.

Otro, es el artículo 26 donde se precisa que, todos los hombres no pueden ser discriminados, por tanto, todos son iguales ante la ley, así como recibir protección por parte del Estado. Por ello, que la ley prohíbe cualquier tipo discriminación y tiene el deber de brindar y garantizar la efectividad de la protección igualitaria, esto es, se prohíbe la discriminación en relación al idioma, raza, religión, color de piel, ideología política entre otros.

2.2.2.3.4. Instrumentos internacionales donde el Perú también es parte.

Los cuerpos normativos internacionales (convenios y pactos) son muy importantes, pues estos instrumentos guardan una íntima relación con los principios de no discriminación y otros relacionado a ella. Dentro del contexto, podemos hacer mención a los siguientes acuerdos normativos internacionales: La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo.

Igualmente, en lo que respecta al nivel regional interamericano el Perú cuenta con una normativa vigente que es: La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación con las Personas con Discapacidad, Convención Interamericana contra el Racismo-la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y La Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

Entonces, de acuerdo con Nogueira (2006, p. 81) observa que, todos los tratados internacionales en relación con el derecho a la igualdad guardan armonía con la dignidad de la persona, pues con este derecho se pretende asegurar y reconocer la dignidad de todos. De ese modo, la igual dignidad cubre a todos y cada una de las personas naturales.

A modo de resumen, los tratados internacionales promueven y expresan respecto del derecho a la igualdad, y lo desarrolla como uno de los principales derechos fundamentales, es decir, los tratados pretenden proteger al ser humano por su propia condición, por tal razón, se justifica tal protección. Asimismo, el objetivo de los tratados internacionales es de buscar y complementar el marco legal de los estados parte, ya que, el deber de resguardar y/o garantizar la igualdad será su finalidad. Por tanto, los mecanismos optados para cumplir los derechos plasmados son estrictos, por lo que, la vulneración del derecho a la igualdad debe tener una consecuencia jurídica que sirva de ejemplo a los infractores de la ley.

2.2.2.4. La igualdad en la normativa nacional.

La carta magna del año 1993 establece dentro del artículo 2 inciso 2 que, toda persona posee el derecho: “(...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de su raza, origen, idioma, sexo, condición económica o cualquier otra índole”. Por lo que, del precepto mencionado se puede apreciar que guarda relación con la prohibición de la discriminación y el derecho de la igualdad ante la ley, ambos guardan relación con el derecho a la igualdad.

Por su parte, Huerta (2005, p.309) señala que, el artículo e inciso citados poseen grandes omisiones y deficiencias, entonces, las observaciones que se hacen al derecho a la igualdad dentro del ámbito constitucional son las siguientes:

- La Constitución Política del Perú (1993) solo habla del derecho a la igualdad ante la ley, por tanto, esta manifestación estaría incurriendo en una limitación legal, así desconoce la inexistencia de un reconocimiento general del derecho.
- Esta ley fundamental de todo el ordenamiento jurídico no precisa la obligación del Estado, sobre todo, respecto de las medidas pertinentes para sancionar y promover la igualdad material, todo esto, en favor de aquellos individuos que estén pasando momentos indeseables que, amerita la práctica de la discriminación.

De ese mismo modo, Huerta (2005, p.309) soslaya que, |si bien es cierto, existen algunas omisiones respecto del alcance de la ley y el derecho a la igualdad, pero no quiere decir que, los órganos u organismos del Estado no estén limitados a generar jurisprudencia y cubrir estos vacíos que, muchas ocasiones el legislador no toma en cuenta. Entonces, es muy importante que, la carta magna precise más los alcances de la ley, pero sobre todo lo relacionado con los dos puntos antes mencionados. En efecto, este simple acto contribuiría con la sociedad ya que daría mayores alcances respecto del contenido del derecho a la igualdad.

Por su lado, Espinoza-Saldaña (2020, p. 12) añade que, dicho precepto también tiene una gran variedad de motivos que, no logran justificar la discriminación. Del mismo modo, los doctrinarios aseguraron que, no se estaba permitiendo deducir muchos más supuestos de los que existen en el referido artículo. Es así que, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional hicieron algunos pronunciamientos para resolver en parte las controversias sobre cuando el artículo refiere la expresión de cualquier otra índole, ya que, dicha expresión dejaba abierta la posibilidad para la aplicación del principio de no discriminación respecto de otros casos en específico.

Concordamos el pensamiento, de Espinoza-Saldaña cuando refiere la existencia de una gran cantidad de jurisprudencia confirmando respecto de los vacíos de la aplicación del principio de la no discriminación y derecho a la igualdad, entonces, sigue latente la vulneración del derecho. Asimismo, es importante la necesidad de una correcta interpretación para lograr una efectiva garantía y debida protección, pues de considerar las recomendaciones legales el justificable se vería perjudicado por alcanzar su derecho de la igualdad ante la ley, como también, fomentar la inseguridad e incertidumbre jurídica.

Para argüir, es vital indicar que en el Perú ha desarrollado una amplia nomenclatura de normas que desarrollan y reconocen el principio de la igualdad y la no discriminación, las cuales son las siguientes:

- La ley N° 26772 (17/04/1997) publicada en el diario oficial El Peruano que, básicamente dispone que los requisitos formales de los centros de trabajo no contengan una alteración o una exageración formal.
- La ley N° 27942 (27/02/2003) aprobado por D.S. N° 010- 2003-MIMDES denominada Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual.
- Ley N° 28983 (16/03/2007) titulada: Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombre.
- D. S. N° 004-2009-TR (30/03/2009) en donde se establece los actos discriminatorios para aquellas personas que son empleadas del hogar.
- La ley N° 29944 (25/11/2012) titulada: Ley de la Reforma Magisterial, con su respectivo reglamento, la cual, regula los procedimientos administrativos disciplinarios contra el personal educativo reportado por violencia sexual hacia estudiantes.
- La ley N° 30364 (23/11/2015) denominada: Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar y su respectivo reglamento aprobado por el D. S. N° 009-2016-MIMP.
- La ley N° 30709 (27/12/2017), que prohíbe la discriminación remunerativa entre mujeres y varones, así como su reglamento aprobado por D. S. N° 002-2018-TR.
- D. S. N° 068-2017-PCM (24/06/2017), la cual se refiere sobre El diagnóstico de la desigualdad salarial en el Estado

- D. S. N° 005-2017-MIMP (20/07/2017); la cual dispone la creación de un mecanismo para la igualdad de género en las entidades del gobierno nacional y de los gobiernos regionales.

2.2.2.5. Igualdad como principio y derecho.

Para conocer más del tema es vital conocer la igualdad desde dos móviles: Primero, como principio y segundo, como derecho, de ese modo, se podrá evaluar a fondo si existe o no vulneración a la igualdad. Por consiguiente, abarcaremos el tema desde la postura de García (2008, pp.113-114):

2.2.2.5.1. El principio de igualdad.

Como principio la igualdad debe ser concebida como una orden o mandato, cuyo objetivo primordial es la verificación jurídica-social. Asimismo, es una pauta rectora de la organización y actuación del Estado, pues se garantizará la emisión de actos administrativos y la promulgación de leyes.

Por ello, la igualdad como principio posee dos características en relación al Estado, por un lado, de forma positiva o intervencionista, y por el otro, de forma negativa o abstencionista, las cuales se desarrollarán de forma sincrónica y simultánea.

La primera característica, se entiende de manera resumida en tratar igual a los iguales, mientras que a los desiguales con la misma actitud que muestran; en efecto, no se habrá determinado la existencia de la discriminación mediante la ley. La segunda característica, se refiere a tratar de forma diferente por un lapso de tiempo mediante la denominada discriminación inversa o acción afirmativa.

Del expediente N°0261-2003-AA/TC y N° 0018-2003-AI/TC del caso de la Cámara Peruana de la Construcción que atañe a Máximo Yauri y más de cinco mil ciudadanos se tiene los siguientes alcances respecto del principio de la igualdad: En primer lugar, el principio es un límite de la actuación del Estado, ello respectivamente en el ámbito judicial, legislativo y administrativo. En segundo lugar, el principio es un impedimento u óbice para establecer prohibiciones. En tercer lugar, el principio es una pauta que guía los actos del Estado, así dirimir los obstáculos políticos o sociales que, estén restringiendo la igualdad de manera genérica entre personas.

Por otro lado, el principio de la igualdad tiene dos enfoques que son: La igualdad formal y la igualdad material. La primera, tiene un alcance primigenio desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (Francia-1789) donde se mencionaba que, todos los hombres son iguales ante las leyes; es decir, la ley va a ser igual, tanto en sus permisiones como en sus mandatos, para todas las personas. La segunda, es un complemento de la igualdad formal, pues estamos en el enfoque donde no solo se requiere del sometimiento de las personas a la ley, sino que se requiere del reconocimiento de una obligación que permita crear un escenario donde todas las personas cuenten con las mismas oportunidades; para ejecutar sus proyectos de vida.

2.2.2.5.2. El Derecho de igualdad.

Es la facultad inherente de toda persona que se exige de manera colectiva o individual, por ello, se dice que a través de este derecho las personas tienen que recibir un trato simétrico y homologado, tanto del Estado como de las leyes. Asimismo, también al momento de la aplicación de la ley, aunque se recurre a medidas excepcionales cuando exista razón suficiente para realizar un trato diferenciado.

De ahí que, el derecho a la igualdad exige no solo a los poderes públicos, sino también a los particulares a adecuar sus actuaciones o conductas de forma equitativa al momento de relacionarse o tratar con otras personas, puesto que, el derecho de la igualdad somete a todas las mismas condiciones. Por otro lado, hablar del trato diferenciado es cuando la conducta de la persona no solo sea desaprobada por la sociedad y ley, también se debe fundamentarse en un fin legítimo. Entonces, el derecho de la igualdad es un derecho fundamental concebida en nuestra norma constitucional que, puede ser invocada en cualquier ámbito de la vida de la persona.

Por tanto, la igualdad como derecho tiene una proyección deontológica, así que forma parte del sistema constitucional con fundamento democrático. Además, es determinado como un patrimonio jurídico de la persona obtenido a través del derecho natural, por ende, la igualdad se ciñe considerando los hechos acontecimiento y situaciones de las personas. En efecto, es un derecho subjetivo de toda persona para poder percibir un trato igualitario, así evitar los privilegios de algunos.

Como resultado, el Tribunal Constitucional a través del expediente N° 01604-2009-PA/TC señala que, la igualdad es un principio y un derecho en donde la idea fundamental es mantener la existencia de condiciones iguales, es decir, todo está relacionado a un plano de equivalencia. Entonces, de acuerdo con el preciso que hace el TC respecto de la igualdad no se permite establecer la excepción o privilegio de un caso sin una justificación previa. Concretamente, en la sentencia citada, y específicamente en el considerando cuatro nos dice: Que, el derecho estatal garantiza y reconoce la igualdad. En primer lugar, cuando estamos frente a una abstención de un actuar legislativo o judicial donde haya arbitrariedad; no justificable o no razonable, en segundo lugar, cuando el derecho subjetivo se reajusta de acuerdo a los hechos o situaciones del caso.

2.2.2.6. Igualdad ante la ley.

La Constitución Política del Perú manifiesta en su artículo 2 inc. 2 que todos son iguales ante la ley y que nadie debe ser objeto de discriminación por raza, religión, idioma, opinión, condición económica, sexo, origen o cualquier otra índole.

Por lo cual, la igualdad ante la ley explicada en el expediente N° 00048-2004-AI/TC se entiende a partir de dos facetas: La igualdad ante la ley y la igualdad de la ley, pues entender esto es de gran relevancia porque la constitución no reconoce, ni hace la diferenciación de estas dos facetas. Por lo que, de acuerdo el fundamento 70 de la referida sentencia manifiesta que **La igualdad ante la ley** consiste en que la misma norma debe ser aplicada de manera transparente e igual para todas las personas. La **igualdad de la ley** es cuando el mismo organismo u órgano jurídico no puede cambiar o modificar de modo arbitrario el sentido de las decisiones cuando estas se encuentran inmersas en la situación sustancial de la igualdad.

Por lo cual, Nogueira (2006, pp. 67-68) desarrolla una tercera faceta: “**La igualdad mediante la ley**”, se tiene que de acuerdo a los antecedentes históricos la igualdad formal emana de la existencia de un Estado formal y liberal, la igualdad material emana de la existencia de un Estado material y social de derecho, por ello, la existencia de un Estado legal da paso a un Estado constitucional surgiendo la igualdad como un núcleo básico de la justicia. De ahí que, de los antecedentes

también se tiene que al terminar de la II guerra mundial la igualdad es insertada dentro del contenido de la ley, así como a las normas de rango constitucional.

Entonces, Huerta (2005, p. 308) agrega que, la igualdad ante la ley consiste básicamente en el actuar de Estado, por lo tanto, hablar de discriminación es hablar en todas sus formas. Un ejemplo, es cuando se emiten normas jurídicas con contenido discriminatorio, pues este es un caso muy recurrente en la vida práctica; por ello, es muy importante el reconocimiento de este derecho dentro de la sociedad.

De ese modo, el mismo autor indica que el derecho a la igualdad ante la ley se desprende del contenido del derecho a la igualdad, empero, es analizada y estudiada de forma independiente. Ya que, tanto el derecho a la igualdad como el derecho a la igualdad ante la ley, en muchos casos, no logran comprenderse de manera correcta e idónea. Esto es, porque la Constitución hace mención del derecho de la igualdad ante ley, mientras que, no lo hace sobre el derecho a la igualdad (Huerta, 2005, p. 315).

En consecuencia, se debe tener en cuenta que de todo lo detallado hasta el momento el derecho a la igualdad ordena que, nadie debe ser tratado con un trato diferenciado *contrario sensu* en la presente investigación nos encontramos frente a un caso de un acto discriminatorio en la ley. De modo que, si hablamos del mandato que contiene el derecho a la igualdad, esto hace posible que su alcance recaiga en todo el Estado con carácter potestativo, por lo que, el mandato tiene la finalidad de que, no se emitan normas con carácter discriminatorio. Por lo tanto, se debe entender que la única idea fundamental de la existencia de este derecho es que no de origen a normas discriminatorias, no obstante, se deben crear leyes parciales sin diferenciación, ni discriminación (Huerta, 2005, p. 315).

En síntesis, la denominación derecho de la igualdad ante la ley, no debe ser comprendida como la prohibición de la discriminación mediante la ley está sujeta solo al sistema en sentido formal, sino que, esta debe alcanzarse en todos los extremos como es el caso: Las autoridades, congresistas, personas y otros (Huerta, 2005, p. 315).

2.2.2.7. Discriminación y diferenciación.

De estas dos figuras (discriminación y diferenciación) se puede precisar que comparten algunas características, así como también algunas incompatibilidades,

debido a ello, será vital enmarcar como operan ambas figuras. Desde el punto de vista de, Chappuis (1994, p. 16) la revisión del ámbito internacional respecto a la igualdad nos lleva a argüir que, estamos frente a un derecho fundamental del ser humano, mismo que se reconoce en nuestra carta política de 1993. Por lo cual, se tiene positivizada que todas las personas forman parte del grupo social, pues poseen los mismos derechos y obligaciones, Sin embargo, dicha afirmación resulta un tanto imprecisa, pues vemos que en la realidad social todas las personas no son iguales, por ende, la legislación los trata de manera indistinta.

De ese modo, García (2008, p. 116) hace una precisión, pues la diferenciación y la discriminación son distintas. Pero, respecto de su naturaleza ambas son de propias de la actividad humana, por ello, es que las personas poseen las mismas condiciones como seres libres y racionales. Empero, la igualdad no se encuentra relacionada con las calidades accidentales, esto es, que cada persona es igual respecto a la naturaleza, pero no el cuanto a las calidades accidentales. En ambas expresiones mencionadas encontramos algunas características compartidas como: Psíquicas, intelectuales, físicas, sociales (específicas-concretas). Por lo tanto, es verdadera la afirmación de que los seres humanos son seres iguales y distintos a la vez.

Por su parte, Fernández (c.p. García, 2008, p. 116) precisa que, resulta válido hacer una disimilitud entre el derecho con algunas personas, no obstante, el autor afirma que es posible tratar diferente de acuerdo a la situación jurídica que, posee cada persona. Para ello, se debe tener en consideración la propia realidad psíquica, intelectual, física o social, asimismo, éstas realidades van relacionadas con las características propias de su peso, talento, peso, etcétera.

Por ejemplo, para entender respecto de la situación jurídica diferenciadora se tiene que: Un menor de edad no puede ser acusado penalmente, puesto que, este debe cumplir la mayoría de edad para ser sancionado con una pena efectiva en un establecimiento penitenciario, de igual modo, sucede con las personas discapacitadas que desean llevar a cabo actos jurídicos, pues la ley estima que deben tener una representantes o curadores (Chappuis, 1994, p. 15). De ello, se infiere que la legislación peruana en situaciones extraordinarias distingue por características como la edad, raza, nacionalidad, capacidad civil entre otros. Esto es, a simple vista

una contradicción a la igualdad, sin embargo, va más allá de la obligación de tener que hacer respetar las leyes.

Por consiguiente, es pertinente la disimilitud, pues es una necesidad reglamentar situaciones jurídicas distintas y situaciones jurídicas equivalentes, genéricas o comunes. De ahí que, el tratamiento legal debe ser igual para todas las personas, aunque la asimetría se produce por las diferentes calidades accidentales y la naturaleza latente. En efecto, es posible ejecutar una disimilitud en cuanto a los derechos de las personas, ya que, un tratamiento legal desigual no puede tacharse de injustificado siempre y cuando no se esté afectando la dignidad de la persona (García, 2008, p. 116).

Ahora bien, el derecho no puede desconocer la diferencia que radica en cierto grupo de personas, por ello, determinar las situaciones jurídicas de las personas se vuelve de extrema obligación para los legisladores, pues ellos son los que formulan las disposiciones diferenciadoras, por ende, la finalidad es de equilibrar el trato igualitario. Sin embargo, entender la teoría de tratar desigual a los desiguales muchas veces se convierte en una situación de discriminación, así pues, las disposiciones diferenciadoras se vuelven un problema porque van a vulnerar el respeto a la dignidad o al principio constitucional de la igualdad.

Siendo así, los derechos plasmados en la Constitución son fundamentales, así la discriminación es concebida como una conducta ilegal, ya que, quiebra la dignidad y la igualdad. En síntesis, el legislador debe hacer una labor que va más allá de elaborar leyes, pues sobre este recaerá la responsabilidad de clasificar y diferenciar las disposiciones diferenciadoras para regular a los desiguales, sin embargo, la omisión de un buen proceso político denota la existencia de un Estado donde prima la desigualdad y la justicia pierde su esencia (Chappuis, 1994, pp. 16-17).

De modo que, Chappuis (1994, pp. 17-19) establece algunos móviles para determinar la existencia o no de un contenido discriminatorio que, básicamente son:

- El test de desigualdad.
- El test de relevancia.
- El test de razonabilidad.

Entonces, estos tienen el propósito de someter al caso a una comprobación pertinente, asimismo, los test en citados son puestos en acción cuando se puede notar la existencia de una norma arbitraria o en extremo en casos complejos.

2.2.2.8. La no discriminación o prohibición de discriminación.

La prohibición de discriminación se entiende de la siguiente expresión: El Estado tiene prohibido llevar a cabo tratos desiguales entre sus ciudadanos; también, puede ser delimitada en un sentido más estricto, donde la desigualdad nunca debe entorpecer la existencia de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico. Por lo cual, la discriminación es estudiada en relación a la supremacía de un derecho fundamental, así un derecho referido a la igualdad estará vinculada a un derecho relacional (Huerta, 2005, pp. 310-311).

Debido a ello, las causas de la discriminación son conocidas; entre las cuales se tiene el sexo, el idioma, la raza, la nacionalidad, religión, ideología, etc. Así pues, la expresión: De cualquier otra índole establecida en el artículo 2.2. de la Constitución Política del Perú alcanza a un sinnúmero de actos o conductas que atentan contra la igualdad y muchas veces son producto de la discriminación. Entonces, la expresión mencionada deja abierta muchas puertas abiertas al momento de revisar una gran diversidad de casos.

Por esta razón, el sistema jurídico del Perú tiene la debilidad de una mala interpretación o comprensión de los textos legales, y sobre todo en las normas de rango constitucional, en efecto, se vuelve en un problema para toda la sociedad. Por tales conjeturas, algunos de los doctrinarios interesados en el caso refieren que, la salida de la imprecisión de la norma se refuerza con la ampliación de razones que, nos conllevará a identificar una situación de discriminación, por el contrario, otro sector de la doctrina enfatiza que la norma actualmente en vigencia es la correcta, pues es una salida muy práctica e inteligente (Huerta, 2005, p. 312).

En nuestra opinión, compartimos la última idea mencionada, ya que, es muy inteligente dejar abiertas las puertas al criterio hermenéutico, pues existen muchos casos en donde jamás la nomenclatura de causas no cubrirá las soluciones. Por ello, es muy neurálgico identificar aquellas leyes que dispongan y omitan las posibles situaciones de discriminación para posteriormente analizarlas y estudiarlas, así derogarlas o modificarlas.

Por lo tanto, añade Huerta (2005, p. 312) que existen dos formas de discriminación las cuales son: La discriminación directa y la discriminación indirecta. La primera, se comprende en términos que la desigualdad se aprecia de forma clara, por ejemplo, cuando una ley expresa que, las mujeres tienen prohibido sufragar en las elecciones nacionales. La segunda, consiste en poca claridad o ambigüedad de la norma que, nos lleva a hacer una revisión exhausta de otros medios para lograr identificar el contenido discriminatorio, por ejemplo, dentro del ámbito laboral cuando la ley de beneficios laborales solo cubre a personal en planilla, más no a trabajadores con contrato determinado.

Es así que, la discriminación a un cierto sector de la sociedad supone la marginación social. Por consiguiente, tenemos las siguientes figuras que son: La discriminación positiva y la discriminación inversa o acciones afirmativas. La primera, consiste en los mecanismos pertinentes empleados por el Estado para hacer frente a la desigualdad, o también se pueden comprender como las políticas estatales de lucha contra la discriminación. La segunda, consiste básicamente en recompensar a un grupo específico de la sociedad solo que, estos individuos son aquellos marginados o víctimas de discriminación, por ejemplo, la ley N° 27050 Ley General de la Persona con Discapacidad establece en el artículo 36 la favorabilidad de las personas con discapacidad que, tienden la facilidad de participar en concursos públicos para ocupar cargos dignos.

Del mismo modo, es oportuno mencionar de los sujetos activos de la discriminación que comúnmente son: El Estado, y los particulares. El primero, lo hace bajo el contexto de la igualdad ante la ley, pues en este supuesto el Estado muchas veces trasgrede derechos en diversas formas en su relación con los ciudadanos; un ejemplo, es cuando el Estado a través de sus organismos u órganos públicos con facultad de crear leyes lo hace de una manera abusiva, tanto así, que no se promueve la igualdad más bien vela intereses personales de un cierto grupo. El segundo, tiene que ver con el artículo 1 de la Constitución Política del Perú que menciona: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado. Entonces, debemos entender que los derechos fundamentales de una persona tienen que ser respetados a cabalidad por la sociedad y el Estado; por lo tanto, los particulares se encuentran obligados a respetar el

derecho de igualdad, así como el Estado que el principal autor de todo el ordenamiento jurídico vigente. En consecuencia, cuando nos encontramos ante la vulneración del derecho a la igualdad o la prohibición de discriminar se tendrá que proceder de acuerdo a ley (Huerta, 2005, pp. 313-314).

2.2.2.9. Igualdad de oportunidades o de trato.

Como bien explica, Ruiz (2010, p. 15) la igualdad de trato es poner a favor la titularidad de los derechos humanos con el único objetivo de que, se respete y considere los mismos. Así pues, de acuerdo con la teoría kantiana la igualdad de trato es un principio, por el cual, se concibe a las personas como individuos totalmente capaces de autodeterminación, mismos que tienen la posibilidad de llevar a cabo sus propios planes de vida y ejecutarlos. Esto es, que el enunciado igual respeto reside en la responsabilidad de las personas de hacerse cargo de sus propios actos voluntarios. En otras palabras, la igualdad de trato radica en la inexistencia de cualquier tipo de discriminación, ya sea directa o indirecta.

Dentro del mismo contexto, el mismo autor añade que la igualdad de oportunidades es brindar a las personas las mismas oportunidades, pero para el acceso laboral por ningún motivo antes expuesto las cuales son: origen, raza, sexo, religión u otras características de carácter intrínseco. Entonces, la igualdad de oportunidades encuentra sus bases en los principios que intervienen en la eliminación de estas desviaciones de origen social por intervención de la actividad humana. Es así que, la igualdad de oportunidades se basa en favorecer a quienes son desfavorecidos y desfavorecer a quienes son desfavorecidos (Ruiz, 2010, p.15).

El principio de igualdad de oportunidades tiende a tener un elemento estructural dentro de la actividad del poder legislativo, pues dicho elemento esta concretizado en garantizar la existencia de una regulación idónea y equitativa, en consecuencia, la implicancia será una revisión más minuciosa de la elaboración del marco legal.

Por lo tanto, lo que se pretende es erradicar el contenido discriminatorio de las normas jurídicas, además debe recaer la obligación en el legislador de emitir leyes con equidad. Para argüir la idea se debe tener en cuenta que, el principio de igualdad debe contemplar a la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato (Ruiz, 2010, p. 15).

Ahora bien, para poder entender la igualdad de trato y su regulación en la Constitución Política del Perú (1993) es importante citar el artículo 26 inciso 1 donde se prescribe de manera literal lo siguiente: “(...) igualdad de oportunidades sin discriminación (...)”, es decir, la protección del principio se encuentra relacionado con el ámbito laboral, asimismo, se entiende que todo aquel trabajador tiene derecho a la igualdad de oportunidades como también a no ser discriminados por ninguna causa.

Por ello, subraya Carrillo (s/f, p. 7) que el artículo acotado infiere que el principio de igualdad de oportunidades y el mandato de no discriminación puede ser invocado únicamente en las relaciones laborales, sin embargo, no se podría invocar dentro de una etapa pre laboral, por ejemplo, al momento de llevar a cabo un proceso de concurso público para acceder a un puesto laboral. Bajo esta idea, es posible especificar que, la igualdad de oportunidades se aplica para cuestiones de acceso al trabajo, mientras que, la igualdad de trato, hace su aparición cuando ya existe la relación laboral entre empleador y empleado.

La comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que el principio constitucional de la igualdad de oportunidades, puede ser aplicado en el acceso al trabajo. Por su parte, dentro de la Constitución Peruana la igualdad de oportunidades posee rango constitucional que garantiza el principio de la no discriminación al trabajo, asimismo, garantiza la etapa de ejecución de las obligaciones laborales desde inicio a fin (Carrillo, s/f, p. 8). En síntesis, el principio de la igualdad de oportunidades protege y soluciona idóneamente un sinnúmero de casos legales.

En resumen, la finalidad del principio de igualdad de oportunidades es de eliminar los efectos perjudiciales y nocivos que pueden ser causados por la discriminación, por lo tanto, el Estado y sus órganos no solo tiene la prohibición de poner en práctica la discriminación, sino que, también tienen la obligación de incentivar mediante sus acciones positivas la efectividad de las normas que promulgan (Vida, c.p, Nogueira, 2006, pp. 826-827).

2.2.2.10. Protección a la tutela jurisdiccional.

El derecho al libre acceso a la tutela jurisdiccional está reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución Peruana de 1993 de la siguiente manera: Son

principios y derechos de la función jurisdiccional. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. De lo mencionado, se tiene que ningún recurrente puede ser desviado de la jurisdicción previamente determinada por la ley, así también es ilegal someter a una persona un proceso diferente a los que están establecidos, ni mucho menos pueden ser juzgados por órganos no reconocidos en las normas procedimentales o de ser el caso por comisiones especiales de origen atípico.

Del siguiente caso: Expediente N° 01604-2009-PA/TC se tiene que, la existencia de cualquier impedimento que obstaculice el adecuado acceso a la tutela judicial efectiva, denotará una contravención al derecho jurisdiccional, puesto que, es un derecho fundamental de todas las personas de acceder sin condición alguna al sistema judicial del Perú.

El derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva constituyen derechos fundamentales del ordenamiento jurídico. Por ello, es necesario abarcarlas independientemente bajo la perspectiva de Landa (2002, pp. 448-453) para mayor entendimiento:

2.2.2.10.1. El debido proceso.

De acuerdo con, la jurisprudencia nacional vigente el debido proceso es conocido como un derecho fundamental de la persona (extranjera, jurídica o natural), pues no se limita solo a normar aquellos que ejercen la función jurisdiccional. Asimismo, también es considerado dentro de la categoría de los derechos subjetivos, ya que, se vuelve exigible por toda persona, es más, también es un derecho objetivo en tanto asumen una dimensión institucional, esto es, por este derecho lleva consigo fines sociales colectivos de justicia.

Es así que, el derecho al debido proceso es oponible a absolutamente todos los poderes del Estado, por esta razón, es que este derecho posee naturaleza judicial, pero es más considerada dentro del campo procedimental tanto de la jurisdiccional judicial como la militar.

El debido proceso tiene cuatro etapas plenamente identificadas que son: La acusación, la defensa, la prueba y la sentencia, sin embargo, dentro de estas etapas mencionadas se pueden encontrar una nomenclatura de normas jurídicas que van a la par del desarrollo procesal las cuales convienen en: Derecho a la presunción de

inocencia, derecho al proceso público, derecho a la información, derecho a la defensa, derecho a la certeza, derecho a declarar libremente y derecho a la libertad probatorio, *indubio pro reo*, derecho a la cosa juzgada.

2.2.2.10.2. *La tutela jurisdiccional efectiva.*

De modo breve, la tutela jurisdiccional se refiere a el derecho de los ciudadanos de poder acceder al sistema judicial para poder defender sus propios intereses. Si bien es cierto, el sistema judicial tradicional está conformado por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional adyacente el Estado considera necesaria la creación de jurisdicciones a través del Poder Ejecutivo que, a su vez, en esta recae la efectividad de la aplicación de las normas del derecho, sin embargo, cabe resaltar que toda ley que emana de cualquier organismo del Estado está sujeta a la revisión en sede judicial y sede constitucional.

De ahí que, el debido proceso constituye una base importante para la tutela judicial efectiva, ahora bien, nuestro sistema constitucional determina una serie de garantías constitucionales que respaldan muchos de los procesos litigiosos o no litigiosos, todo ello, en función de que toda persona posee el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Cabe agregar, que de los sistemas tradicionales mencionados existen los algunos organismos con la facultad excepcional de administrar justicia, asimismo, tienen la obligación de asegurar el derecho que les asiste a los justiciables a obtener justicia. Entonces, es necesario tener en cuenta algunos principios y garantías reconocidos dentro de la orden jurisdiccional, las cuales son: El juez natural, derecho a la doble instancia, acceso a la jurisdicción, derecho a un proceso sin dilataciones indebidas, deber judicial de producción de pruebas y derecho a la igualdad procesal. Entre ellos, el derecho a la jurisdicción consiste en privilegio de todas las personas de acceder ante los tribunales y los jueces con el objetivo de obtener una sentencia por sus legítimos intereses. Otro es, el principio de igualdad procesal que es la garantía del proceso con una serie de actuaciones relacionadas a la equidad, en efecto, todo esto debe ir en vinculación con el artículo 2 inciso 2 de la carta magna.

Por estos motivos, Martel (2002, pp. 1-3) precisa que la protección de la tutela judicial efectiva está a cargo del Estado, ya que, es un derecho subjetivo de

toda persona a la accesión de diferentes órganos jurisdiccionales y así hacer una valorada protección de los intereses privados, asimismo tiene la obligación de garantizar la efectividad de las garantías mínimas, además de manera complementaria precisa que, la igualdad procesal busca velar por el respeto irrestricto del derecho a la igualdad de oportunidades como de condiciones.

En síntesis, al hallarnos inmersos en un Estado constitucional de derecho tanto personas como el Estado tienen el trabajo fundamental de respetarse mutuamente dependiendo de su actuar y de su coexistencia, pues eso conllevará a ampliar el panorama de la viabilidad de los derechos jurisdiccionales.

2.2.2.11. Jurisprudencia respecto al derecho a la igualdad ante la ley.

Uno de los casos más emblemáticos fue la que recae en el expediente N° 006-96-AI/TC-Lima (30/01/1997), pues fue una de las primeras sentencias en declarar inconstitucionalidad de una norma que, fue planteada por 32 congresistas en contra de la ley N° 26599. En consecuencia, la sentencia modificó el artículo 648 inciso 1 del Código Procesal Civil, así llega a establecer la inembargabilidad de los bienes del Estado, pero sin hacer distinción de aquellos bienes de dominio público de los de dominio privado. Los resultados de la sentencia fueron fundados en parte, pues dicha norma se consideró contraria a derecho.

En ese sentido, los principales argumentos estribados por Tribunal Constitucional fueron los siguientes:

- La inmunidad a los bienes de dominio público respecto de la inalienabilidad e imprescriptibilidad se encuentran establecidos en el artículo 73 de la Constitución Política del Perú (1993), así se afirma de forma tácita que los bienes de dominio privado no gozan de dicha inmunidad. Sin embargo, se da origen a la ley N° 26599, en efecto, se modifica el artículo 648 del Código Procesal Civil y, así se otorga a los bienes de dominio privado la inmunidad que, para la Constitución solo existía en los bienes de dominio público.
- De ahí que, el Tribunal Constitucional advierte que, de seguir en vigencia aquella ley se generaría una inseguridad jurídica en la sociedad y los procesos judiciales. Esto es, cuando el Estado a través de un proceso judicial válido gana y, por ende, decide ejecutar la decisión judicial, aquella norma

estaría siendo un obstáculo poder llevar a cabo la resolución judicial. Por tanto, estamos dentro de un caso de desigualdad donde la igualdad ante la ley ha sido vulnerada desde la promulgación de la ley.

- El principio de la igualdad ante la ley se quiebra cuando una ley pretende establecer un trato discriminatorio sin ninguna justificación razonable. Entonces, adyacentemente se puede comprobar que, se están vulnerando las principales leyes internacionales. Asimismo, la plena vigencia de la ley afecta a los derechos fundamentales, pero sobre todo al debido proceso.
- De todo ello, podemos precisar que el Estado debe ser el primer llamado a cumplir las leyes, así del caso puesto en mención se tiene una acción de inconstitucionalidad de la que, se desprende la inconstitucionalidad de la ley N° 26599, sin embargo, la única medida estricta llevada a cabo fue dejar sin efecto ya que, ponía en una grave situación a sistema procesal civil.

Para colegir, es apreciable el razonamiento del Tribunal Constitucional peruano, en cuanto, identifica el problema y lo fundamenta de acuerdo a su criterio jurídico, no obstante, se descuida de algunos aspectos como es el de objetivizar el contenido discriminatorio de la ley derogada por una acción constitucional, es más no existe un argumento alguno que logre justificar el trato diferenciado.

2.2.2. La contracautela

2.2.2.1. La función jurisdiccional.

Con la finalidad de comprender cómo y cuándo o bajo qué circunstancias se puede aplicar la contracautela, en principio, es importante describir los fundamentos que justifican dicha participación y/o aplicación en un determinado conflicto con relevancia jurídica.

Por este motivo, el primer orden es imprescindible partir la explicación por el análisis de la función jurisdiccional, pues, ello nos permitirá entender la fuerza legal que adquiere el ofrecimiento de una contracautela cuando se está ante una medida cautelar de cualquier índole. Entonces, la función jurisdiccional viene a ser aquella potestad que surge de la soberanía estatal, facultad que se alcanza a su vez de la soberanía del pueblo, y confiada especialmente a los tribunales predeterminados por la ley con la finalidad de que estos últimos hagan cumplir el

derecho, juzgando el conflicto con imparcialidad y ejecutando lo decidido (Gallardo, 20000, p. 13).

Por su parte, la Constitución Política del Perú en relación con la función jurisdiccional prescribe en el artículo 138°: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes (...)”, además, el artículo 146° del mismo cuerpo normativo, dispone: “El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración. Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica (...)”; lo que ambos dispositivos normativos quieren decir es que, la función jurisdiccional es la denominación que hace referencia a la administración de justicia, facultad que es asignada o encargada al Poder judicial.

Ahora bien, repasando la doctrina moderna entorno a la función jurisdiccional podemos notar que esta cuenta con un conjunto de poderes que están a su servicio, poderes que le permiten ejecutar las decisiones que, dentro de la administración de justicia se ha incoado, y de este modo garantizar lo decidido por el órgano jurisdiccional; así, encontramos a los siguientes poderes: el poder de decisión, de coerción, de ejecución y de instrumentación; el primero, tiene que ver con la fuerza obligatoria que emana del órgano jurisdiccional por el solo hecho de serlo, esto dentro de la resolución de un conflicto, y con solamente decretar u ordenar algo; luego, el segundo guarda relación con el empleo de la fuerza pública tendiente a exigir la realización de algún acto u omisión, frente a la desobediencia o incumplimiento de lo decretado u ordenado por un juez, por ejemplo, se puede ordenar un embargo, secuestro, la disposición de la conducción de grado, etc.; luego, el poder de ejecución tiene relación con el denominado *imperium* de la doctrina clásica, entendida también como aquella potestad de hacer cumplir la obligación contenida en un título, debido a que la ley se adjudica el mérito de ejecutivo; finalmente, el poder de instrumentación responde al potestad de dar categoría de instrumento único a las actuaciones procesales, por ello, la documentación o investigación realizada por el órgano jurisdiccional adquiere la calidad de material custodiable (Gallardo, 2000, p. 17).

De modo semejante, también existe la función jurisdiccional civil, aquella que es entendida como aquel vehículo por medio del cual se expresa la función jurisdiccional y la actividad de las partes (demandantes-demandados) se resuelve en cuanto a sus intereses o incertidumbres jurídicas, por ello, la doctrina la ha adjudicado tres finalidades específicas, el proceso civil de cognición, de ejecución y de cautela.

En ese orden de descripción, por último, observamos que la doctrina también describe basta información con respecto a la función jurisdiccional cautelar, función que, como es natural, nos interesa discernir; la función jurisdiccional civil de carácter cautelar cobró protagonismo en las legislaciones del mundo en la primera mitad del siglo veinte, pues, sus primeras apariciones datan en el derecho romano.

En referencia a la función jurisdiccional de naturaleza cautelar el autor Calamandrei citado por Gallardo (2000), explica su contenido haciendo alusión al derecho sustancial, contexto en el cual adquiere el carácter de tutela mediata:

más que a hacer justicia [la tutela cautelar o tutela mediata] **contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. (...) un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento** (p. 19) [El resaltado es nuestro]

Lo que el autor quiere mencionar es que, si ya de por sí, en mérito a la potestad de administrar justicia que se le ha confiado al poder judicial junto a sus demás órganos jerárquicos, las providencias u órdenes designadas por este poder tienen la calidad de irrevocables, lo es todavía más una medida cautelar, pues, este último tiene como finalidad el aseguramiento del fiel y estricto cumplimiento de dicha providencia; en términos mucho más simples, con una medida cautelar se puede custodiar el cumplimiento de algo, incluso antes de haber iniciado la demanda principal que deslindara el conflicto central, pero que guarda relación de interdependencia con esta.

De modo similar, cierta parte de los autores que se deleitan con relación a las medidas cautelares sostienen que, la finalidad de esta es evitar la burla de la

justicia por parte del deudor demandado, esto en un proceso cognoscitivo, o por parte del deudor ejecutado en un proceso de ejecución, así mismo, aclaran que las decisiones cautelares no tienen como propósito garantizar el respeto de los derechos subjetivos, sino, la eficacia y seriedad de la función jurisdiccional.

En síntesis, podemos decir que la función jurisdiccional es la facultad de administrar justicia que el pueblo ha confiado en el Poder Judicial para que este tenga la potestad soberana de hacer cumplir y respetar las leyes; de ahí, la función jurisdiccional cautelar busca evitar que la soberanía del Estado, materializado en las decisiones que emite cualquier órgano judicial, se convierta en una tardía e inútil expresión de justicia; por este motivo, en el siguiente apartado detallaremos las características más principales, así como el contenido más trascendental para efectos de comprender en qué etapa aparece la contracautela, la cual, hemos ido observando tiene que ver con el proceso cautelar.

2.2.2.2. El proceso cautelar.

2.2.2.2.1. Nociones generales.

En cuanto a la ubicación sistemática del proceso cautelar es imprescindible recurrir al Código Procesal Civil, pues en el interior de este cuerpo normativo observaremos que el Título IV de la sección Quinta contiene a los procesos contenciosos, así como al tratamiento del proceso cautelar, temática que es de nuestro interés y que contempla dos capítulos para el desarrollo de esta: el primero referido a las medidas cautelares que, a su vez, se despliegan en dos subcapítulos: disposiciones generales y procedimiento cautelar; mientras que, el capítulo segundo, describe conceptos referidos a las medidas cautelares específicas por medio de cuatro sub-capítulo, el primero, sobre medidas para futura ejecución forzada, el segundo, medidas temporales sobre el fondo, el tercero, medida innovativa y, el cuarto, sobre medida no innovativa.

Pero, qué hay de la naturaleza del proceso cautelar, para responder esta cuestión debemos replantear la idea descrita en la primera parte del presente trabajo, el proceso civil, entendida como aquel vehículo a través del cual se materializa la expresión de la función jurisdiccional y se coadyuva con la resolución y superación del conflicto e incertidumbre jurídica de las partes intervinientes; por este motivo, el proceso cautelar de naturaleza civil viene a ser el proceso civil cuyo propósito

primordial es garantizar la eficacia de una decisión emitida por el juez, la que a su vez ha sido deliberada en un proceso de cognición, proceso ejecutivo o proceso no contenciosos, esto en aplicación del principio de universalidad de aplicación.

En tal sentido, el ordenamiento procesal civil estipula respecto a toda medida cautelar en el artículo 608°: destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva; en consecuencia, desde una óptica dinámica la denominación técnica proceso cautelar es utilizada para identificar el fenómeno del desarrollo de la función jurisdiccional civil en contextos en donde se emiten decisiones cautelares.

Entorno a la idea antes desarrollada, el autor Rocco citado por Gallardo (2000), sostiene:

Cuando hablamos de un proceso cautelar, entendemos referirnos a aquel tipo de proceso que tiene como finalidad cautelar una situación de hecho o de derecho que es ya objeto de un juicio pendiente de declaración de certeza, o que podrá más adelante ser objeto de un juicio futuro de declaración de certeza (...) (p. 22).

En pocas palabras, podemos ir evidenciando que el proceso cautelar es un proceso autónomo, es decir, se delibera en un proceso exclusivo; esto significa que, hay otro proceso en el cual se está llevando el proceso principal conflicto central, que tendrá relación con el primero dependiendo de la decisión que se tome en el segundo, en el proceso cognoscitivo.

Hoy en día se ha ampliado los alcances del proceso cautelar, esto es, aun cuando el maestro italiano antes descrito desarrolló un concepto muy bien elaborado, podemos aseverar que este ha sido superado por otro de mayor distinción, pues, se considera que las decisiones cautelares se proyectan para garantizar y asegurar la satisfacción del derecho contemplado expresamente por la ley.

2.2.2.2.2. El proceso y procedimiento cautelar.

En el presenta apartado se ha visto por conveniente realizar las diferencias existentes entre el proceso y el procedimiento cautelar con el fiel propósito de comprender el contexto bajo el cual cobra relevancia la contracautela; por ello, desde un principio se ha empezado describiendo todo lo relacionado con la función

jurisdiccional y ahora el proceso cautelar, mismo que será distinguido del procedimiento cautelar.

En tal medida, el procedimiento cautelar viene a ser el conjunto de actos que ocurren acorde al orden cronológico, esto es, desde el momento de inicio hasta su ejecución, tal como lo ha establecido con antelación el ordenamiento jurídico.

Con respecto a las características del proceso en sí, el autor Vescovi citado por Gallardo (2000), refiere que se trataría de una serie de actos destinados a la resolución de un conflicto, convirtiéndose de este modo en un instrumento dirigido a satisfacer los objetivos del Estado, como, por ejemplo, la imposición de una conducta de determinados individuos (p. 22).

Por otro lado, el procedimiento tiene que ver estrictamente con la calidad de medio extrínseco a través del cual se instaura y se despliega todos los requerimientos del proceso; en relación con esto, el autor Gallardo (2000) sostiene: “El procedimiento alude al fenómeno externo, **a lo rutinario en el desenvolvimiento de las actividades que realizan las partes y el órgano de la jurisdicción**, en suma, los sujetos del proceso; conforme a las pautas preordenadas por la ley procesal” (p. 23).

En síntesis, los dos conceptos citados si bien guardan relación, pero no son lo mismo, pues ambos responden a circunstancias totalmente específicas así, el proceso cautelar tiene que ver con una serie de actos destinados a conseguir una decisión judicial que tiene como finalidad asegurar o garantizar la decisión de un proceso principal; mientras tanto, el procedimiento cautelar responde a los requerimientos externos, esto es, a los trámites que facilitan la realización de los actos procesales cautelares y, por ende, del proceso cautelar propio.

2.2.2.2.3. La autonomía del proceso cautelar.

Delimitar la autonomía de proceso cautelar ha sido de vital importancia para las legislaciones de los diferentes países, pues, la doctrina jurídica desde los inicios de la elaboración del contenido del proceso cautelar recomendó y distinguió la exclusividad con que debía llevarse este proceso, toda vez que, el fin o la razón de ser de este no es igual a los fines perseguidos por cualquier otro proceso cognoscitivo.

Seguramente, por esta razón fundamental, el artículo 635° del Código Procesal Civil reconoce expresamente la autonomía del proceso cautelar al prescribir: “Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial; de la lectura del presente dispositivo normativo podemos evidenciar una primera característica, la apertura de un cuaderno especial y exclusivo para deliberar la funcionalidad de una medida cautelar”.

Dada la introducción, es menester manifestar que la autonomía de la medida cautelar responde a la exigencia del cumplimiento de una obligación todavía no reconocida por el órgano jurisdiccional, pero que es totalmente viable, en principio, porque se tiene la plena confianza de la viabilidad de la obligación demanda, además, para asegurar el cumplimiento o la satisfacción del reconocimiento de tal obligación llevado a cabo en otro proceso principal.

Acorde con lo señalado anteriormente, el autor Gallardo explica que, los actos derivados de la obtención de una medida cautelar si bien generan un proceso autónomo, pero no es por el solo hecho de que se forme un cuaderno especial; por el contrario, debido a la efectividad de una medida cautelar, la cual, constituye un anticipo y garantía de una decisión definitiva posterior; y todo ello es posible gracias a la autonomía del proceso cautelar (2000, p. 25).

La aplicación de una medida cautelar se da en función del riesgo o incertidumbre que implica el reconocimiento de una obligación por el ente jurisdiccional, de ahí, la eficacia o el éxito de una decisión definitiva tendrá efecto directo en la efectividad del proceso cautelar.

Pero, además el fundamento de la autonomía del proceso en cuestión responde a que, lo decidido en el proceso principal con frecuencia no logra la eficacia esperada, esto es, la providencia emitida no siempre es cumplida por el sujeto procesal, por ello, el ordenamiento reconoce el empleo del proceso de ejecución de resoluciones judiciales y, estos al mismo tiempo se ayudan del proceso cautelar por medio del uso de una medida cautelar determinada y adecuada al caso en particular, sin embargo, es importante manifestar que no todos los procesos necesitan de medidas cautelares para lograr la eficacia de las mismas.

En resumen, el proceso cautelar no determina el reconocimiento de una obligación, sino constituye un complemento funcional de cualquier tipo de proceso, por ello, se apertura un cuaderno especial; por otra parte, no hay un proceso cautelar específico, por el contrario, su naturaleza instrumental le otorga universalidad de aplicación motivo por el cual podrán adoptarse medidas en cualquier proceso, ya sea contencioso o no contencioso.

2.2.2.2.4. Inaudita altera pars.

La denominación *inaudita altera pars* cobra relevancia dentro del proceso jurídico en general, debido a una circunstancia inevitable que induce al deudor, a quien se le adjudica el cumplimiento o reconocimiento de una obligación en contra del deudor, a disminuir de mala fe su patrimonio, realizando maniobras disimuladas o disfrazadas para burlar la ley.

Por ello, las medidas cautelares tienen una particularidad consistente en su aplicación de sorpresa, es decir, sin que el deudor tenga conocimiento sobre la aplicación de una medida que buscará asegurar el cumplimiento de la obligación adjudicada al deudor, por ejemplo, el embargo de un vehículo para asegurar el pago de una deuda; en consecuencia, el proceso cautelar se sustancia *inaudita pars*, el acto de notificación tiene lugar luego de ejecutada la medida.

Una mejor explicación dinámica nos ofrece el propio Código Procesal Civil prescribe en el artículo 637°, el cual, dispone que cuando la solicitud cautelar es concedida o rechazada sin que la parte afectada haya tomado conocimiento de ello, en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud, y una vez dictada la medida cautelar, esta podrá formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días; no obstante, la presentación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.

Entonces, queda claro que la medida cautelar del proceso civil es admitida y ejecutada sin haber existido antes una audiencia previa en la que participe el afectado con dicha medida; lo cual quiere decir, que, la eficacia o excelencia de una medida cautelar es precisamente el tipo de tramitación que representa.

El tipo de tramitación antes mencionada no implica ausencia del ejercicio del derecho a la defensa por parte del afectado, sino, este derecho se va a manifestar luego de la ejecución, tal como dispone el último párrafo del artículo 637° del código adjetivo al expresar que, la parte afectada podrá formular oposición dentro

del plazo de cinco días, que será computado a partir del momento en que toma conocimiento de la resolución cautelar con el objetivo de plantear la defensa conveniente e idónea; no obstante, la presentación de oposición no suspende la ejecución admitida y ejecutada, es decir, el acto contradictorio será concedido sin efecto suspensivo.

Ahora bien, el *inaudita pars* es, en contraste, equilibrado o contrapesado con la contracautela, como instrumento idóneo que tendrá que ser aplicable en su oportunidad para servir de garantía frente a los eventuales daños y perjuicios que involucrará la ejecución de la medida cautelar, esto siempre y cuando se llegará a desestimar la demanda del proceso principal.

2.2.2.3. Las medidas cautelares.

2.2.2.3.1. Concepto.

En términos prácticos la medida cautelar viene a ser la decisión jurisdiccional positiva ejecutada correctamente, no se trata de una decisión cualquiera que indica u ordena el cumplimiento de alguna cosa, sino busca ponerlo en ejecución.

De este modo, el autor Martínez citado por Gallardo (2000) sostiene con determinación en referencia las medidas cautelares:

Las medidas cautelares constituyen un **medio tendiente a asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando, antes de incoarse el proceso o durante su curso, una de las partes demuestra que su derecho es *prima facie* verosímil y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida** (p. 33) [El resaltado es nuestro]

El fundamento que el autor antes mencionado tiene mucha relevancia respecto a las medidas cautelares, en el sentido de que buscan asegurar el cumplimiento de la decisión jurisdiccional de un proceso principal, debido a peligro evidente de su no cumplimiento por parte del demandado.

Por su lado, dentro del plano nacional el autor Monrroy citado por Gallardo (2000) manifiesta un concepto bien razonado en torno al tema que nos atañe, se trata de un instituto de carácter procesal que sirve al operador jurídico, bajo la apariencia de un derecho y el peligro de la demora del fallo principal, anticipar

determinados efectos o todos los efectos de un fallo definitivo, así como el aseguramiento de una prueba (p. 33).

2.2.2.3.2. Características.

En relación con las características más relevantes de las medidas cautelares tenemos a los siguientes: la instrumentalidad, provisionalidad, flexibilidad y contingencia, los cuales serán detallados brevemente para efectos de un mejor entendimiento con la contracautela.

La instrumentalidad se ha convertido en la característica más importante del derecho procesal, toda vez que, el proceso no tiene un fin propio o en sí mismo, sino que actúa más como un medio a través del cual se materializa la actuación de la ley o el derecho sustantivo; por ello, la medida cautelar siguiendo esta misma suerte, estará siempre supeditada al fallo definitivo de una demanda principal; a su vez, el instituto cautelar busca alcanzar un efecto inmediato consistente en garantizar la eficacia práctica de las providencias últimas.

Luego, la provisionalidad se constituye en otra particularidad de las medidas cautelares en tanto subsisten mientras duran las circunstancias que las dieron lugar, entonces, una medida cautelar debe caducar en tanto haya una sentencia definitiva que actúe el derecho; por consiguiente, resuelta la demanda principal y de forma positiva al titular, este podrá requerir el cumplimiento de lo ordenado bajo apercibimiento de ejecutarse a nivel judicial dicha medida, así la ejecución judicial se materializara afectado el bien sobre el que recae la medida cautelar, tal como dispone el artículo 619° del Código Procesal Civil.

También, está el carácter de flexibilidad que responde al hecho de que las medidas cautelares pueden ser variables a solicitud de las partes o, también, sustituidas a pedido del afectado; en contraste, cualquier sustitución procesal no puede implicar mayor flexibilidad que la propia medida cautelar, de ser así se estaría desnaturalizando los fines de la medida cautelar.

Por último, el carácter de contingencia guarda relación con la función aseguradora de las medidas cautelares y, en efecto, es muy posible que satisfagan dichos fines con creces, pues su naturaleza permite garantizar la eficiencia de la decisión definitiva; no obstante, puede darse el caso en donde, la demanda principal ha sido declarada infundada, lo que significa que, la medida cautelar amparada sea

desestimada también; al respecto el autor Calamandrei citado por Gallardo (2000) sostiene con determinación en su libro Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares:

Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias frecuentemente opuestas, **de la justicia: la de la celeridad y la ponderación; (...). Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguraran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiera dictado inmediatamente** (p. 36) [El resaltado es nuestro]

Lo que el autor de la cita quiere mencionar es que, el mejor fundamento de la aplicabilidad de una medida cautelar es asegurar de manera preventiva por medio de las medidas idóneas el mismo resultado que se alcanzaría con el dictado de rápido de la solución del problema o conflicto central de las partes en contingencia.

Además, guarda un vínculo estrecho con los requisitos que toda solicitud de medida cautelar debe contener, entre los cuales encontramos a la exposición de los fundamentos de la pretensión cautelar, también señalar la forma, indicar, de ser el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y, no menos importante, el monto de su afectación, así mismo, el ofrecimiento de la contracautela y, por último, designar el órgano jurisdiccional idóneo, tal como prevé el artículo 610° del Código Civil.

En síntesis, las características trascendentales de una medida cautelar, acorde a lo prescrito en el artículo 612° del Código Procesal Civil son las siguientes: se dicta empelando un prejuizgamiento, es provisoria, instrumental y variable.

2.2.2.3.3. Presupuestos.

Resulta meramente importante conocer los fundamentos o presupuestos bajo los cuales se puede otorgar una medida cautelar, de entrada, es posible mencionar que no cualquier circunstancia de un proceso principal u ordinario en donde se ventila un determinado conflicto puede satisfacer los requerimientos que el instituto cautelar necesita para ser admitida; por ello, en los siguientes apartados

conoceremos *grosso modo* dichos presupuestos y cómo se relacionan con la contracautela.

En primer orden, acorde a lo desarrollado por el autor Gallardo (2000) tenemos a tres presupuestos base a ser analizados para la admisión de una medida cautelar, los cuales son: La verosimilitud del derecho invocado o *fumus bonis iuris*, el peligro en la demora o *periculum in mora* y la contracautela.

a. Verosimilitud del derecho invocado (*Fumus bonis iuris*)

La denominación *fumus bonis iuris* traducida al español quiere decir humo de buen derecho, no obstante, en su traducción semántica hace referencia a la apariencia o aspecto externo de derecho; ahora bien, la tarea de identificar la apariencia del derecho invocado recae en el juez, quien en ejercicio de la función jurisdiccional cautelar deber declarar la certeza o presunción de la existencia de un interés elemental; recordemos que no se trata de una declaración que deba identificar propiamente la certeza, tal como afirma el autor Calamandrei citado por Gallardo (2000): “La cognición cautelar se limita (...) a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, (...)” (p. 37).

Entonces, resulta sensato creer que, dicha apariencia de veracidad calculada por el operador jurídico en el plano cautelar no necesariamente implique que la providencia principal vaya a coincidir con esta, motivo por el cual, parece razonable que la parte interesada ofrezca una garantía que asegure que el objeto materia de la medida cautelar va a estar bien o, por lo menos en el mismo estado en que se encontró.

De este modo, la verificación de la posible existencia de derecho se realizará a partir de la afirmación por parte del titular, así como de los elementos indiciario que esta parte aporte al proceso, más que tratarse de verdaderos medios probatorios; en consecuencia, estamos ante una valoración subjetiva e, incluso, discrecional, tal como estipula el artículo 611° del Código Procesal Civil.

Por lo tanto, en función de las características y del primer presupuesto analizado en el anterior párrafo podemos manifestar la razonabilidad del ofrecimiento de una garantía que, más adelante será desarrollada bajo la denominación de contracautela, con la finalidad de asegurar los posibles daños o menoscabos que pudiera padecer el objeto materia de una medida cautelar admitida.

b. El peligro en la demora o *periculum in mora*

Este presupuesto responde a la condición general de evitar un futuro daño jurídico, por ello, debe verificar todas las circunstancias posibles que serán evidenciadas mediante las pruebas con la finalidad de prevenir un suceso perjudicial para el demandante; de ahí, si el caso requiere de una medida urgente el juez debe amparar la pretensión cautelar y salvaguardar la apariencia de un derecho, mismo que será reconocido de forma certera en el proceso principal.

Recordemos que el peligro nace a partir de las circunstancias que de por si involucra el derecho procesal, pues es un ámbito jurídico en donde se examina un determinado acto u omisión idónea o potencialmente cierta, en términos más simples, existen hechos previamente ocurridos que deben ser imputados a un determinado individuo.

En este orden de ideas, el autor Rocco citado por Gallarado (2000) refiere que, la denominación *periculum in mora* tiene que ver con aquella valoración, en gran medida discrecional, del juez para declarar la idoneidad de la existencia de un derecho, el cual atenta contra los interés elementales o procesales de la parte afectada, así al tratarse de una valoración subjetiva de la probabilidad de un daño, implica una previsión, esto es, prevenir el daño.

c. La contracautela

Como ultimo presupuesto tenemos a la contracautela, se trata de una medida particular ya que busca garantizar el resarcimiento de los posibles daños que pueda involucrar la ejecución de una medida cautelar, más aún cuando la pretensión principal sea declarada infundada; de este modo, se considera preliminarmente que la

contracautela viene a ser una garantía de garantías y cautela de decisiones cautelares.

El artículo 613° del código adjetivo prescribe que el requisito en cuestión tiene por objeto garantizar el resarcimiento en el afectado por la medida cautelar sobre los daños y perjuicios que pueda causar la ejecución de dicha medida.

En términos más simples, la contracautela viene a ser ese otro requisito o condición bajo el cual se puede amparar una medida cautelar, de lo contrario será rechazada, pues, cumple una función muy bien definida, ya que actúa como remedio cuando el objeto materia de una medida cautelar ha sido afectado.

2.2.2.4. La contracautela propiamente dicha.

2.2.2.4.1. Concepto.

Nuestro ordenamiento procesal civil no define a la contracautela (caución juratoria) pero, lo más cercano a esta figura procesal lo encontramos en el artículo 613° del Código Procesal Civil cuando prescribe 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”.

Aun cuando el citado artículo se encuentra en el Código Procesal Civil, ello no debe hacernos suponer que nos encontramos ante una norma de carácter exclusivamente procesal, pues, es posible identificar en ella una disposición de naturaleza netamente material (Campos citado por Rodríguez, 2018, p. 80).

De este modo, la norma antes mencionada adquiriría un rol central en el ámbito de un análisis de responsabilidad civil, ya que ayudaría a determinar el criterio de imputación aplicable, tal como Priori citado por Rodríguez manifiesta con determinación (2018, p. 80).

Por otro lado, en referencia a la conceptualización de la figura procesal en cuestión, podemos mencionar que, apoyamos en la idea del autor Arazi que se trataría de una medida que garantiza la efectividad del resarcimiento por los daños que pudiese ocasionar a la contraparte, aun cuando aquel derecho no existiera (Rodríguez, 2018, p. 7), así mismo, el autor Monroy citado por Rodríguez (2018) señala en relación con la caución: “es una garantía procesal que tutela los intereses

del demandado afectado por la medida cautelar. ‘Contratutela’, entonces, por ser una garantía respecto de la trabada en contra. Por ello también, otros se refieren a la caución como la ‘cautela’ del demandado” (p. 83).

El dispositivo normativo número 610° del código adjetivo predispone que la contracautela se constituye en uno de los requisitos de la solicitud de la medida cautelar; no obstante, este presupuesto no puede determinar la vialidad o admisión de la medida, sino debe ser evaluada para su ejecución, tanto como lo prevé el primer párrafo del artículo 613° del mismo cuerpo normativo; a su vez, la esencia de esta figura procesal guarda un vínculo estrecho con el objetivo mismo, toda vez que busca asegurar al afectado con una medida cautelar, ya sea, persona jurídica o natural, el resarcimiento de los daños y perjuicios eventualmente producidos por la ejecución de tal medida, art. 613 del mismo cuerpo normativo.

Entonces, es importante comprender que la contracautela constituye un presupuesto relevante que permite arribar a la resolución cautelar, más no necesariamente a la medida cautelar, es decir, fácilmente se puede conceder la medida solicitada a partir de la evaluación de determinados presupuestos, como la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, sin materializarse la contracautela, en cambio, en la ejecución si se requiere la incorporación de esta.

Por su arte, el autor Yaya citado por Rodríguez (2018), sostiene con intrepidez: “La contracautela tiene un fin reparador ante la eventualidad que la ejecución de una medida cautelar (maliciosa o innecesaria), pedida por el solicitante y concedida por el órgano jurisdiccional, cause daño contra la que ésta se dirige” (p. 81), así mismo, se trata de: **“este requisito [el ofrecimiento de contracautela] tiene como finalidad asegurar una posible indemnización a la parte afectada con la medida cautelar, al ser ésta innecesaria o maliciosa”** (Solis, 2022, p. 15). [El resaltado es nuestro].

En consecuencia, la figura procesal materia de explicación, si bien, es considerado un presupuesto que tiene participación en el ámbito de la jurisdicción cautelar, no obstante, es independiente de la concesión de una medida cautelar determinada, pero para la ejecución de esta medida si o si debe estar presente, es decir, se debe ofrecer algún tipo de garantía que asegure la integridad del objeto materia de confiscación.

2.2.2.4.2. Características.

El resultado que se espera luego de admitida y consecuentemente ejecutada la medida cautelar es que el objeto confiscado a causa de dicha medida se encuentre totalmente íntegro hasta el momento en que se conoce la providencia cognitiva del proceso principal, es decir, se espera que no haya padecido algún tipo de daño o perjuicio; sin embargo, no siempre esa integridad presumida se constituye en el resultado final, por el contrario, producto del tiempo y la incurrencia de otras circunstancias, como el factor climático, terminan deteriorando e influyen en la conservación del objeto bajo el cual se aplicó la medida cautelar.

Por esta razón, es que el legislador peruano considera idóneo contrarrestar los posibles daños y perjuicios que pudiese padecer esta con el ofrecimiento de una contracautela, es decir, una garantía que vaya a remediar el menoscabo presuntamente sufrido por el objeto en el cual ha recaído la medida; en este orden de ideas, la autora Ledesma citado por Rodríguez (2018), explica lo siguiente:

si se confirma el aseguramiento otorgado por la medida cautelar, no surge la obligación de indemnizar daños y perjuicios, por lo que la garantía prestada queda sin efecto. En cambio, si la tutela jurídica que se brindó es revocada por el órgano judicial, esto determina que ella se realizó con base en una apariencia de derecho que luego es confirmada como falsa (p. 84).

La explicación comprensible de la doctora Marianela Ledesma nos lleva a comprender la razón de ser del ofrecimiento de una garantía, pues, es evidente que alguien tiene que hacerse cargo por los daños y perjuicios provocados producto de la ejecución de una medida cautelar; de esta forma, la persona o parte indicada para reparar dicho menoscabo es aquella que ha propuesto y obtenido la ejecución de la medida a su favor.

Así mismo, es posible deducir que la contra cautela protege a la parte que ha sido injustamente afectado con una medida cautelar, equilibrando en cierto modo la desventaja que tiene en relación con el peticionante de esta así, además de padecer la suspensión de los principios de bilateralidad y de contradicción no se le exige al cautelado acreditar la certeza del derecho en que funda su pretensión, por el contrario, solamente su verosimilitud (Hinojosa citado por Jiménez, 2016, p. 38).

En este orden de ideas, el autor Peláez sostiene que el objeto o finalidad de la contra cautela es cubrir los probables daños y perjuicios que puede producir el consentimiento de una medida cautelar que con posterioridad sea cancelada, en caso de comprobarse que hubo dolo, culpa, malicia, mala fe o negligencia por parte del supuesto acreedor (Jiménez, 2016, p. 40).

En síntesis, el objeto de una contracautela es proteger los intereses de la parte demandada o afectada con una medida cautelar, es esencia, se trata de una garantía que servirá para restituir los daños sufridos en el bien u objeto trabado por dicha medida.

2.2.2.4.3. Según el objeto o contenido de la contracautela.

El dispositivo normativo número 621° del código adjetivo reconoce el derecho de solicitar una indemnización siempre que se dé el supuesto de una demanda infundada, motivo por el cual, se considera conveniente interpretar sus efectos en otros escenarios; así mismo, es posible extender su aplicabilidad al caso en donde se declare improcedente el proceso principal que le dio lugar.

Además, sus efectos deben ser analizados en escenarios en donde el proceso principal finiquita de manera particular, ya sea con o sin declaración sobre el fondo (desistimiento, allanamiento, amparo de una excepción o defensa previa, abandono, entre otros) o, cuando sencillamente se opte por modificar la decisión contenida en el proceso cautelar bajo los supuestos especiales que de por sí este generará.

En todo caso, se trata de una garantía de naturaleza real o personal, las cuales deben ser aportadas por aquellos que solicitan la admisión de una medida cautelar, con el firme propósito de asegurar o cubrir la reparación de los presuntos daños y perjuicios que se pudieran producir debido a la traba de algún bien, todo ello, en el supuesto en que se han decretado indebidamente.

Dentro de la contracautela de naturaleza personal se incluye la caución juratoria, la cual deberá ser ofrecida en el mismo escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo.

Por su parte, el autor Gallardo (2000) establece determinadas características de la contracautela tomando en cuenta su objeto o contenido, de este modo, identifica a la contracautela real y personal:

A. En relación a la contracautela real

Acorde a los principios del ordenamiento sustantivo y la doctrina en materia civil, los derechos reales pueden ser divididos en dos grupos muy particulares: los derechos reales principales y de garantías; ahora bien, recalcando la naturaleza de la contracautela, el cual consiste en garantizar o asegurar la integridad del objeto materia de una medida cautelar, es necesario comprender que los derechos personales, denominados también derechos reales de garantía son los idóneos, más que los derechos reales principales (p. 92).

Dentro de los derechos reales de garantía podemos encontrar a la prenda, la anticresis, la hipoteca y el derecho de retención; en contraste, aun cuando a nivel normativo es totalmente viable ofrecer cualquiera de estos derechos reales como contracautela, es indispensable comprender que, técnicamente alguno de ellos no podría ser ofrecido, tampoco admitido como tal, pues, cada uno de estos representa particularidades y fines propios.

En ese orden de ideas, es posible técnica y legalmente que la hipoteca, la anticresis y la prenda puedan ser ofrecidas como contracautela debido a su aptitud para materializarse en una garantía, en cambio, el derecho de retención concebido igualmente como derecho de garantía despliega una función específicamente en el ámbito extraprocesal, pues su misma naturaleza y objetivo no facultan que pueda ser ofrecido como tal.

Empero, en la esfera normativa y teórica los derechos reales antes expuestos ciertamente pueden servir para garantizar la integridad del objeto bajo el cual recayó una medida cautelar, pero se convierten en ineficientes e inviables, además de poco práctico a la hora de la fijación jurisdiccional como contracautela.

Al respecto, el párrafo cuarto del artículo 613° del Código Procesal Civil dispone en referencia a la figura procesal de carácter real, se constituye con el mérito de la resolución judicial que acepta su admisión, además recae en los bienes de propiedad de quien la ofrece; luego, el juez otorga un oficio con la finalidad de que sea inscrito en el registro correspondiente.

B. En relación a la contracautela personal

Consistente en aquella caución que envuelve una promesa de pago, esto es, una obligación de dar suma de dinero que inevitablemente se convierte en imputable y corre a cargo del solicitante y posible titular de la medida cautelar.

El ordenamiento civil no contempla de forma específica cuales son las modalidades que puede adquirir la contracautela de esta naturaleza, es decir, de índole personal, puesto que únicamente hace referencia a una forma: la caución juratoria, por ello, el párrafo tercero del dispositivo normativo 613° del Código Procesal Civil prescribe: “La contracautela puede ser de orden personal o real, dentro de la primera incluye a la caución juratoria, la cual será ofrecida en el propio escrito que contiene la medida cautelar y ante el secretario respectivo”.

Antes bien, con la finalidad de profundizar la naturaleza personal de este tipo de contracautela en seguida debemos sistematizar una subdivisión:

a. Contracautela personal de realización inmediata

Es aquella que, para su realización no necesita de mayor tramite y/o acoplamiento procesales, debido a que está incluida o representada en un título ya sea de certificado o de fianza. Por tanto, el ofrecimiento de cualquiera de estas no implica en el demandante cumplir con el requisito de legalización de firma, pero si en ambos casos el monto de la contracautela debe ser igual o mayor al monto de la medida cautelar solicitada.

-La fianza

La fianza se ha constituido en aquella institución convencional que busca asegurar obligaciones futuras fuera de un proceso, en tanto cabe mencionar que se trata de un contrato que es empleado por excelencia para asegurar obligaciones cuya veracidad es aceptada en un proceso, así mismo para indemnizar los daños producidos por la ejecución de una medida cautelar sin derecho.

Ahora bien, cual es la diferencia de una fianza fuera del proceso y dentro del proceso, está la encontramos en la función que desempeña fuera del proceso, como un mecanismo accesorio que coadyuva con el cumplimiento no litigioso y en el interior de un proceso; en cambio, si lo que buscamos es asegurar una obligación litigiosa es necesario promover un litigio en el cual se discuta el interés o controversia mismo (a); por consiguiente, el objetivo del ofrecimiento de la fianza fuera de proceso protege el interés de los contratantes, en el otro, además persigue el interés general de salvaguardar el cumplimiento de las resoluciones judiciales.

De este modo, la fianza cobrara protagonismo dentro del conocimiento judicial siempre que se busque la efectividad de la responsabilidad del fiador, por ejemplo, en el caso de sustitución procesal obligada, esto es como carga; mientras tanto, en el segundo, a pesar de que el contrato se convenga fuera del proceso, la fianza como contracautela se convierte en el mismo y de este modo se recurre a él para satisfacer cualquier detrimento padecido por el objeto materia de una medida cautelar, claro está, siguiendo las reglas procesales adecuadas, por ende, el fiador integra el círculo en calidad de subsidiario del litigio y sus obligaciones se hacen efectivas ante el propio juez.

El ordenamiento jurídico prescribe que la fianza vendría a ser un contrato típico y nominado, esto en los artículos 1868° hasta 1905° del Código Civil; en vista de ello, es que las empresas financieras en el desempeño de sus actividades, otorgan avales, fianzas y otras garantías, las cuales deben darse por un monto y dentro de un plazo definido, tal como dispone el artículo 221°, inciso 6 y el artículo 217°, inciso 4 de la ley N° 26702.

En síntesis, la fianza para constituirse como tal debe presentarse junto al documento en el cual consta la fianza, además junto a la demanda cautelar, no siendo necesario la legalización de firma ante el secretario del juzgado.

b. Contracautela personal de realización mediata o caución juratoria

Es aquella cuya efectividad no la encontramos suficientemente garantizada, toda vez que, por su naturaleza solamente se constituye por la procesa de pago bajo juramento realizado por el demandante, a diferencia del anterior, aquí la formalidad por excelencia viene a ser la legalización de la firma de quien la ofrece y ante el secretario del juzgado pertinente; por consiguiente, se dice que es de realización mediata debido a la incertidumbre o previsibilidad en su ejecución, más no por la forma en que se constituye, así mismo, es conocido también como caución juratoria la contracautela personal de realización mediata.

Entonces, la caución juratoria es presentada junto con la solicitud de la medida cautelar, esto es un expediente exclusivo y consiste en la sola declaración bajo juramento realizada por el demandante, quien se responsabiliza por todos los

daños y perjuicios que la medida cautelar pudiera provocar, siempre y cuando no resultara fundada su demanda.

En síntesis, la caución juratoria tiene una naturaleza de contrapartida de una medida cautelar sobre bienes, debido a que implica únicamente a promesa de responder por los eventuales daños y es remitida a los bienes de quien la otorga; por consiguiente, parece razonable que el carácter equitativo de la contracautela se solidifique más, imputando responsabilidad a quien se comprometió en responder por el posible detrimento del objeto materia de una medida cautelar.

2.2.2.5. Facultades jurisdiccionales del juez en relación con la contracautela

a. Con relación a la admisión

En el presente apartado debemos deslindar cuales son aquellas facultades que el ordenamiento jurídico asigna al operador jurídico, quien deberá atender el requerimiento de una medida cautelar junto a la contracautela, la cual, para efectos de su comprensión y recurriendo al orden procesal vamos a describir en dos opciones, la primera basada en la admisión de la contracautela tal como es y, la segunda, admitirla, pero variándola.

Por ello, cae de su propio peso mencionar en relación con esta última, debe ser admitida sin efectuar modificación alguna, pues, la naturaleza, forma, alcances, monto y órganos de auxilio ofrecidos por el demandante quedan admitidos como tal.

- Respecto a la naturaleza

La esencia de la contracautela o el contenido sustantivo se encuentran plenamente respaldados por el Código adjetivo, cuerpo normativo que reconoce dos clases o naturalezas: real y personal, las cuales presentan a su vez modalidades particulares denominadas a nivel procesal como formas.

- Respecto a la forma

Tal como lo hemos anticipado, cuando la norma reconoce a la naturaleza de la contracautela, en realidad está haciendo referencia al tipo de derecho sustantivo con el cual se puede garantizar una medida cautelar, esto es, especifica si estamos ante un derecho real de garantía o uno de carácter personal; no obstante, cuando se

refiere a la forma de la contracautela no hace sino señalar a la modalidad específica de la contracautela real o personal.

En resumen, dentro de la garantía de carácter real tenemos a la forma prendaria e hipotecaria, mientras tanto, en la de carácter personal encontramos a la fianza o caución juratoria.

- Respecto a los alcances (monto)

Es necesario que la contracautela precise el monto exacto para ser ofrecida y aceptada por el órgano competente, el mismo que puede coincidir con el monto de garantía que ofrece el actor o, en todo caso, un monto distinto; además, es indispensable señalar el plazo de vigencia de la contracautela.

Dentro de la segunda opción, tal como se adelantó a un inicio vamos a verificar el modo en que puede variar en sus aspectos o variables el ofrecimiento de una contracautela en el momento de su admisión; en este orden de ideas, es posible graduarla, modificarla o cambiarla en función de los requerimientos que la medida cautelar admitida implique.

Así, la graduación despliega sus efectos en el monto o los alcances de la contracautela; luego, la forma puede ser pasibles de modificación y la naturaleza de cambio. Respecto a lo mencionado, el juez no podrá establecer un monto menor del ofrecido por el autor; así mismo, es posible modificar la caución juratoria por una fianza, además de cambiar una de naturaleza personal al de naturaleza real.

Tomando en consideración la finalidad de una medida cautelar, así como el de una contracautela, como consecuencia del planteamiento de la primera en el fuero civil o arbitral, es necesario comprender que la contracautela va a exigir como contrapartida el aseguramiento de los eventuales perjuicios derivados de una injusta e indebida concesión de cautela, por tal motivo será indispensable equilibrar los diversos factores y aspectos que implican el empleo de esta figura, tal como recomienda el autor De lazzari citado por Jiménez (2016), quien recomienda:

(...) cuales son principalmente los factores y/o consideraciones que el juez debe ponderar para efecto de graduar convenientemente la contra cautela:

Estos factores y/o consideraciones son:

- La mayor o menor verosimilitud del derecho alegado.
- El valor presunto de los bienes inmovilizados.

- Los daños que eventualmente puedan producirse.
- La conducta de los justiciables.
- Toda otra circunstancia del caso computable (p. 41)

Por su parte, el ordenamiento adjetivo señala que la admisión de la contracautela en relación con su naturaleza y monto, es dictaminada por el juez, cabe la posibilidad de aceptar la propuesta del solicitante, además de graduarla, modificarla o cambiarla por otra que sea más idónea para efectos de una real garantía frente a los daños eventuales de la ejecución de la medida cautelar.

En resumen, cualquier variación que vaya a padecer una contracautela debe estar sustentada en la valoración de los diferentes factores y consideración descritas por el autor anterior, de lo contrario, se puede dar cabida a la imposibilidad de ejecutarla o usarla para remediar el daño producido al objeto de la medida cautelar.

2.2.2.6. Exceptuados a la obligación de prestar contracautela.

En el presente apartado resulta conveniente desarrollar el tema referido a las personas o instituciones exceptuadas de prestar contracautela, es decir, aquellos que, aunque hayan interpuesto una medida cautelar debido a que existe la probabilidad de afectación en su contra, no están obligados a ofrecer contracautela, esto es, una garantía económica o de naturaleza personal que ayude a remediar los daños y perjuicios producidos por la ejecución de una medida cautelar.

Por este motivo, en seguida recurrimos al artículo 614° del ordenamiento adjetivo en materia civil, el cual prescribe de forma expresa quienes están exceptuados de ofrecer contracautela, entre ellos, tenemos: al Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial; al Ministerio Público, a los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades, así mismo, encontramos a aquella parte a quien se le ha concedido auxilio judicial.

Surge una interrogante a partir de la excepción que prevé el ordenamiento jurídico para determinadas instituciones y órganos del Estado, en tanto que, al encontrarnos en un modelo de Estado de democrático, social, independiente y soberano resulta de su propia interpretación que todos gozamos de iguales derechos al amparo del principio-derecho fundamental de igualdad ante la ley, esto dentro de

un proceso en el fuero arbitral y con la intervención de una persona natural y el Estado o una persona jurídica y el Estado.

Considerando que el Estado peruano y los órganos que de él dependen, tales como los poderes del Estado, entre otros, están exceptuados de ofrecer contracautela cuando solicitan una medida cautelar, todavía permanece la duda de cuál sería el fundamento razonable para perdonar el ofrecimiento de tal requerimiento, es decir, una garantía que asegure la integridad del objeto bajo el cual recaerá la medida cautelar, ello en atención al cumplimiento de los requisitos que la solicitud de toda medida cautelar implica, pues, independientemente de si estamos frente a una persona natural, jurídica o del Estado, los requisitos siguen siendo los mismos y si calzan y resultan ser necesarios debido a las circunstancias que presentan nos preguntamos por qué tiene que aplicarse dicha excepción.

En síntesis, si el propio ordenamiento va a promover que sea el fuero arbitral el mecanismo para someter a resolución cualquier controversia surgida en este contexto, porque razón no dispone que el Estado, al amparo del principio de igualdad ante la ley ofrezca como cualquier otra persona jurídica o natural una contracautela, si los fines de esta están fundados y deben ser aplicados para toda situación donde se cumplen sus presupuestos.

2.2.2.7. Cancelación de la contracautela.

Una vez resuelta la pretensión principal y en un proceso principal de forma definitiva y de modo favorable a quien obtuvo la medida cautelar, la contra cautela queda cancelada de pleno derecho, en este mismo orden de pensamiento, el autor Hinostroza citado por Jiménez (2016) explica con contundencia:

El juez tiene facultada para fijar el monto indemnizatorio en el supuesto de que se declare infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, indudablemente la indemnización a la que referimos no es otra que la que tendrá que ser satisfecha con la contracautela, puesto que para este propósito fue constituida (p. 42).

Queda clara la explicación que el autor da en relación con la contracautela, pues su propósito es remediar los daños y perjuicios producidos por la ejecución de una medida cautelar, más aún cuando se declara infundada la pretensión principal llevada en un proceso principal, también.

Para efectos de comprender cuando es posible cancelar la vigencia de una contracautela, es necesario remitirnos al artículo 620° del código adjetivo, el cual, dispone que: Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable a quien obtuvo la medida cautelar, la contracautela ofrecida queda cancelada de pleno derecho.

En conclusión, luego de haber revisado el contexto en el cual ingresa a tallar el ofrecimiento de una contracautela, así como los presupuestos y los fines por la que se constituye en un proceso cautelar, nos parece poco razonable que el ordenamiento peruano y el propio Estado, aprovechando de su soberanía, determine ciertas excepciones en su favor, pues, los presupuestos para la solicitud de una medida cautelar están dados y deben ser valorados en función de las circunstancias particulares que cada una de ellas ofrece; por consiguiente la excepción del cual estamos tratando no es congruente con los requerimiento de la medida cautelar.

2.2.2.8. La contracautela en las contrataciones con el Estado.

2.2.2.8.1. Particularidades de la Ley de contrataciones del Estado.

- En relación al arbitraje

Desde el año 1998 en el Perú se adoptó al arbitraje y a la conciliación como mecanismos auténticos de solución para las controversias originadas en la ejecución de los contratos regulados por la norma de contrataciones con el Estado, por ejemplo que involucraran las obras, bienes y servicios; entonces, estos manejos de gestión del Estado están obligados a resolver las controversias que surjan en su ejecución contractual haciendo uso del arbitraje o la conciliación, sin recurrir al Poder Judicial. Esta novísima reforma del Estado pretendió evidenciar y manifestar confianza para los inversionistas privados, nacionales y extranjeros, ya que resultaba indispensable ofrecer neutralidad en la solución de controversias; de este modo, el Estado ya no tendría que acudir a su Poder Judicial, un ámbito evidentemente regulado a su favor y en donde probablemente no se potenciará la igualdad de condiciones.

Al tratarse de una señal de confianza que promueve la inversión privada en nuestro país, la presente disposición se ha mantenido perene en el tiempo hasta la actualidad, aunque con algunos cambios y modificatorias sucesivas por los gobiernos entrantes.

Así mismo, luego de revisar estudios e informes de investigación respecto a las controversias que se presentan en las contrataciones del Estado, pudimos notar que es el contrato de obra el más propenso a desplegar conflictos, pues, los índices de conflictividad se localizan en los contratos de obra, motivo por el cual, resulta interesante e indispensable identificar cuáles son aquellos medios que colaboran con el arbitraje y si en realidad el arbitraje viene satisfaciendo los objetivos en términos de tiempo y costos de propio Estado como del tercero.

En síntesis, hasta antes del año 1998 el Estado podía someter su conflicto al fuero arbitral, luego de este año el requerimiento es obligatorio, es decir, en el contrato celebrado entre el Estado y cualquier privado debe tener en consideración la cláusula que los obliga a someterse al mecanismo de solución de conflictos denominado arbitraje siempre que presenten controversias en su ejecución.

- En relación al interés público

Es importante recordar que el objeto materia de contrato en el ámbito de las contrataciones del Estado tiene que ver con los recursos públicos, los cuales buscan satisfacer necesidades de orden social, esto en el cumplimiento de las políticas públicas de un gobierno determinado; por esto, existirá, por una parte, un interés individual y por otra un interés público, ambas partes prestas a trabajar con total transparencia.

Por ejemplo, en tanto la obra pública este paralizada también lo estará el interés social, los cuales no pueden permanecer pospuestos hasta que se emita el laudo arbitral, pero lamentablemente es ese el modo en que se viene procediendo en nuestro país y en muchos otros, cuando se presentan este tipo de controversias.

- En relación a la composición del Tribunal arbitral

Los Tribunales Arbitrales pueden estar constituidos por un árbitro único o por árbitros colegiados, pero independientemente de ello constituyen como un órgano jurisdiccional privado, al que puede someterse el Estado y las entidades públicas cuando la materia puede ser arbitrada y siempre que no exista prohibición legal expresa.

2.2.2.8.2. Ley que regula el arbitraje.

A modo de contextualizar la aplicación del mecanismo de solución de conflictos denominado arbitraje, es conveniente revisar la composición normativa

que ha ido desplegando con el paso de los años, tanto como de su introducción en el sistema legal de nuestro país, por ello, podemos encontrar que el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje, el cual fue modificado en el 2020 mediante el Decreto de Urgencia N° 020-2020; no obstante, puede ser más adecuado remitirnos a la Ley N° 30225, así como a sus consecuentes y más novedosas modificaciones introducidas por los Decreto Legislativo N° 1341 y 1444; a su vez, podemos recurrir de forma más directa al Texto Único Obligatorio, el cual fue aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, o al Reglamento aprobado por D.S. N° 344-2018-EF y modificado por el D.S. N° 377-2019-EF.

En este orden de ideas, es momento de revisar cual es el trámite que debe seguir un arbitraje en contrataciones del Estado, al respecto, este inicia con la existencia de un convenio arbitral previamente suscrito de la mano con el contrato original, acuerdo en el que las partes deciden someterse a un proceso de arbitraje en caso de controversia.

Por su parte, el Decreto Legislativo N° 1444, reforzando esta regla general obliga a que todos los contratos cuyo valor sea igual o menor a 5 millones de soles deben ser sometidos al Arbitraje Ad Hoc; al mismo tiempo, dispone que el Arbitraje Institucional podrá ser utilizado siempre que la conciliación previa haya fracasado al resolver todas las controversias, esto en el plazo de 30 días iniciales para su caducidad.

En seguida, las partes pueden solicitar el inicio del arbitraje mediante escrito, en cuyo caso la institución arbitral o el OSCE, en caso de Arbitraje Ad Hoc, deberán instalarse en el plazo 20 días como máximo, siendo totalmente factible emplear las oficinas descentralizadas del OSCE; así también las partes tienen la libertad de ponerse de acuerdo sobre la cantidad de árbitros (Arbitro Único o Tribunal Arbitral), incluso, pueden recusar a los mismos cuando no cumplan las competencias necesarias, existan dudas sobre su imparcialidad o se encuentren impedidos por el reglamento de contrataciones del Estado.

Por otro lado, qué materia específicas pueden ser sometidas a arbitraje, en contrataciones del Estado, pues todas las que guarden relación con la ejecución, interpretación y resolución del contrato firmado entre la entidad pública y el proveedor; luego, es posible arbitrar sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del

mismo. En contraste, es posible recurrir a la conciliación para atender estas materias, salvo que la materia de discusión sea la nulidad del contrato, la misma que solo puede ser resuelta por arbitraje.

Por último, cuáles son los tipos de arbitraje en contrataciones del Estado que existe en el Perú, estos son dos: el primero es el arbitraje institucional, ámbito o fuero en el cual las dos partes, el Estado y su proveedor, acordaron con premonición que, de originarse una controversia, recurrir a una institución arbitral. Esta institución cuenta con un conjunto de árbitros debidamente registrados en el Registro Nacional de Árbitros quienes tienen la labor de organizar todas las etapas del arbitraje en cuestión. El segundo tipo es el arbitraje ad hoc, en este fuero arbitral no se designa ninguna institución arbitral, sino que las partes son las que organizan todo el arbitraje y designan árbitros individuales, los cuales también deben encontrarse debidamente inscritos en el RNA.

2.2.2.8.3. Cuestiones frecuentes del Estado peruano en el arbitraje.

Hoy en día la municipalidad más pequeña o de jurisdicción más reducida está obligada a llevar sus controversias de contratación pública al arbitraje, por consiguiente, es importante que este mecanismo de solución de controversias este dotado de todos los medios necesarios para salvaguardar de forma el interés público implicado en el contrato.

Si bien existen dos tipos de arbitrajes, debemos señalar que el arbitraje institucional acorde al principio de transparencia es el más efectivo gracias a determinadas características de predictibilidad en la transparencia, como, por ejemplo, reglas conocidas, costos conocidos, reglas éticas específicas, así como órganos de sanción reconstituidos que serán aplicados durante el desarrollo del arbitraje hasta la emisión del laudo.

No obstante, la aplicación y por ende el desarrollo del arbitraje institucional es aquel que se ha masificado, debido a la desconfianza que implicaba el arbitraje Ad Hoc en las controversias en los que el Estado se constituía como una de las partes; por esta razón, se cree que desde la instauración de dicha iniciativa el Estado ha conseguido desequilibrar aspectos legislativos y mediáticos con la finalidad de salvaguardar mejor sus intereses y dejar de lado los de los demás o, por lo menos,

pretexto de la corrupción ha optado por establecer determinadas ventajas para sí mismo.

Dicho de este modo, en seguida evidenciaremos algunos de estos mecanismos optados por el Estado que todas luces significan un desequilibrio en el arbitraje, lo cual puede llevarnos a generar desconfianza en el contratista, tal como explica el autor Campos citado por Maraví (s/a):

(...) como el Estado es parte, pero a su vez, también es legislador, ha comenzado a expresar sus insatisfacciones con respecto al sistema a través de normas que lo que hacen es intentar arreglar un problema que ellos perciben, pero que lo hacen desde sus zapatos. ¿OK? No poniéndose en el zapato de la contraparte; y, de alguna manera, solamente viéndolo desde sus zapatos (s/p).

Entonces, como el Estado se encuentra en pleno ejercicio de sus funciones le será fácil gestionar normas que tiendan a salvaguardar sus intereses, lo cual no está mal, no obstante, es indispensable que considere el hecho de no quebrantar derechos constitucionales del contratista privado, por ejemplo, el derecho a la libertad de contratación.

En consecuencia, una primera forma de expresar desequilibrio en el arbitraje con el Estado podemos evidenciarlo con la exclusión de determinadas materias arbitrales, tales como el enriquecimiento sin causa y los adicionales de obra, pues, la discusión de estas discrepancias relativas a costos que no estaban incluidos en el contrato original, y las que en ocasiones pueden resultar necesarias para cumplir un objetivo principal.

Así mismo, otra manifestación de desequilibrio se constituye cuando los árbitros que estén implicados en casos contra el Estado deben ser tratados como funcionarios públicos con la finalidad de que resulte exigible la presentación de la declaración jurada de intereses, dicha disposición fue aprobada por el Decreto de Urgencia N° 020-2020 y en la actualidad por la Ley 31227; dicho mandato podría prestarse a la realización de manejos políticos poco favorecedores, pues fácilmente podrá dejar en el registro a aquellos árbitros que cumplan con este requerimiento y excluir a otros, lo cual termina restando la independencia del árbitro.

Otra de las modificaciones que genera de algún modo desequilibrio en del arbitraje en el Estado es la exigencia a los contratistas de poner una fianza bancaria y/o patrimonial en favor de la entidad pública, esto es, en el contrato con el Estado, la cual no debe ser menor del monto de la garantía de fiel cumplimiento (10%) por cualquier medida cautelar que soliciten. Tal como estipula el Decreto de Urgencia 020-2020, que modificó el artículo 8 inciso 2 de la Ley de Arbitraje.

Esta última medida merece ser discutida y profundizada en cierto modo, debido a que constituye en fenómeno central del trabajo de investigación, más aún cuando se trata de una medida que tiende a limitar el acceso de los contratistas a medidas cautelares, al mismo tiempo en el que, las entidades públicas estén exentas de dicho requerimiento o tiene ninguna justificación razonable.

El Decreto de Urgencia al imponer que la carta fianza será el único medio presentado por el solicitante de una medida cautelar para emitir contracautela, esto, siempre que sea el Estado la parte afectada con la ejecución de su medida; recordemos que la contracautela viene a ser una garantía de naturaleza real o personal que debe ser ofrecida, más no presenta al momento de solicitar la medida cautelar; de ahí, el juez o árbitro tiene la opción de aceptar la propuesta o modificarla, siempre con el propósito de garantizar adecuadamente los intereses del afectado, por eso, es sustancial que realice una evaluación previa tanto de las circunstancias y la magnitud de los posibles daños a ser ocasionados.

Es evidente que tal regla vulnera el principio constitucional de igualdad, el cual integra de forma intrínseca a la tutela cautelar efectiva en el arbitraje, contraviniendo al mismo tiempo con otro de los presupuestos cautelares, la razonabilidad; luego, la mala constitución y práctica técnica de esta regla se extiende a su propia ubicación en el Decreto Legislativo que regule el arbitraje, ya que su contenido no es un tema de competencia para el dictado y/o ejecución de medidas cautelares, sino implica uno de los presupuestos cautelares, tal como se encuentra regulado en el artículo 47° del DLA.

En consecuencia, queda claro que el decreto en mención ha inclinado la balanza totalmente a favor del Estado, pues, no resulta para nada relevante analizar de qué tipo de medida cautelar se trata, tampoco su grado de afectación, independientemente de ello, el solicitante deberá presentar una carta fianza con el

monto mínimo fijado previamente por ley; en conclusión, si una de las partes tiene la capacidad de asumir los costos requeridos por ley, difícilmente, podrá recibir una tutela cautelar, de lo contrario, se verá impedido.

2.3. Marco conceptual

La definición de los conceptos coadyuvará a un mejor entendimiento de la presente investigación, ello pues, se desarrollarán los conceptos que fueron más utilizados al momento de llevarla a cabo la referida investigación; ahora bien, estas permitirán un más amplio panorama para el lector. Los términos serán definidos bajo el criterio del autor Cabanellas (2006) en su Diccionario Jurídico Elemental, así como el diccionario jurídico del Poder Judicial del Perú, por lo que, señalamos los siguientes conceptos:

- **Debido proceso.** – Consiste en el cumplimiento de todos aquellos requisitos constitucionales los cuales, con aplicables a los procedimientos, un claro ejemplo de ello sería, el acceso a la defensa y la producción de pruebas (Cabanellas, 2006, p. 136).
- **Derecho constitucional.** – Se trata de una rama perteneciente al derecho político, la cual comprende las leyes fundamentales del Estado a través de las cuales se instituye la forma de gobierno, los derechos y deberes de los individuos y la organización de los poderes públicos (Cabanellas, 2006, p. 148).
- **Discriminación.** – Consiste en aquel acto o efecto de discriminar, de realizar algún tipo de distinción sobre una cosa respecto de otra. A partir del ámbito social, consiste en brindar un trato de inferioridad a una persona o en su caso a un grupo de personas por razón de su raza, religión, política entre otros. La problemática de discriminación da inicio a innumerables cuestionamientos y debates, a través del paso de los años dicho concepto obtiene características notorias, ello con el establecimiento de modernos regímenes totalitarios de uno y otro signo. Una de las más grandes manifestaciones de discriminación que padeció el mundo se dio en la Alemania nazi. En la actualidad, la discriminación por razón de raza sigue conformando un tema de discusión en la doctrina (Cabanellas, 2006, pp. 162 - 163).

- **Igualdad ante la Ley.** – La misma generalidad de la ley; siempre y cuando no constituya excepción o privilegio, lleva a equipar a toda persona, e inclusive a absolutamente todos los ciudadanos pertenecientes a un determinado país, siempre que concorra identidad de circunstancias. Cabe señalar que, ningún legislador decide brindar igual trato cuando presencia a personas de buena fe y otra con mala fe (Cabanellas, 2006, pp. 235 - 236).
- **Tutela.** – Consiste en aquella guarda que es brindada al huérfano menor de edad, ya que este se encuentra en situación de vulnerabilidad y en desamparo, ya que por el mismo no se puede ni sabe amparar. En lo jurídico se trata de aquel derecho que la ley otorga con el fin de gobernar a las personas y bienes de un menor de edad, el cual no se encuentra sujeto a patria potestad, y para poder representarlo en t los actos de su vida civil (Cabanellas, 2006, p. 472).
- **Incoación:** Apertura de un procedimiento judicial o expediente administrativo (Poder Judicial, 2022).
- **Justiciable:** Es el ciudadano en cuanto está sometido a los órganos judiciales y, al mismo tiempo, puede recurrir a ellos en defensa de sus derechos (Poder Judicial, 2022).
- **Mayoría de edad:** (Derecho Constitucional) Edad necesaria establecida por ley para adquirir la capacidad plena. En el Perú, la mayoría de edad se adquiere a los 18 años, conjuntamente con los derechos ciudadanos (Poder Judicial, 2022).
- **Medida cautelar:** Institución a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho (Poder Judicial, 2022).

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

El **enfoque cualitativo tiene que ver con aquel tipo de** investigación al cual: “(...) no se llega por procedimientos estadísticos u otro tipo de cuantificación (...)” (Aranzamendi, 2010, p. 100), *contrario sensu*, en virtud de su naturaleza se sustentan en: “(...) comprender un fenómeno complejo (...) [cuyo] acento no está en medir las variables del fenómeno, sino en entenderlo” (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 18); de este modo, el fundamento de una investigación cualitativa en el análisis del sentido de una acción social definida, pues, tal como se le denomina técnicamente dentro del ámbito del derecho, se trata de interpretar una realidad teórica (el fenómeno complejo) concreta tendiente a colaborar con la comprensión del fenómeno de estudio y, por ende, derivar en una solución al fenómeno abordado.

La naturaleza **cualitativa teórica** nos permitió aplicar con precisión los conceptos de una determinada doctrina, lo dicho se ajusta a la explicación del jurista e investigador mexicano Witker c. p. García, (2015), según quien la investigación **teórica-jurídica**: “[Es] (...) aquella que concibe el problema jurídico desde un perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real [esto es] que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión”; por consiguiente, éste tipo de investigación colabora plenamente con la interpretación y el análisis de dispositivos jurídicos individuales o de forma conjunta.

Teniendo en consideración, la naturaleza de la investigación, toda vez que sometimos a los dispositivos normativos al análisis y cuestionamiento ligado a sus respectivos conceptos jurídicos, es menester aseverar que el propósito consiste en evidenciar las irregularidades interpretativas en relación con sus cualidades, por ello, el trabajo de investigación centró su **análisis el artículo 8° del Decreto de Urgencia N° 020-2020** en relación con el derecho a la igualdad ante la ley.

Antes bien, tal como habíamos anticipado en la delimitación conceptual de la presente investigación, se empleó un lenguaje o discurso consistente en la teoría iuspositivista, motivo por el cual, en adelante argumentaremos los motivos de la **postura epistemológica jurídica** mencionada.

En referencia a la teoría iuspositivista la **escuela iuspositivista** ha coincidido en la siguiente idea, la científicidad del derecho deriva fundamentalmente en la norma y su correspondiente análisis dogmático, además el **(a) objeto, (b) método y (c) fin de estudio** se justifican en función a lo que cada escuela jurídica debe concretar con claridad qué es lo que estudió, luego, cómo lo estudió y, por último, si los elementos previamente establecidos se adecuaron al propósito de la escuela en mención (Vivanco, 2017, pp. 36-41).

Dado de este modo, el (a) del iuspositivismo viene a ser la legislación, es decir, cualquier dispositivo normativo vigente en el ordenamiento jurídico, en tanto la (b) se enfoca en la realización del análisis y evaluación a través de la interpretación jurídica para que finalmente, la (c) concluya con la propuesta de mejoramiento del ordenamiento jurídico, este tuvo la opción de materializarse por medio del planteamiento de una inconstitucionalidad, una modificación o derogación de la norma calificada como insuficiente o contradictoria, todo ello, con el firme objetivo de conseguir un ordenamiento jurídico más robusto y sólido (Harper c.p. Witker & Larios, 1997, p. 193).

Por lo tanto, conforme a los objetivos de esta investigación: (a) fue el derecho a la igualdad ante la ley y el **artículo 8°** del Decreto de Urgencia N° 020-2020, (b) se interpretó correctamente el derecho constitucional y el contenido del artículo mencionado a partir del empleo de los diferentes tipos de hermenéutica jurídica, tales como: la interpretación sistemática, constitucional, historia, exegética, etc.; para que finalmente, (c) sea mejorar el ordenamiento jurídico mediante la modificación normativa al articulado número 8° y no dejar vacíos o lagunas, sobre todo, para que el operador pueda resolver mejor los casos concretos.

3.2. Metodología

Es sabido que, las metodologías paradigmáticas se dividen en investigaciones empíricas y teóricas; por tanto, luego de haber justificado las razones del porqué fue **teórica**, ha llegado la hora de manifestar que también se empleó la modalidad de metodología paradigmática de la investigación **teórica jurídica** [según Witker] con una **tipología de corte propositivo**.

Entonces, habiendo detallado los fundamentos de una investigación teórica jurídica en los párrafos anteriores, lo que falta es justificar por qué razón se

encuentra dentro de una **tipología propositiva jurídica**, al respecto podemos manifestar que se trata de: “(...) analizar la ausencia de una norma o se **cuestiona una existente, determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva**. Generalmente estas investigaciones culminan con propuestas legislativas, programas, principios o fundamentos jurídico filosóficos” (Aranzamendi, 2010, p. 163) [el resaltado es nuestro]; tal como sucede con el trabajo realizado, ya que estamos sometiendo a análisis dispositivos normativos desde una óptica epistemológica iuspositivista.

En consecuencia, la relación entre el paradigma metodológico teórico jurídico y la tipología de corte propositivo, junto a la postura epistemológica iuspositivista resulta ser compatible y totalmente funcional, pues, ambos sistemas se orientan por el camino del cuestionamiento y valoración de una norma, que en nuestro caso es el artículo 8° del Decreto de Urgencia N°020-2020 en relación con el derecho a la igualdad ante la ley, los cuales serán cuestionados por su valor intrínseco, pues al estar dentro de un Estado Constitucional de Derecho podemos advertir que el contenido del artículo en cuestión resulta ser contrario a otros derechos de orden constitucional como la libertad de contratación.

3.3. Diseño metodológico

3.3.1. Trayectoria metodológica.

La trayectoria viene a ser la descripción del camino que sigue el empleo de la metodología de investigación, esto es, cómo se va a proceder desde que se instala la metodología hasta la explicación sistematizada de los datos recolectados, se refiere básicamente a la explicación holística del proceso a seguirse desde la determinación del método a utilizarse hasta el logro de conclusiones de la investigación, por ello, en los párrafos consecuentes explicaremos con más detalle al respecto.

Estando conformes a la naturaleza de la investigación es que se empleó la interpretación exegética, tipo de interpretación jurídica que busca descubrir la voluntad del legislador (Miró-Quesada, 2003, 157), con el objetivo de analizar el **artículo 8°** del Decreto de Urgencia N° 020-2022, asimismo se realizó un análisis doctrinario sobre el derecho a la igualdad ante la ley.

En tal sentido, la información va a ser recopilada por medio del empleo de la técnica del análisis documental, junto con los instrumentos de recolección de datos denominado: la ficha (bibliográfica, textual y de resumen) instrumentos idóneos para coadyuvar con el análisis de las características de ambos conceptos jurídicos y observar su punto de inflexión para que, por último se proceda con el análisis de los datos por medio de la argumentación jurídica y, de este modo, ser capaces de responder las preguntas planteadas o contrastar las hipótesis formuladas.

3.3.2. Escenario de estudio.

La naturaleza cualitativa-teórico de la investigación implicará el análisis del derecho constitucional a la igualdad ante la ley y el artículo 8° del Decreto de Urgencia N° 020-2020, cuyo espacio de estudio es el propio ordenamiento jurídico peruano, pues, en este ámbito es donde se puso a prueba la resistencia de una interpretación constitucional y sistemática, todo ello, con el propósito de corroborar sus estructuras e insuficiencias en casos concretos (formulados de manera hipotética y con solides).

3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos

Al contar con carácter cualitativo-teórico, se analizaron las estructuras normativas del derecho a la igualdad ante la ley y el artículo 8° del Decreto de Urgencia N° 020-2020 en donde se identificarán a las subcategorías: excepción al Estado peruano del ofrecimiento de contracautela y obligación del tercero o privado a ofrecer dicha garantía por medio de una carta fianza, en ambos casos cuando se solicita la ejecución de una medida cautelar, todo ello relacionado con el contenido de la categoría del derecho constitucional, con el propósito primordial de formular una modificación y/o derogación normativa racional y válida dentro del ordenamiento jurídico peruano, propiamente, de las controversias surgidas en las contrataciones con el Estado.

3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.3.4.1. Técnicas de recolección de datos.

El análisis documental es la técnica que se empleó para analizar los textos doctrinarios, este trata de extraer la información relevante para el desarrollo del fenómeno de investigación planteado, en ese orden, ya podemos afirmar que el análisis documental será considerado como aquella operación sustentada en la

naturaleza cognoscitiva del hombre, pues, el ser humano no puede aislarse de su capacidad racional y pensante, sino todo lo contrario, facultarse por medio de sus capacidades cognitivas la elaboración de un documento primario por medio de otras fuentes primarias y secundarias, así mismo, cabe denotar que, de estas últimas depende que el usuario tenga acceso al documento inicial para la obtención de información y comprobación de la hipótesis (Witker & Larios, 1997, p. 193).

3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.

Ciertamente, los instrumentos de recopilación de información fue por excelencia la ficha en sus diferentes tipos: textuales, de resumen, bibliográficas, mismos que pondremos en práctica a fin de esquematizar un marco teórico fuerte y sólido capaz de adaptarse a nuestras necesidades conforme se va desarrollando la presente investigación, así como al enfoque e interpretación otorgada a la realidad y los textos (Witker & Larios, 1997, p. 193).

3.3.5. Tratamiento de la información

Habiendo anticipado que la información fue recopilada a través de la utilización de la ficha textual, ficha de resumen y la ficha bibliográfica; es momento de explicar que estos instrumento de recolección no fueron suficientes para conducirnos a la autenticidad de la investigación, por esta razón, utilizaremos un análisis formalizado o de contenido con el objetivo de minimizar la subjetividad que toma cuerpo al interpretar cada uno de los conceptos; por consiguiente, nos dispondremos a analizar las propiedades exclusivas y trascendentales de las variables en estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente (Velázquez & Rey, 2010, p. 184). En consecuencia, se usó el siguiente esquema:

FICHA TEXTUAL o RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

“.....

”

La información documental obligatoriamente tiene que ver con premisas y conclusiones, las cuales tuvieron un conjunto de características y propiedades, por ello, el procedimiento a emplearse en la investigación fue la argumentación jurídica; según el metodólogo Aranzamendi (2010, p. 112), las propiedades deben ser: (a) coherentemente lógicas, derivadas del análisis de los antecedentes y conclusiones; (b) Razonables, estas tiene que estar auténticamente motivadas y justificadas para arribar a conclusiones materiales y formales; (c) idóneas, las premisas tiene que mantener cierta posición; y (d) claras, la interpretación tiene que ser manifiesta y perspicaz, dejando de lado la ambigüedad o distintas interpretaciones.

En atención a los datos y su respectivo procesamiento, los cuales tienen su origen en los distintos textos, en seguida debemos manifestar que la argumentación empleada para la tesis es comprendida como: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp. 203-204), de este modo, se empleó la siguiente estructura: (1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, pues, a través de conexiones lógicas y principios lógicos se logrará argumentar para contrastar las hipótesis formuladas.

3.3.6. Rigor científico

El rigor científico consiste en la elaboración seria y precisa de la investigación, este carácter de nivel metodológico deriva de la lógica de la cientificidad del paradigma metodológico explicado brevemente en párrafos anteriores así, la cientificidad está garantizada por los métodos y el proceso estricto que sigue el análisis para lograrlas conclusiones, tal como lo reafirma el autor Witker y Larios (1997) sobre el método iuspositivista: “evaluar las estructuras del derecho, y su materialización que se aúna con los llamados métodos o técnicas de interpretación de las normas jurídicas, en donde destacan lo exegético, lo sistemático, lo histórico, lo sociológico e incluso hasta lo gramatical” (p. 193); en virtud de ello, se ha visto por conveniente estudiar el dispositivo normativo desde un punto de vista positivista a fin de coadyuvar con el mejoramiento del ordenamiento jurídico, considerando siempre el hecho de no contradecir la armonía

del mismo, sobre todo, de la carta constitucional donde reposan los pilares fundamentales.

Finalmente, con el objetivo de evidenciar si en realidad se utilizó la postura epistemológica jurídica del iuspositivismo en la investigación, deviene la importancia de revisar que no se haya manifestado valoraciones axiológicas (argumentos moralistas), sociológicas (mediante datos estadísticos), entre otros; todo lo contrario, el desarrollo del fenómeno de estudio planteado estará centrado auténticamente en la utilización de las estructuras y conceptos de los dispositivos normativos y/o categorías mencionadas, tanto de la igualdad ante la ley como del articulado 8° del Decreto de Urgencia N° 020-2020, similar suerte correrán los demás conceptos que guardan relación con los dispositivos materia de análisis dentro del ordenamiento jurídico, tanto como de la doctrina estándar sobre el derecho constitucional en mención.

3.3.7. Consideraciones éticas

Al tratarse de una investigación de tipo cualitativa teórica, no se requiere manifestar justificación alguna para avalar la integridad o la honra de algún entrevistado o encuestado, menos aún de cualquier otra modalidad fáctica-empírica.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1. Descripción de los resultados

4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno.

El objetivo uno ha sido: “Identificar la manera en que la **igualdad ante la ley** se relaciona con la contracautela obligatoria el ofrecimiento patrimonial por parte de un particular en las contrataciones con el Estado peruano”, y sus resultados fueron:

Primero. – El desarrollo de los resultados del primer objetivo de la presente investigación, como es natural, deberá comprender la exposición de los datos más importantes relacionados con la categoría de igualdad ante la ley y la contracautela, particularmente dentro de esta última categoría revisaremos al ofrecimiento de la contracautela por un particular cuando se solicita la ejecución de una medida cautelar en un conflicto vinculado con las contrataciones con el Estado peruano.

La igualdad ante la ley viene a ser un derecho fundamental a su vez un principio de orden constitucional a partir del cual todos los demás derechos que pertenecen al sistema jurídico de igual o inferior orden jerárquico deben guardarle correspondencia.

Dicho esto, consideramos idóneo detallar algunos datos respecto a la evolución histórica de la igualdad en su acepción como derecho y como principio, todo ello con el firme objetivo de comprender mejor la naturaleza del valor de la igualdad, más aún tomando en cuenta que de este valor supremo se desprende la igualdad ante la ley.

El principio de la igualdad reúne sus primeros fundamentos en la antigua Grecia y gracias a un filósofo de renombre que ha alcanzado hasta la actualidad demasiada connotación por su habilidad de juzgar y razonar, Aristóteles, un hombre que propagaba que todos los seres humanos son diferentes numerariamente hablando, en tanto son diferentes materialmente (tienen distintas formas de actuar, pensar, vestirse, hablar, etc.); no obstante, cada uno sigue manteniendo la misma forma y naturaleza individualizada, esto es, todos pertenecen a la misma especie, sin que esto signifique variación de su esencia es sí.

En resumen, el principio de igualdad estructura su fundamento basándose en la esencia invariable de todo ser humano, su calidad humana, en virtud del cual se manifiesta la dignidad del hombre y a su vez la consideración de todos los demás valores que de este se desprenden.

Por otra parte, en cuanto a la acepción de la igualdad como derecho debemos remontarnos a una de las hazañas más trascendentales para efectos del reconocimiento de dicho derecho, la Revolución Francesa y la Revolución Americana gracias a los cuales e introdujo nuevas ideas (la ideología liberal) y, a su vez, se consagró dentro de diferentes cuerpos normativos el reconocimiento de la capacidad jurídica del hombre sin que para ello se tolere alguna distinción de índole social, siendo por medio de este gran avance que se termina haciendo frente a los privilegios y arbitrariedades investidos por razas y castas apartemente superiores.

Fue con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano ratificado y aceptado por la Asamblea Nacional Constituyente en el país de Francia un 26 de agosto del año 1789, en donde se estableció por vez primera que todos los hombres nacen y viven libres e iguales en relación a sus derechos; de este modo, el empleo de la distinción social solamente puede sustentarse en la utilidad común; de forma similar, en su dispositivo **normativo 6° se prescribió, la ley se constituye por excelencia a partir de la expresión de la voluntad general**, por ende, todos los ciudadanos son iguales en dignidad ante ella y ante cualquier investidura gubernamental, administrativa, etc., sin la aceptación de alguna diferenciación de su capacidad, más que la de su virtud y su talento propios.

Segundo. – En este orden de ideas, es necesario abordar el tema de la igualdad **dentro de la normativa internacional**, con el objetivo de identificar cuáles son aquellos organismos de carácter internacional que contienen dicha prerrogativa elemental para el desarrollo del conglomerado de todos los derechos que guardan relación con este.

Diferentes tratadistas en materia de derechos humanos han convergido en que punto de partida para la integración de estos bienes esenciales para el desarrollo de toda sociedad en armonía, fue la conciencia jurídica del respeto de la dignidad de todo hombre, lo cual indujo a la adopción de diversas declaraciones y tratados

internacionales, por medio de los cuales se intenta seguir impartiendo en todos los sistemas jurídicos de los países miembro el principio *ius cogens*.

Tal como lo hemos adelantado en el numeral anterior, la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** fue uno de los principales cuerpos normativos que introdujo en su articulado número 10° **el derecho a vivir en condiciones de total igualdad**; además del derecho a ser oído de manera pública y justa por los tribunales, quienes deben estar investidos de absoluta imparcialidad, todo ello, en el momento de definir los derechos y obligaciones que serán contenidas en una sentencia judicial; por otro lado, en el artículo 7° del mismo cuerpo jurídico también se reconoció **el derecho de todas las personas a que sean tratadas en igualdad ante la ley**, teniendo todos el derecho a ser protegidos por la ley.

Luego, tenemos a la **Convención Americana de Derechos Humanos** el cual señala en el artículo 24°, toda persona es igual frente a la ley, por ende, cae de su propio peso pensar que todos debemos ser protegidos por la ley de forma igualitaria, esto significa que si un grupo de personas, una sola persona o una persona jurídica o alguna entidad del Estado no puede tener mayor protección por la ley por arte de magia, esto es, por el simple hecho de la soberanía que presenta, sino siempre y cuando esta diferenciación se encuentre plenamente justificado; de modo similar, el numeral 2 del artículo 8° **prescribe que debe presumirse la inocencia de toda persona a quien se le atribuya la comisión de un delito**, hasta el momento en que se demuestre de forma fehaciente su culpabilidad. Interpretando de algún modo dicha norma, es posible mencionar que aquel deudor a quien se le va a ejecutar una medida cautelar tenga derecho a determinada protección, debido a la postergación de su derecho a la defensa, protección que podría materializarse con el ofrecimiento de una caución.

También, tenemos al **Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos**, instrumento de carácter jurídico e internacional que también hace lo suyo al incluir en su articulado número 3° **al compromiso de los Estados para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres** a fin de que cada uno de ellos ejercite sus derechos civiles y políticos sin distinción, a su vez, el numeral 14 del mismo artículo señala que todo individuo por el hecho de constituirse como parte

procesal por la supuesta comisión de un delito tiene derecho a que se le otorgue las mínimas garantías. El sistema jurídico peruano extendiendo el contenido de dicha normatividad imparte la igualdad de los derechos de las personas proyectadas tanto en procedimientos administrativos, como en otros conflictos particulares.

Por otra parte, existen otros instrumentos de orden internacional de los cuales el Perú también es parte, tal como la Convención de sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo, entre otros, que tienden a refrendar cuanto más el respeto de la igualdad en estrecha correspondencia con la consideración de la dignidad de las personas.

En resumen, el Estado peruano al constituirse como un estado miembro y al haber ratificado los diferentes tratados y convenios internacionales refrenda su compromiso de velar por que la aplicación de derechos y deberes a todas las personas sean por igual, prohibiendo todo tipo de discriminación de cualquier índole, raza, religión, posición económica u otra condición (política, gubernamental) todo ello, con el firme propósito de garantizar en todas las personas igual protección por la ley.

Tercero. – En seguida revisaremos la integración y protección del derecho a la igualdad por la normativa nacional, es decir, por los cuerpos normativos del sistema jurídico peruano, esto nos permitirá comprender a profundidad la elemental consideración y observancia de dicha prerrogativa dentro del proceso judicial, arbitral, entre otros.

Por esta razón, iniciamos el desarrollo de dicho tema con la **Constitución del 93, la cual, consagra en su articulado número 2º, inciso 2:** “(...) el derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”, dicho dispositivo involucra dos aspectos sustanciales, en principio, el derecho a la igualdad ante la ley y, en segundo lugar, la prohibición de discriminación.

La prescripción de forma generalizada del derecho a la igualdad ante la ley implica determinadas deficiencias a la hora de pretender materializar dicha norma, ya sea fuera o dentro de un proceso, pues, al no precisar determinadas medidas específicas que colaboren el logro de la igualdad ante la ley, más aún, si el Estado peruano por ser un ente soberano y tener el control del poder va a intentar plegarse de ciertos privilegios que cualquier otra persona natural o jurídica jamás podrán gozar.

Por eso mismo, es que la jurisprudencia en su labor por resguardar la igualdad adopta medidas importantes en diferentes casos con el objetivo de brindar solución o luces a ciertas ambigüedades o generalidades; empero, no es suficiente, sino es necesario que la Constitución desarrolle con mayor especificidad los dos derechos antes mencionados, de este modo, toda la ciudadanía sabrá acerca de los alcances y el contenido del derecho a la igualdad.

Así como este reconocimiento primigenio del derecho a la igualdad también existen otras normas que recogen dicha prerrogativa y la implementan, tal es el caso de la Ley N° 26772 publicada el 17 de abril de 1997, el cual dispone que las ofertas de empleo y acceso a los diversos centros educativos no pueden estar sustentados en requisitos que constituyan discriminación, alteración o anulación de igualdad de oportunidades o de trato; luego, el Decreto Supremo N° 004-2009-TR, publicado el 30 de marzo del año 2009, el cual prohíbe todo aquel acto que se considera discriminatorios para los trabajadores del hogar; también, la Ley N° 29944 del año 2012, Ley de Reforma Magisterial, regula los procedimientos administrativos disciplinarios contra personal educativo reportado por violencia sexual hacia estudiantes; así mismo, la Ley N° 30364 del año 2015 Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar y su correspondiente reglamento mismo que es aprobado a través del Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP y que busca erradicar todo tipo de violencia basado en la consideración del género femenino; entre otros cuerpos normativos que difunden la aplicación de la igualdad de las personas en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de otra índole.

Cuarto. – En el presente numeral vamos a profundizar el contenido del derecho a la igualdad como principio, con el propósito de evidenciar más adelante cual es la razón por la que el Estado peruano no está obligado a ofrecer una caución cuando solicita la ejecución de una medida cautelar y, por qué razón una persona natural o jurídica que realiza el mismo requerimiento si debe ofrecerlo.

El mencionado valor se constituye en aquella **regla fundamental que debe ser garantizada y preservada por el Estado** a través de la emisión de leyes y actos administrativos, a su vez es un principio que **lleva implícito el mandato de verificación jurídica y social a fin de estructurar y fundamentar el trato igual a los iguales y el trato diferenciado a quienes son diferentes** y merecen ser tratados como tal.

Por su lado, el **máximo intérprete de la Constitución** ha señalado respecto al principio en mención, esto en el caso de Cámara Peruana de la Construcción y el caso Máximo Yauri y más de cinco mil ciudadanos en el expediente N° 0261-2003-AA/TC y el expediente N° 0018-2003-AI/TC, de forma correspondiente: el principio de igualdad debe ser entendida como un límite de la actuación del Estado, ello en relación con al ámbito legislativo, administrativo y jurisdiccional; así mismo, como un **mecanismo de reacción jurídica frente a la existencia de un caso hipotético de arbitrariedad** al momento de ejercer el poder; luego, como una limitación al momento de establecer situaciones cuyas bases estén vinculados con criterios prohibidos, por ejemplo, la distinción que atente contra la dignidad de la persona humana y, por último, como un parámetro básico a partir del cual se oriente y reoriente todos los actos del Estado, siempre removiendo los obstáculos políticos o sociales que limiten de hecho la igualdad de oportunidades entre las personas humanas.

Pero, el Tribunal Constitucional ya en su sentencia del expediente N° 01604-2009-PA/TC, señala que la igualdad viene a ser un principio-derecho por medio del cual se sitúa a las personas en condiciones iguales, esto es, los coloca y ve desde en un plano de equivalencia; en consecuencia, no está permitido establecer cualquier privilegio o excepción que se le excluya a una determinada persona o ente de los derechos que se le otorga a otra debido a la concurrencia de razones y la falta de legitimidad real.

Quinto. – La igualdad desde una óptica constitucional **posee dos facetas**, tal como lo ha señalado el mismo **Tribunal Constitucional en el expediente N° 0048-2004-AI/TC**, la primera, la igualdad ante la ley y la segunda, la igualdad en la ley.

Entonces, de acuerdo al fundamento 70 de dicha sentencia, **primera** faceta responde al requerimiento de **aplicar la norma de la misma forma para todas las personas que se hallen en supuestos jurídicos equivalentes**; luego, la igualdad en la ley **implica que el propio órgano u organismo jurídico no puede determinar cambios en sus decisiones de manera arbitraria, si esto resultara ser así, pues debe mediar alguna justificación razonable y suficiente.**

Más tarde, la doctrina constitucional considera pertinente desarrollar una tercera faceta, denominada igualdad mediante la ley, ello es respuesta a la coherencia de un Estado legal, el cual tiene como núcleo básico de la justicia a la igualdad; por consiguiente, se establece la igualdad mediante la ley a partir del cual se establece el vínculo entre el legislador y el derecho a la igualdad, de este modo, el primero se encuentra sometido por el principio, por lo que deberá evitar establecer cualquier acto discriminatorio o en su defecto prescribir diferencias de índole arbitraria ya que estaría vulnerando el derecho constitucional de igualdad ante la ley.

En resumen, la igualdad tiene que ver con que absolutamente **toda persona debe ser tratada de forma igual**, de lo contrario, nos encontramos ante un **acto discriminatorio**, el mencionado mandato logra alcanzar incluso a las autoridades del Estado y al propio Estado peruano, junto a las demás instituciones que la integran, ya sea que poseen o no potestad normativa, todo ello, con el propósito de evitar la emisión de normas que alberguen mandatos de naturaleza discriminatorio; por lo tanto, queda claro que el derecho a la igualdad consiste que todas las normas deben ser iguales para todas las personas y, por ende, cuando la norma considere la existencia de un trato desigual, se determinará si legitimidad que justifique dicho caso de diferenciación o discriminación.

Sexto. – En este apartado trataremos brevemente sobre **la igualdad de oportunidades o de trato**, toda vez que, su contenido guarda relación con el tema que estamos tratando, el ofrecimiento de contracautela en la solicitud de una medida

cautelar, ya sea por parte de una persona natural o jurídica o por el Estado peruano, contexto en el cual, los primeros si están obligados por ley a ofrecer esa garantía que asegure la integridad del objeto materia de la ejecución de la medida, pero, el Estado se encuentra excepto.

Entonces, la igualdad de oportunidades hace referencia a la necesidad y/o exigencia de poner en favor de todos los seres humanos la titularidad y legitimidad de los derechos humanos para que siempre sean tratados como fin y no como meros medios a través de los cuales se puede conseguir intereses particulares y egoístas de unos cuantos; en tal sentido, no puede haber un grupo de personas que gocen de determinados derechos diferentes que los demás, tampoco el propio Estado puede adjudicarse privilegios especiales, a menos que estos se encuentren plenamente justificados y sean de necesidad última.

Dicha idea se despliega en pensamientos bien estructurados y discutidos con basta sensatez por uno de los filósofos más trascendentales de la historia universal, Immanuel Kant, quien estableció principios universales con la finalidad de que el hombre, como ser pensante y, entonces potencialmente moral, pudiera gobernarse a sí mismo con el uso de su propia habilidad cognitiva y volitiva; de ahí, uno de los principios de extrema connotación es el principio personal, en virtud del cual está prohibido todo tipo de trato inhumano, degradante o humillante.

En contraste, existe una línea delgada que separa el trato igualitario del diferenciado, por ello, no bastará con que la adjudicación de determinados derechos para una persona, grupo de personas, incluso, para el mismo Estado sean puramente declarativas, sino es absolutamente indispensable que dicho trato favorecedor se encuentre justificado de forma real y objetiva, además se encuentre a la vista de toda la sociedad; por ejemplo, el Presidente de la República goza de una investidura, inmunidad, por el propio hecho de ser el máximo representante de un país y, ello no termina ahí, es necesario argumentar mejor cual es la razón de este trato especial, en resumidas cuentas la justificación por la que goza de un trato constitucional convirtiéndolo en invulnerable es dar estabilidad al gobierno.

Entonces, queda todavía abierta la interrogante del porqué el Estado peruano esta excepto de ofrecer contracautela cuando solicita una medida cautelar por conflictos presentados en el ámbito de las contrataciones con el

Estado, en donde evidentemente su contraparte será una persona jurídica o natural, pero lo más sorprendente es que, dado el mismo supuesto jurídico, cuando la medida cautelar es solicitada por estos últimos deben ofrecer de forma obligatoria una caución que garantice la reparación de los posibles daños y perjuicios que podría implicar la ejecución de tal medida; en consecuencia, frente a hechos jurídicos similares, existen consecuencias jurídicas diferentes.

Séptimo. – A continuación, desarrollaremos de manera resumida el tema relacionado con la protección de tutela jurisdiccional por cuanto estamos deseosos de conocer si este principio constitucional viene **siendo garantizado por la Ley de arbitraje N° 1071 y en favor de todas los justiciables que acuden a su jurisdicción.**

La tutela jurisdiccional es uno de los principios y a su vez derecho fundamental de mayor trascendencia dentro del Derecho, pues de este derecho-principio primigenio se desprenden otros de similar importancia y, en general sirve para iluminar la creación e interpretación de todo el conjunto de normas que se encuentran en todo sistema jurídico; se encuentra reconocido expresamente en el **inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú.**

En este orden de ideas y consecuente con la dimensión del contenido de la tutela jurisdiccional efectiva el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el **expediente N° 01604-2009-PA/TC: La existencia de cualquier mecanismo o impedimento que represente un obstáculo del acceso a la tutela jurisdiccional significará un claro ejemplo de contravención al derecho constitucional**, un derecho dado por antonomasia a todas las personas sin que medie condición alguna.

En ese sentido, otro derecho fundamental de carácter relevante que tiene que ir junto al ya mencionado es el debido proceso, el cual también se encuentra consagrado en el inciso 3, artículo 139° de la carta magna. No obstante, estamos frente a una prerrogativa que es perfectamente oponible a todos los poderes del Estado y, aunque, tiene raíces netamente judiciales, su contenido y/o efectos se extienden de forma pacífica al ámbito administrativo, civil, militar, legislativo o espacios de orden privado, como el arbitraje.

En relación con este derecho fundamental, debemos decir que engloba un **conjunto de garantías constitucionales que deben ser observados durante el**

proceso así, podemos verificar las cuatro etapas básicas que la integran: acusación, defensa, prueba y sentencia, las cuales pueden ser traducidas en los siguientes derechos: derecho a la presunción de inocencia, derecho de información, derecho de defensa, derecho a un proceso público, derecho a la libertad probatoria, derecho a declarar de forma libre, derecho a la certeza, *indubio pro reo*, derecho a cosa juzgada; siendo evidentemente trascendental para efectos del análisis de la presente investigación, la etapa de la defensa, tanto para la parte demandante y demandada.

En síntesis, nos encontramos ante un derecho (tutela jurisdiccional) de carácter fundamental que todo Estado debe estar obligado a protegerla, ya que **por medio de esta cualquier persona puede acceder al órgano jurisdiccional que considere con el propósito de ejercer y/o defender sus derechos e interés, todo ello, por medio de la aplicación de un debido proceso, en el que, ambas partes gocen y utilicen las garantías mínimas como, por ejemplo, la igualdad procesal y la igualdad de oportunidades.**

Octavo. – En cuanto a la contracautela por el Estado en el arbitraje, como categoría del objetivo de la presente investigación debemos mencionar algunos alcances de forma general, ya que en el numeral 2 correspondiente a los resultados del objetivo número dos, desarrollaremos de manera más detallada.

A partir **del 1998 en el Perú se adoptó al arbitraje y a la conciliación** como mecanismos idóneos **de solución para conflictos surgidos en la ejecución de contratos** regulados por la norma **de contrataciones con el Estado**, en donde están implicados sin duda alguna **las obras, bienes y servicios**; por consiguiente, estos manejos de gestión del Estado deben ser sometidos, siempre y cuando se originen controversias en su ejecución contractual, al arbitraje o la conciliación, dejando de lado al Poder Judicial.

La presente reforma del Estado buscó promover confianza para los inversionistas privados, nacionales y extranjeros, pues, **la neutralidad debe ser un factor intrínseco garantizado en la solución de controversias**; evitando acudir a un Poder Judicial colapsado y poco eficiente en términos de tiempos, dinero y esfuerzo.

Por ello, en el intento de promocionar confianza para la inversión privada en nuestro país, la presente disposición se ha mantenido estable desde entonces en

el tiempo, a pesar del resurgimiento de ciertas críticas debido a los cambios y modificatorias sucesivas realizadas por los gobiernos entrantes; sin duda alguna, el fuero arbitral deberá evidentemente ser regulado a su favor (del Estado) y en donde probablemente no se potenciará la igualdad de condiciones.

Luego de revisar sendos estudios e informes de investigación en relación a las controversias que se presentan en las contrataciones del Estado, **se pudo evidenciar que es el contrato de obra el más propenso a desatar conflictos**, es así como los índices de conflictividad localizados en dichos contratos de obra lo vislumbran, por ello, es necesario identificar cuáles son aquellos medios que colaboran con el arbitraje, así como desvirtuar si en verdad el arbitraje viene satisfaciendo los objetivos en términos de tiempo y costos de propio Estado como del tercero (contratista).

En resumen, después del 1998 el Estado se encuentra obligado a someter cualquier controversia al fuero arbitral, esto es, en el contrato celebrado entre el Estado y cualquier privado es indispensable considerar la cláusula que los obliga a someterse al mecanismo de solución de conflictos denominado arbitraje siempre que presenten controversias en su ejecución.

En cuanto al interés público involucrado en una controversia entre el Estado y un tercero debemos recordar que el **objeto materia de contrato en el ámbito de este tipo de contrataciones** guarda directa relación con los **recursos públicos**, los cuales tienden a satisfacer necesidades de carácter social, pues, ese es el fin perseguido por las políticas públicas de un gobierno determinado; en consecuencia, al interés individual se contrapondrá otro de orden público, por ello, ambas partes deben estar prestas a trabajar con total transparencia, pues, en tanto la obra publica este paralizada también lo estará el interés social, los cuales al permanecer pospuestos hasta que se emita el laudo arbitral terminan originando problemas secundarios e interminables.

En cuanto a la **composición del Tribunal arbitral**, es menester mencionar que pueden estar constituidos por un árbitro único o por árbitros colegiados, pero independientemente de ello constituyen como un órgano jurisdiccional privado, al que puede someterse el Estado y las entidades públicas cuando la materia puede ser arbitrada y siempre que no exista prohibición legal expresa.

Noveno.- Contextualizar la aplicación del mecanismo de solución de conflictos denominado arbitraje, implica revisar la composición normativa que ha ido desarrollando con el paso del tiempo, tanto de su introducción en el sistema legal de nuestro país, de ahí, podemos encontrar que el Decreto Legislativo N° 1071 regula el arbitraje, pero este decreto fue modificado en el año 2020 a través del Decreto de Urgencia N° 020-2020; no obstante, puede ser más adecuado remitirnos a la Ley N° 30225, así como a sus consecuentes y más novísimas modificaciones introducidas por los Decreto Legislativo N° 1341 y 1444; al mismo tiempo es útil recurrir de forma más directa al Texto Único Obligatorio, el cual fue aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, o al Reglamento aprobado por D.S. N° 344-2018-EF y modificado por el D.S. N° 377-2019-EF.

Pero, cuál es el trámite que debe seguir un arbitraje en contrataciones del Estado, al respecto, debemos mencionar que **inicia auténticamente con la existencia de un convenio arbitral** fijado con anticipación en el contrato original, acuerdo en el que las partes deciden someterse a un proceso de arbitraje en caso de controversia; recordemos que la regla general es que, cuando el Estado peruano se constituye en una de las partes el arbitraje al que se someterá es institucional, pudiendo ser ad hoc siempre que el monto de la controversia no supere las diez (10) unidades impositivas tributarias.

Así mismo, **las materias específicas que pueden ser sometidas a arbitraje en contrataciones del Estado serán las que guarden relación con la ejecución, interpretación y resolución del contrato celebrado** entre la entidad pública y el proveedor; también es totalmente factible arbitrar sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del mismo.

En cuanto a los tipos de arbitraje en contrataciones del Estado, tal como lo hemos ido adelantando, diremos que en el Perú existen dos: **el primero es el arbitraje institucional, este tipo de arbitraje** cabe siempre que el Estado y su proveedor de común acuerdo previsto que cuando se originará una controversia estas deberán recurrir para su resolución al arbitraje institucional, pero además la regla general o mandato estipulado por ley los induce de forma obligatoria a considerar este tipo de arbitraje; a su vez, dicha institución **cuenta con un conjunto de árbitros debidamente registrados en el Registro Nacional de Árbitros**

quienes se encargan de organizar todas las etapas del arbitraje en cuestión. El segundo tipo, **es el arbitraje ad hoc**, en este tipo no se designa ninguna institución arbitral, sino que **las partes son las que organizan todo el arbitraje** y designan árbitros individuales, los cuales también deben encontrarse debidamente inscritos en el RNA.

Hoy en día hasta la municipalidad más pequeña o de jurisdicción reducida tiene la obligada de llevar sus controversias de contratación pública al arbitraje, particularmente al arbitraje institucional; por ende, el legislador peruano viene adoptando mecanismo o medios a través de los cuales transparentar este mecanismo de solución de controversias y, de este modo, salvaguardar de forma efectiva el interés público implicado en el contrato.

En ese orden de ideas, el arbitraje institucional es el tipo de arbitraje que viene siendo dotado del principio de transparencia con el propósito de conseguir mayor efectividad gracias a determinadas características de predictibilidad en la transparencia, tales como: reglas conocidas, costos conocidos, reglas éticas específicas, así como órganos de sanción reconstituidos que serán aplicados durante el desarrollo del arbitraje hasta la emisión del laudo.

No hay duda de que la aplicación y el desarrollo del arbitraje institucional al haberse masificado, debido a la desconfianza que implicaba el arbitraje Ad Hoc en las controversias en los que el Estado intervenía como una de las partes, ha traído consigo bastos aciertos; no obstante, también es nuestro deber evidenciar algunos desaciertos con la finalidad de contribuir con la mejora y efectiva resolución de conflictos de esta índole, pues, la instauración de algunas iniciativas del Estado ha conseguido desequilibrar aspectos legislativos y mediáticos con la finalidad de salvaguardar mejor sus intereses y dejar de lado los de los terceros o, por lo menos, pretexto de la corrupción ha optado por establecer determinadas ventajas para sí mismo que no necesariamente en el fondo lo favorecen, sino que se constituyen armas de doble filo.

Acorde a lo mencionado líneas arriba, algunos detractores mencionan que algunos de estos mecanismos optados por el Estado significan un desequilibrio en el arbitraje, lo cual puede llevarnos a generar desconfianza en el contratista, tal como explica el autor Campos citado por Maraví (s/a):

(...) como el Estado es parte, pero a su vez, también es legislador, ha comenzado a expresar sus insatisfacciones con respecto al sistema a través de normas que lo que hacen es intentar arreglar un problema que ellos perciben, pero que lo hacen desde sus zapatos. ¿OK? No poniéndose en el zapato de la contraparte; y, de alguna manera, solamente viéndolo desde sus zapatos (s/p).

Esta sobrerregulación del Estado le resulta práctica, debido a que al encontrarse en pleno ejercicio de sus funciones le es más fácil gestionar normas que tiendan a salvaguardar sus intereses, lo cual no está mal; sin embargo, es indispensable que considere el hecho de no quebrantar derechos constitucionales del contratista privado, por ejemplo, el derecho a la libertad de contratación, ya que termina **desincentivando la inversión privada y al mismo tiempo limita las opciones de elegir al mejor contratista.**

En tal sentido, una primera forma en donde el Estado expresa con su normatividad cierto tipo de desequilibrio en el arbitraje con el Estado es con la exclusión de determinadas materias arbitrales, tales como el enriquecimiento sin causa y los adicionales de obra, pues, la discusión de estas discrepancias relativas a costos que no estaban incluidos en el contrato original fácilmente podrían ser desvirtuados en el fuero arbitral, más aun si estas resultan ser necesarias para cumplir un objetivo principal, la satisfacción de intereses públicos.

Otra manifestación de desequilibrio surge cuando los árbitros que están implicados en casos contra el Estado deben ser tratados como funcionarios públicos, esto con el propósito de exigir la presentación de la declaración jurada de intereses, dicha disposición fue aprobada por el Decreto de Urgencia N° 020-2020 y en la actualidad por la Ley 31227; dicho mandato, así como puede favorecer un manejo libre de corrupción, también podría prestarse a la realización de manejos políticos poco favorecedores, pues fácilmente podrá separarse del registro a aquellos árbitros no que cumplan con este requerimiento e incluir a otros, lo cual termina restando la independencia del árbitro.

Pero, una de las modificaciones que nos llama la atención por generar desequilibrio en del arbitraje cuando una de las partes es el Estado, **es la exigencia a los contratistas de poner una fianza bancaria y/o patrimonial en favor de la**

entidad pública, la cual no debe ser menor del monto de la garantía de fiel cumplimiento (10%) por cualquier medida cautelar que soliciten, es así como se encuentra consagrado en el Decreto de Urgencia 020-2020, que modificó el artículo 8 inciso 2 de la Ley de Arbitraje.

En relación con **esta última medida diremos que tiende a limitar el acceso de los contratistas a medidas cautelares**, constituyéndose en una práctica vulneradora de uno de los derechos fundamentales más trascendentes del derecho, la igualdad de armas, pues, el artículo 8° del presente decreto dispone que cuando sea el Estado peruano la parte afectada con la solicitud de un medida cautelar es obligatorio presentar una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de esta (del Estado o de cualquier entidad pública) al mismo tiempo, surge la interrogante respecto al fundamento que justifique el que las entidades públicas no estén obligados a ofrecer tal contracautela.

Recordemos que la contracautela viene a ser una garantía de naturaleza real o personal que debe ser ofrecida con fines eminentemente reparadores, es decir, opera siempre que el objeto materia de afectación de una medida cautelar resulte perjudicada o dañada, de ahí, el juez o árbitro tiene la opción de aceptar la propuesta o modificarla, siempre con el propósito de garantizar adecuadamente los intereses del afectado, por eso, es sustancial que realice una evaluación previa tanto de las circunstancias y la magnitud de los posibles daños a ser ocasionados; en contraste, cuando el decreto de urgencia impone que la carta fianza será el único medio

presentado por el solicitante de una medida cautelar y con ello cumplir con el requerimiento de contracautela está limitando su acceso libre a la tutela jurisdiccional efectiva, más no presenta al momento de solicitar la medida cautelar.

En tanto, esta limitación termina vulnerando principios de orden constitucional, tal como el derecho de igualdad, libre acceso a la justicia, derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, etc., no se podrá satisfacer con lo que es justo y proporcional para las partes en conflicto; en tanto se venga contraviniendo los derechos mencionados, junto a otros los presupuestos cautelares, como la razonabilidad, la igualdad de armas, etc. la tutela cautelar efectiva en el arbitraje no será satisfecha, menos aún cumplirá los fines para los cuales fue creada, pues esta

práctica técnica se extiende a su propia ubicación en el Decreto Legislativo que regula el arbitraje, ya que su contenido no es un tema de competencia para el dictado y/o ejecución de medidas cautelares, sino implica uno de presupuestos cautelares, tal como se encuentra regulado en el artículo 47° del DLA.

En resumen, ha quedado evidenciado que el decreto en mención viene inclinando la balanza a favor del Estado, pues, al restarle relevancia al análisis de qué tipo de medida cautelar solicitada se trata, tampoco valora su grado de afectación, sino que independientemente de ello, el solicitante deberá presentar una carta fianza con el monto mínimo fijado previamente por ley; en conclusión, si una de las partes no tiene la capacidad de asumir los costos requeridos por ley, difícilmente, podrá recibir una tutela cautelar.

4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos.

El objetivo número dos: “Determinar la manera en que la igualdad ante la ley se relaciona con la falta de una contracautela por parte del Estado en las contrataciones con el Estado peruano”, los resultados fueron los siguientes:

Primero. – Habiendo desarrollado en el numeral anterior todo lo referente a la igualdad ante la ley el concepto, naturaleza, características más importantes, así como cierta parte del contenido de la contracautela en los numerales del primero al sexto, en seguida nos enfocaremos en el desarrollo de la contracautela propiamente dicha y de la Ley de arbitraje N° 1071.

Antes de entrar a tallar propiamente acerca del contenido del instituto procesal en mención, es sumamente importante desarrollar el contexto en el cual se desenvuelve este, nos referimos a la función jurisdiccional cautelar y, consecuentemente, del proceso cautelar, el cual se encuentra dentro del derecho civil, al respecto mencionan los tratadistas; **no se trata exactamente de un instituto que busca hacer justicia, sino su fin es contribuir con la eficacia del funcionamiento de la justicia.**

También es entendido **como un medio predispuerto para mejorar el éxito de la providencia definitiva** que al mismo tiempo es un medio para la actuación del derecho, por consiguiente, la función jurisdiccional se constituye en el instrumento de instrumentos.

Por su parte, en cuanto al proceso cautelar, es importante mencionar que se trata de un proceso caracterizado por la exclusividad, además porque busca garantizar la efectividad de una decisión definitiva posterior; es decir, quien realiza una solicitud cautelar está induciendo la apertura de un proceso exclusivamente para deliberar el tema de la medida, más no se enfoca en resolver el tema del conflicto central, por ello, es llevado a cabo en otro cuaderno especial y autónomo.

El fundamento por el que se introdujo la tutela cautelar en todo sistema jurídico se debe a que con frecuencia lo decidido en un proceso principal no alcanza la eficacia esperada, en ocasiones por actos los intencionados del propio demandado y en otras debido a circunstancias sorpresivas, por ello, es que la naturaleza del proceso cautelar es temporal e instrumental.

En síntesis, el proceso cautelar no busca determinar la responsabilidad de una obligación, sino es más un **complemento funcional** de cualquier tipo de proceso, pues se apertura un cuaderno especial; así mismo, no hay un proceso cautelar específico, sino su naturaleza instrumental le otorga universalidad de aplicación motivo por el cual podrán adoptarse medidas en cualquier proceso, ya sea contencioso o no contencioso.

Segundo. – En seguida, trataremos brevemente respecto al concepto, características y presupuestos que toda medida cautelar debe manifestar dentro de un proceso, de este modo, la medida cautelar es entendida por los tratadistas como un medio capaz de asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales, ya sea, antes de incoarse el proceso o durante su curso, siempre que una de las partes demuestra que su derecho es *prima facie* verosímil junto a la posible existencia de peligro en la demora de la ejecución de la decisión jurisdiccional.

Ahora, veamos a las características más importantes, entre ellas encontramos a la instrumentalidad, pues, características que nos recuerda que el proceso de la medida cautelar no tiene un fin propio en sí mismo; luego, la provisionalidad hace referencia a la validez de esta el cual subsiste en tanto subastan las circunstancias que le dieron lugar; también, es flexible debido a que son variables; finalmente, son contingentes, toda vez que permiten satisfacer la eficiencia de la decisión definitiva del proceso principal.

A continuación, revisemos lo relacionado con los presupuestos, entendidos como elementos indispensables que deben ser cumplidos para conceder una medida cautelar determinada, los cuales son tres: **verosimilitud en el derecho** invocado o *Fumus bonis iuris*, **peligro en la demora** o *periculum in mora* y la contracautela, el **primero**, responde a la apariencia de verdad respecto del derecho de la parte solicitante, el **segundo** tiene que ver con la verificación de circunstancias posibles que ayuden a evitar un futuro daño jurídico, por ello, el solicitante debe al menos intentar evidenciar mediante la aportación de algunas pruebas con la finalidad de prevenir un suceso perjudicial en su contra; **por último, la contracautela** se constituye en aquella medida particular ya que busca garantizar el resarcimiento de los posibles daños que podría implicar la ejecución de una medida cautelar, sobre todo cuando la pretensión principal sea declarada infundada; de este modo, se considera preliminarmente que la contracautela viene a ser una garantía de garantías y cautela de decisiones cautelares.

Tercero. – En relación a la contracautela propiamente dicha el artículo **613° del Código Procesal Civil** que el instituto procesal tiene un fin eminente reparador, toda vez que busca garantizar el resarcimiento, en el afectado, por la medida cautelar sobre los daños y perjuicios que pueda causar la ejecución de dicha medida. Así mismo, la denominada contracautela es conocida también como caución, tiene como propósito de garantizar una probable indemnización a la parte perjudicada con la medida cautelar, siempre que esta sea innecesaria o maliciosa.

Luego, puede ser de naturaleza real o personal, dentro de la primera encontramos a los derechos reales de garantía, tales como: la prenda, anticresis, hipoteca y el derecho de retención; en relación a la segunda naturaleza, podemos encontrar a la caución juratoria como única modalidad de índole personal.

Por último debemos observar quienes son las personas o partes que pueden encontrarse exceptuados del ofrecimiento de la contracautela cuando solicitan una medida cautelar, motivo por el cual, recurrimos al artículo 614° del Código Civil en donde prescribe que, los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) se encuentran exentos, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades, además a quien se le haya concedido auxilio judicial.

En el mismo hilo legislativo, el Decreto Legislativo N° 1071 que regula el arbitraje (Ley de Arbitraje) el cual modificado el 20 de enero de 2020 a través del Decreto de Urgencia N° 020-2020, introdujo, como es natural, modificaciones cuya constitucionalidad formal ha sido reconocida por la Comisión Permanente el 12 de febrero; contexto en donde se ha tenido como eje central los procesos arbitrales en los que el Estado es parte, pero a su vez teniendo en consideración que los intereses subyacentes no son los mismos que en el arbitraje comercial, que es el diseño a partir del cual se construyó la Ley de Arbitraje.

Entonces, sale a la duda por qué el ordenamiento jurídico para determinadas instituciones y órganos del Estado emite ciertas consideraciones especiales y para otros no, más aún si ambas se rigen bajo los mismos supuestos jurídicos y, además, porque no existe fundamento racional alguno que justifique tal diferenciación dentro de un proceso en el fuero arbitral y con la intervención de una persona natural y el Estado o una persona jurídica y el Estado.

Al encontrarnos en un modelo de Estado de carácter democrático, social, independiente y soberano deviene de su propia interpretación que todos gozamos igualitariamente de los mismos derechos (principio-derecho fundamental de igualdad ante la ley)

Tomando en cuenta que el Estado peruano y los órganos que la integran, tales como los poderes del Estado, el Ministerio Público, las universidades, etc., están exceptuados de ofrecer contracautela cuando solicitan una medida cautelar, todavía queda latente acerca del fundamento razonable que justifica la excepción del ofrecimiento de la caución, esto es, una garantía que asegure la integridad y/o reparación del objeto bajo el cual recayó la medida cautelar, todo estos, en atención al cumplimiento de los requisitos que la solicitud de toda medida cautelar implica, pues, independientemente de si estamos frente a una persona natural, jurídica o del Estado, pues, considerando que los requisitos son los mismos y si calzan y resultan ser indispensable debido a las circunstancias que representa cada caso en particular, nos preguntamos por qué tiene que aplicarse dicha excepción de forma generalizada.

En síntesis, independientemente del análisis y/o valoración que merece la aceptación de una medida cautelar, como requerimiento principal que todo juez

competente debe tomar en cuenta, parece que, cuando se trata de un conflicto en el que el Estado es una de las partes intervinientes se deja de lado parte de la valoración (con respecto a la contracautela) y hay que asumir que su solicitud cautelar es bien intencionada y necesaria, pues de lo contrario, si cabría la caución.

Todo ello, parece incongruente con los fines que el propio ordenamiento promueve, esto es, que sea el fuero arbitral el ámbito en el cual se debe someter cualquier controversia surgida en el contexto de las contrataciones con el Estado; no obstante, por qué razón no dispone que el Estado, al amparo del principio de igualdad ante la ley, ofrezca como cualquier otra persona jurídica o natural una contracautela, si los fines de esta están fundados y deben ser aplicados para toda situación donde se cumplen sus presupuestos.

4.2. Contrastación de las hipótesis.

4.2.1. Contrastación de la hipótesis uno.

La hipótesis específica uno fue la siguiente: “La igualdad ante la ley **se relaciona de manera positiva** con la contracautela obligatoria de ofrecimiento patrimonial por parte de un particular en las contrataciones con el Estado peruano”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una argumentación jurídica que permita discutir su contenido.

Primero. – El artículo 138° de la Constitución Política del Perú, establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y es el poder judicial quien la ejerce por medio de los órganos jerárquicos predispuestos por la carta fundamental y las leyes; de modo similar, el **inciso 1, del artículo 139 reconoce un principio sustancial para el ejercicio de la función jurisdiccional**, nos referimos a la **unidad y exclusividad**, lo cual, nos lleva a pensar que no puede ni debe existir jurisdicción alguna independiente, a excepción de la militar o arbitral.

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución ha dejado sentado en la sentencia N° 06167-2005-HC/TC, con carácter de precedente vinculante en el fundamento 12, lo siguiente: “**el reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta** la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la de Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional (...)”; por consiguiente, el TC al confirmar

la protección de la jurisdicción arbitral en realidad le está dotando del principio de no interferencia para que ninguna autoridad o mandato pueda menoscabar el ejercicio de las funciones del tribunal arbitral, de ser así, este podrá desestimar cualquier injerencia o intervención por parte de terceros en relación con las materias sometidas a arbitraje.

Tomando en consideración que el Tribunal Constitucional reconoce plenamente que la jurisdicción arbitral forma parte del orden público constitucional (inciso 2 del art. 139 de la Constitución) toda vez que busca resolver conflictos patrimoniales a requerimiento de las partes, es **imprescindible que dentro de dicho fuero también se exija el cumplimiento de todas las garantías y principios constitucionales que permitan garantizar un debido proceso**, lo que involucra la obtención de una oportuna y efectiva tutela frente a la pretensión planteada.

No obstante, en la práctica no siempre el mecanismo alternativo de solución de conflictos satisface ese fin, el de solucionar la controversia, incluso, hay procesos arbitrales que duran más de los que pudieran haber durado en el fuero judicial, motivo por el cual, el legislador peruano decidió permitir el uso de las medidas cautelares, tal como el Decreto legislativo N° 1071 lo decreto en su artículo 48.1, en el cual prescribe: “**El Tribunal Arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares**, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública” [El resaltado es nuestro].

Tanto en la jurisdicción arbitral como en la judicial, probablemente en otros fueros también, es **trascendental la disponibilidad de medidas cautelares** o provisionales que coadyuven con el aseguramiento de ciertos activos o imponer determinadas conductas para el estricto cumplimiento de una decisión final, por ende, es importante que las medidas cautelares acompañen al proceso arbitral futuro o en curso.

Sin embargo, no debemos perder de vista que **la participación de una medida cautelar coexiste en definitiva tensión con el derecho de defensa y el debido proceso**, ya que se está restringiendo derechos a una de las partes que no ha sido vencida en juicio, ya sea el Estado o privado.

Si bien, una medida cautelar puede ser solicitada en el curso del proceso arbitral o antes de la instalación del tribunal arbitral en el poder judicial (Inc. 1 y 4 del art. 47 del DL 1071), esta última opción no implica necesariamente la renuncia al fuero arbitral; en cualquiera de estos ámbitos es imprescindible recordar la finalidad de este instituto procesal (medida cautelar) es impedir que el fallo definitivo (/sentencia o laudo) devenga en inejecutable o ilusorio, así como la confirmación del valor justicia, del prestigio de la labor judicial.

En consecuencia, nos parece razonable que el contratista o privado recurra al arbitraje para deliberar las controversias surgidas en el contexto de las contrataciones con el Estado, así mismo que cumpla con el ofrecimiento de una garantía, contracautela, que asegure la reparación de los posibles daños provocados por la ejecución de una medida cautelar, todavía más, si es que resultara que la solicitud cautelar fue maliciosa o innecesaria.

Segundo. - La contracautela al ser una institución de carácter procesal dentro de la doctrina jurídica es denominada también caución, dicha denominación no hace otra cosa que sostener los fines por los que la institución procesal se creó, de este modo, el propósito de mayor trascendencia se vincula directamente con la **búsqueda de coherencia que todo sistema jurídico debe expresar en su interior, es decir, impartir justicia al momento de resolver los conflictos con relevancia jurídica.**

De este modo, hay quienes consideran que la contracautela o caución **no** debe ser vista como **un sencillo y simple requisito de la ejecución de una medida cautelar**, pues, es así como la doctrina mayoritaria la ha desarrollado; por consiguiente, resulta de nuestro interés abordarlo desde una perspectiva constitucional y, con ello, resaltar la esencialidad de la persona humana en el interior del sistema jurídico, quien es considerada como inicio y fin de cualquier ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, es importante recordar que el Derecho fue, es y posiblemente será aquel instrumento idóneo creado por el hombre para resolver conflictos relevantes jurídicamente, ámbito en donde los derechos de estos emanan de su dignidad y de la propia naturaleza de ser un humano, de ahí, la centralidad del

hombre en todo sistema jurídico se debe a que el primero, el Derecho, está siempre al servicio del segundo, la persona.

No obstante, no siempre existe esa coherencia deseada, es decir, la correlación entre el respeto de los derechos y la eficiencia del propio sistema jurídico, en su intento de impartir justicia entre las partes intervinientes en el conflicto; pues, de acuerdo con la presentación de cada caso en particular, muchas veces están enfrentados derechos de igual rango, urgiendo la recomposición de la manera óptima y justa posible.

Aterrizando dichas ideas en el caso en particular de las medidas cautelares y propiamente de la contracautela en el ámbito arbitral, en donde se ven enfrentadas dos partes (El Estado peruano y el privado) una de ellas sostiene la petición de tutela, mientras la otra soporta la postergación del derecho a la defensa y, posiblemente, tolere también **la postergación del ejercicio de sus derechos respecto de algún bien de su patrimonio**, aquel que fue materia de ejecución de una medida cautelar solicitada por el primero, tal como lo prevé el mismo ordenamiento jurídico cuando se refiere al derecho de defensa del deudor cautelar, esto en el artículo 637° del Código Procesal Civil.

Planteado de este modo, es inevitable efectuar **un análisis a partir del método de la ponderación**, en virtud del cual, se puede manifestar, en principio, no existe instrumento que remedie la indefensión producida al momento de otorgarse la ejecución de una medida cautelar, en virtud de esta desventaja es que nace la caución en busca de impartir equilibrio entre los derechos y petición de las partes procesales dentro del sistema jurídico, uno que intenta ser reconocido esencialmente como Constitucional de derecho.

Más aun, en atención a las características propias por el cual atraviesa una solicitud de medida cautelar, la que puede ser concedida o rechazada sin la necesidad de que la parte afectada tome conocimiento, acorde a la valoración de los fundamentos y requisitos, tales como la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la razonabilidad; **recién una vez que se dicta la medida cautelar, el afectado podrá presentar oposición en el plazo de 5 días**, el cual será contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, empero, la oposición no implica la suspensión de la ejecución de la medida.

En consecuencia, la contracautela tiene por finalidad mantener el equilibrio en el sistema jurídico, garantizando que la eventual producción de daños y perjuicios por la ejecución de una medida cautelar sea remediada o repuesta, además tomando en consideración que desde un inicio la solicitud cautelar configura la afectación (postergación) del derecho a la defensa de una de las partes intervinientes en el proceso.

Segundo. – La contracautela al tener un fin eminentemente reparador, esto siempre y cuando se hayan producido daños y perjuicios en la ejecución de una medida cautelar y en favor de quien tuviera que soportar dicha solicitud en virtud de un mandato judicial, **debe ser adjuntada en la solicitud de una medida cautelar.**

Empero, cabe señalar que la exigencia judicial del ofrecimiento de la caución por quien pretende o intenta sostener la medida cautelar no implica necesariamente la verificación de la concurrencia previa de los requisitos: apariencia del derecho invocado y peligro en la demora, por el contrario, **su presencia responde a la exigencia de la propia ley procesal,** esto es, el propio ordenamiento señala que, con el propósito de garantizar la reparación de los daños y perjuicios por la ejecución de una medida cautelar se ofrece la caución o contracautela.

Dicha confusión se debe a la nomenclatura que se le ha asignado a tal instrumento procesal, contracautela, denominación que lleva a pensar que se trataría de un mecanismo diseñado y presentado en el proceso para obedecer a la tutela cautelar del demandado, esto es, la garantía ofrecida ampara de por sí algún derecho de la contraparte, cuando en realidad no es así, pues, la mal denominada contracautela no es aplicada para cautelar directamente algún derecho, sino tiene un fin estrictamente reparador de los daños y perjuicios que la ejecución de una solicitud cautelar hubiere producido.

En síntesis, queda claro que la caución **es un requisito de carácter procesal cautelar que tiene un fin eminentemente reparador** de los daños y perjuicios provocados por la ejecución de una medida cautelar, más **no responde al requerimiento de cautelar de forma directa algún derecho del demandado** o de quien tuviera que soportar el pedido cautelar en virtud de un mandato judicial.

Tercero. – Tal como hemos anticipado en el primer numeral, estamos plenamente convencidos de que el Derecho es un instrumento diseñado para servir a la persona humana, pues, el inicio y fin de esta creación se encuentra sustentada en la propia persona; por ende, cabe mencionar, un derecho que no le resulta útil a la persona no es un derecho; en consecuencia, el ser humano es la fontana a partir del cual surge todo el abanico de derechos de orden fundamental que se desprenden de su dignidad.

En tal medida, todos los derechos humanos responden a la dignidad del hombre, debiendo colaborar de manera recíproca en todo momento con el logro de una sociedad armoniosa; las relaciones interpersonales no deben significar la superioridad de unos por encima de otros, esto es, por intermedio de actos de subordinación o jerarquía, *contrario sensu*, de coordinación y complementariedad en el sistema jurídico; de ahí, cuando haya un conflicto de orden cautelar no puede surgir entre las partes superposición en la protección de sus derechos, sino este debe resolverse en equilibrio o ponderación, de ningún modo, de predominio de uno sobre el otro.

La especial protección con que cuentan algunos derechos, no significan necesariamente que tengan mayor valor frente al resto, ya que, dicha especialidad se basa en el goce real y efectivo que se quiere alcanzar, motivo por el cual, es indispensable contar con una tutela reforzada; por consiguiente, son las circunstancias particulares de los hechos presentados los que inducen a la adopción de tales medidas a fin de asegurar la existencia de un resultado justo y materializarlo con posterioridad.

Así mismo, cuando estamos frente a la suspensión o restricción de algún derecho (suspensión del derecho a la defensa/medida cautelar) no implica necesariamente la extinción o pérdida de los efectos de tales derechos, como el que se produce, aparentemente, en aras de una arbitrariedad con la resolución de admisión o rechazo de la solicitud de una medida cautelar sin que la parte afectada tome conocimiento del mismo; la arbitrariedad se configuraría siempre que la medida adoptada resulta ser desproporcionada o irrazonable y, más aún, si es que la parte afectada no tendría la opción de presentar una oposición en el plazo de 5

días contados a partir del momento en que toma conocimiento de la resolución que contiene el mandato judicial.

Por lo tanto, el ofrecimiento **de caución dentro del proceso cautelar debe concurrir si o si, debido a que las circunstancias de los hechos** presentados lo ameritan, todo ello con el único propósito de asegurar el equilibrio de protección de los derechos de ambas partes y, por ende, la coherencia del ordenamiento jurídico como sistema; en relación con el termino sistema el maestro Bobbio citado por Rivera (s/a) menciona con tenacidad: “Se dice que un ordenamiento jurídico **constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles.** Aquí sistema **equivale a la validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas.** (...)” [El resaltado es nuestro] (p. 4); en este mismo orden de ideas, el autor Alonso Garcia citado Rivera (s/a) por sostiene:

la coherencia entre todos ellos (normas) no puede alcanzarse si no es por medio de equilibrios puntuales o, en caso de imposibilidad de equilibrarlos, por medio de jerarquizaciones relativas (sin negación de algún valor en todo caso) entre ellos en atención a los intereses en juego, al respectivo peso específico en la relación jurídica que da lugar al enjuiciamiento constitucional (p. 4).

En síntesis, cae de su propio peso el fundamento de la presencia y/o exigencia del ofrecimiento de la contracautela dentro de un proceso cautelar por parte de quien solicita la medida cautelar, debido al fin estrictamente reparador de los daños y perjuicios que eventual y probadamente podrían producirse por la ejecución de esta, más no responde a la concurrencia de los otros requisitos tales como el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho, pues, cada uno cumple una finalidad específica, lo cual no constituye una dependencia absoluta, sino también su actuación conjunta.

Cuarto. – En el presente apartado, es importante discutir respecto al rol de juez o arbitro dentro de un Estado constitucional de derecho, básicamente, en el interior de un proceso cautelar en la vía judicial o arbitral, ámbitos en los cuales, la autoridad cuenta con la facultad discrecional para admitir la contracautela o caución, pero solamente en cuanto a su naturaleza y monto, pudiendo aceptar la propuesta planteada por el solicitante, también graduarla, modificarla o cambiarla

por aquella que considera necesaria para afectos de garantizar los probables daños y perjuicios producidos por la ejecución de una medida cautelar (art. 613° del CPC e inciso 1, 2 y 3 del art. 47° del DL N° 1071)

La tarea de procurar en todo momento la vigencia y el real goce de los derechos fundamentales puesta de renombre en la Constitución Política de nuestro país como parámetro de validez de la actividad jurisdiccional implican en la jurisdicción cautelar el mismo respeto que ordena el núcleo de validez (respeto de la dignidad humana) de todo ordenamiento jurídico.

En tal sentido, cuando la resolución de una solicitud de medida cautelar es resuelta a expensas del conocimiento de la parte afectada, es decir, de la parte en quien recaerá la ejecución de tal medida, se le restringirá de manera inmediata el ejercicio libre de algún objeto de su dominio; pero, antes de dicha desventaja fundada, existe la postergación de otro derecho primigenio, el derecho a la defensa, uno de carácter fundamental que no puede ser ejercido en su momento en razón de las circunstancias y/o fines del proceso cautelar.

Entonces, aun cuando la restricción o postergación de dichos derechos encuentren su fundamento en los fines del proceso cautelar, resulta trascendental revisar si responden a poderes absolutos, tanto públicos como privados, tanto como al equilibrio del sistema jurídico, ámbito en donde tendrá que garantizarse cuanto menos la vigencia de dicho derecho restringido a favor de otro de orden jerárquicamente similar; por ejemplo, el derecho a la tutela cautelar del demandante versus el derecho a la defensa del demandado.

Respecto a la discrecionalidad mencionada a un inicio, es sabido que, gracias a la fuerza normativa de la Constitución, existirán situaciones en los que el juez o arbitro deberá proporcionar contenido a ciertos derechos con la finalidad de asegurar su eficacia, pero siempre respetando a la Constitución.

No obstante, cuando estos valoran la solicitud de una medida cautelar presentada por parte del Estado peruano en contra de cualquier persona natural o jurídica y se aplica la excepción respecto del ofrecimiento de contracautela dispuesto por el mismo ordenamiento jurídico, de alguna manera están manifestando su condición de terceros imparciales al momento de resolver los conflictos de naturaleza cautelar; pero aun cuando están obligado a hacer cumplir

la ley mediante las decisiones, laudos o mandatos que emite en virtud de su investidura, no están llamados a resolver fenómenos sociales correspondientes a la competencia de otros organismos del Estado, como el Poder Legislativo, de ser así, en ese intento perdería su imparcialidad encaminada a garantizar la igualdad de las partes ante la ley (inc. 2 del art. 2 de la Constitución).

Por consiguiente, la exigencia de realizar la modificación a la excepción concedida al Estado para que este se encuentre obligado como cualquier otra persona natural o jurídica a ofrecer contracautela cuando solicita una medida cautelar, es una tarea que le corresponde efectuar al Poder Legislativo, más que al propio juzgador, ya que si este último se interesa por tal problema perdería su carácter imparcial, el cual está diseñado para garantizar la igualdad ante la ley, no obstante, es evidente que no podrá promover dicho principio entre las partes debido a la excepción prescrita por el propio ordenamiento, pero este es un tema que será discutido con mayor precisión en la contrastación de la hipótesis número dos.

Ahora bien, tomando en cuenta lo dispuesto por la modificación del artículo 8° mediante Decreto de Urgencia N° 020-2020, el cual prescribe:

En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática (...).

El monto de la contracautela lo establece el/la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. (...). [El resaltado es nuestro]

A partir de la lectura de dicho dispositivo es posible comprender que la contracautela solo puede ser satisfecha con el ofrecimiento de una fianza bancaria y/o patrimonial con un monto no menor a la garantía de fiel cumplimiento, al respecto, la exigencia de contracautela nos parece totalmente razonable; en contraste, lo que nos parece totalmente arbitrario es la excepción del ofrecimiento de este requerimiento en favor del Estado peruano cuando solicita una medida cautelar, tal como dispone el artículo 8° del Decreto de urgencia N° 020-2020 y el artículo 614° del Código Procesal Civil.

Por lo tanto, la igualdad ante la ley **se relaciona de manera positiva** con la contracautela obligatoria de ofrecimiento patrimonial por parte de un particular

en las contrataciones con el Estado peruano, porque ha quedado evidenciado la finalidad que cumple la contracautela dentro de un proceso cautelar, ya sea en el proceso judicial y arbitral, el cual es garantizar la reparación de los eventuales daños y perjuicios causados por la ejecución de esta, más no se trata de un mecanismo diseñado y presentado en el proceso para obedecer a la tutela cautelar del demandado, no cautela directamente algún derecho, sino **su presencia responde a la exigencia de la propia ley procesal.**

4.2.2. Contrastación de la hipótesis dos.

La hipótesis específica dos fue: “La igualdad ante la ley **se relaciona de manera negativa** con la falta de una contracautela por parte del Estado en las contrataciones con el Estado peruano”, de los cuales surge los siguientes argumentos.

Primero. – Ciertamente, por medio de la **aceptación abstracta** de los convenios arbitrales las personas jurídicas o naturales que contraten con el Estado están obligadas por ley a someter sus controversias a arbitraje; de ahí, **el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva** supone que las decisiones jurisdiccionales finales, en el presente caso, **los laudos arbitrales, sean ejecutadas sin dilación**; no obstante, en el Perú, lamentablemente, la parte vencida con frecuencia no cumple con las órdenes contenidas en el laudo arbitral. Por ello, continuando con el desarrollo de teorización presentada en el segundo numeral, es seguida debemos enfocarnos en el entendimiento de la razón de ser o sentido jurídico del ofrecimiento de la caución o contracautela, desde un punto de vista *ius* fundamental, esto es, desde los parámetros que orientan la funcionalidad de un Estado Constitucional de derecho.

Por esta razón, resulta sumamente necesario partir de la idea expuesta por el profesor Bustamante citado por Rivera (s/a), quien manifiesta con tenacidad respecto a la esencialidad del respeto de los derechos fundamentales dentro del proceso, el cual se extiende como es natural al proceso cautelar:

(...) que un Estado Constitucional de Derecho no podrá ser tal, si el proceso, regulado como mecanismo para que las personas puedan obtener la satisfacción de su derecho material, no se encuentra nutrido de un sustento *ius* fundamental (...). **Dicho en sencillo: ante la amenaza o lesión de algún**

derecho fundamental [derecho a la defensa del afectado con la medida cautelar] debe existir por simple lógica otro derecho, esta vez, de carácter instrumental [el ofrecimiento de una contracautela], pero de su misma jerarquía fundamental, que tutele de manera real, oportuna, eficaz y eficiente tal derecho amenazado o lesionado (p. 6). [El resaltado es nuestro]

En el mismo orden de pensamiento, no resulta para nada justo que el Estado peruano se encuentre liberado del requerimiento de contracautela ante la solicitud cautelar, pues, se trate de una **persona natural o jurídica** incluso del mismo Estado igualmente se **está postergando el derecho a la defensa** de la parte que soporta los efectos de la ejecución de una medida cautelar, limitación que no vamos a discutir por encontrarse sustentada, pero tal como lo menciona el autor antes descrito, es necesario que ante esta situación restrictiva exista otro derecho que tutele de forma real y efectiva su derecho impedido, esto es, el derecho a la defensa debe equilibrarse con el ofrecimiento de la caución.

Consideramos con firmeza que los fines del proceso se basan en la búsqueda de la solución de un conflicto de intereses en orden a la satisfacción del derecho material, por esto mismo, no es suficiente la emisión desinteresada de alguna decisión como fuera que se diera sin tomar en cuenta su contenido, es decir, sin respetar la dignidad de la persona, así como de los bienes y valores que de este bien matriz se desprenden; por ejemplo, el derecho a la defensa es una prerrogativa de naturaleza esencial en todo proceso jurídico, el cual, junto al derecho de propiedad y/o la solicitud de integridad de aquel objeto limitado por la medida cautelar. En relación con la idea central, el autor Bustamente citado por Rivera (s/a) expresa: “Parecería entonces que la Justicia se realizará allí donde se hubiera satisfecho tal derecho y que, por tanto, **será justa aquella decisión que respetuosa de la dignidad de la persona humana satisfaga el derecho material**” (p. 6). [El resaltado es nuestro]

La valoración por parte del juez de la verosimilitud del derecho invocado, así como del peligro en la demora, no deben justificar la excepción del ofrecimiento de la caución, pues, la eventualidad de daños y perjuicios producidos por la ejecución de una medida cautelar no tomaran en cuenta si la

medida fue solicitada y ejecutada en favor del Estado, de una persona natural o jurídica; si tiene que afectarse por la influencia del clima, de algún desastre natural o por alguna imprudencia; lo hará independientemente de quien se trate, por lo que, es necesario contar con una fuente que ayude a remediar dichos daños causados y de forma inmediata, más aún cuando la pretensión principal sea declarada infundada o, sea calificada como maliciosa; en consecuencia, a esto llamamos protección oportuna y eficiente del derecho amenazado dentro de la tutela jurisdiccional.

Siendo este el escenario perfecto en donde el Debido proceso se involucra de tal forma que su observación debe ser minuciosa y eficiente, toda vez que involucra un conjunto de derechos orientados a asegurar el inicio, desarrollo y conclusión de un proceso judicial o arbitral, tanto como las resoluciones que en él se emitan considerando siempre la observancia del respeto de la dignidad de la persona humana, cuanto más por tratarse de un principio consagrado en el artículo 139°, inciso 3 de la carta magna; dicho principio alcanza a otros institutos, tal como la caución, una institución de carácter procesal que le da contenido a la tutela cautelar y, a su vez, al debido proceso.

Queda claro que la restricción de algunos derechos en el ámbito cautelar debe ser temporales y aceptadas válidamente conforme a las normas procesales y materiales, en virtud de los cuales se producen, interpretan y aplican de tal modo que sea favorable para la resolución del conflicto.

A pesar de encontrarse del lado de la tutela cautelar, la caución, que en principio beneficia solamente a su titular, resulta innegable que podría terminar beneficiando a quien soporta tal medida y ello en atención a su fin reparador. Por ejemplo, si una persona x ha solicitado la medida cautelar en la modalidad de secuestro conservativo de un vehículo, también deberá presentar junto a su solicitud una contracautela, pudiendo ser un monto de dinero equivalente a 2 mil dólares con la finalidad de garantizar en el futuro la reparación de los eventuales daños y perjuicios que pudieran producirse por los efectos climáticos, etc., siempre y cuando la pretensión principal es declarada infundada y como consecuencia se deba devolver el vehículo en condiciones favorables, tal como fue encontrado a un inicio.

Ninguna contracautela por más significa o cuantiosa que sea podrá remediar el derecho a la defensa de uno de los sujetos procesales, como regla elemental y general, al momento de admitirse y ejecutarse la medida cautelar, básicamente, por el hecho de no haberse mediado dicha decisión en una audiencia y en presencia del deudor cautelar; por ende, debemos señalar de forma contundente que el ofrecimiento de una contracautela en cualquiera de sus modalidades no puede sustituir a la audiencia.

Sin embargo, también es importante recordar que el derecho a la defensa no se encuentra limitada de forma total, sino que se posterga la audiencia previa, esto es, si bien se consiente o se rechaza la solicitud cautelar sin conocimiento de la parte afectada, pero esta última puede presentar su oposición en el plazo de 5 días, con el objetivo de formular la defensa convenida, empero, el planteamiento de dicha oposición no implica la suspensión de la ejecución de la medida (art. 637° del CPC) por consiguiente, resulta razonable para la doctrina jurídica aseverar sobre la mencionada postergación que, la caución promueve mantener el equilibrio del sistema, con la firmeza de reparar los daños que la afectación al derecho a la defensa pudiera producir.

Segundo.- Ahora bien, **si el Estado peruano está exento de presentar contracautela, no entendemos cómo es que** el sistema jurídico busca equilibrar la igualdad de armas de ambas partes procesales, esto contraviene al derecho de igualdad ante la ley, pues, tanto el derecho a la cautela como el derecho a la defensa deben permanecer como derechos fundamentales eficaces, es decir, ambas deben desplegar su fuerza normativa; por este motivo es que abordamos el contenido y la implicancia de la caución desde un punto de vista constitucional, porque entendemos que esta es la forma más completa de comprender su real esencia, la cual debe ser observada por el operador jurídico antes de conceder alguna medida cautelar, en tanto se trata de un supuesto de procedibilidad, más de ejecución de la misma.

En términos mejor explicados, la caución es un requisito procesal que debe ser ofrecido junto a la solicitud cautelar, después de observarla y tomarla en consideración acorde a los fines de la medida recién se puede proceder con la ejecución, lo contrario, implicaría desigualdad ante la ley, claro, esto tiene

determinadas excepciones que deben fundamentarse en la realidad y por razones eminentemente necesarias, pero no por privilegios.

En síntesis, consideramos que el ofrecimiento de la caución permite que se satisfaga los daños eventuales que la ejecución de la medida cautelar pudiera provocar, de la misma forma en que se está buscando asegurar el cumplimiento de lo decidido laudo arbitral con la solicitud cautelar, pues, si se interpreta que la contracautela no repara nada, entonces, no deberá concederse cautela alguna; por consiguiente, si el Estado peruano esta exceptuado del ofrecimiento de tal requerimiento cautelar **cómo se entiende que deberá** realizar la reparación de los daños y perjuicios producidos, **en caso de que sea maliciosa**, además cuál es la utilidad de la caución si es que no se va a poder ejecutar en favor de la parte afectada con la ejecución de la medida cautelar.

Tercero. – Para efectos de discernir mejor la desigualdad amparada por el código procesal civil, así como el Decreto Legislativo N° 1071 Ley de arbitraje, cuerpos normativos en donde se dispone la excepción en cuestión, en seguida debemos profundizar mejor si existe o no fundamento racional y proporcional para conceder dicho favorecimiento.

Es sabido que, la exigencia de contracautela implica en quien está solicitando una medida cautelar la seriedad pertinente, es decir, que no sea planteada por malicia o inutilidad; no obstante, considerando que se encuentran contrapuestos dos derechos de orden fundamental: el derecho a la tutela cautelar y el derecho a la defensa, es necesario recurrir una de las técnicas desarrolladas ampliamente por la doctrina constitucional, la ponderación y/o bienes a partir de la aplicación del principio de razonabilidad.

De acuerdo con el método de ponderación y estando ante dos derechos no jerarquizados entre sí, es indispensable que dicha preferencia obedezca a un fin lícito así, los medios implicados para tal análisis deben ser proporcionales y coherentes con tal fin; de ahí, el fin lícito implica que la restricción del derecho a la defensa deberá derivar de la verificación de causas objetivas de justificación, tal como, el requerimiento de tutelar otro derecho fundamental junto a otros bienes amparados constitucionalmente, por ejemplo, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva llevado a cabo en el proceso arbitral principal; por lo tanto, cualquier

limitación o restricción respecto de un derecho que resulte irrazonable o arbitrario deviene en inválido.

En segundo lugar, otro parámetro de ponderación viene a ser la proporcionalidad de la norma, esto es, que la decisión implicada debe realizarse desde un punto de vista del bien o valor que tutela, tanto como desde la posición del bien o valor que limita o lesiona. La proporcionalidad involucra tres exigencias, vistos a su vez como mecanismos que coadyuvan con la verificación de la proporcionalidad de la norma y, con ello, la validez., esto son: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha; la primera, responde a la necesidad de controlar la idoneidad respecto de la medida limitadora para definir si reúne o no las condiciones esenciales para lograr la finalidad proyectada por ella, por ende, si no puede alcanzar el efecto o no puede adecuarse al objetivo que persigue devendrá en desproporcionada y, a su vez, en inválida; el segundo, responde a la necesidad de controlar la naturaleza imprevisible de la limitación, pues, se busca prevenir que no exista otra medida igual de efectiva e idónea, pero diferente de la empleada que implique una menor restricción para el derecho amparado constitucionalmente, lo contrario, significaría que la medida asimétrica; por último, la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto implica la realización de un balance con el propósito de definir si la carga o la restricción que supone la medida se encuentra equilibrada en comparación con los fines perseguidos.

Con el propósito de discernir la autenticidad de la excepción plantada por el ordenamiento adjetivo en materia civil en favor del Estado peruano, es indispensable antes recordar la finalidad que el legislador pretendió conseguir con la postergación del derecho a la defensa, la cual se encuentra prevista en el artículo 637° del cuerpo normativo mencionado, esta fue garantizar la utilidad y la satisfacción del derecho material de la mano de la colaboración del dictado de la tutela cautelar, de este modo, la medida adoptada para asegurar el cumplimiento efectivo del derecho material responde a un fin lícito.

Además, seguramente basados en la idea de que el estado por ser el Estado debe gozar de dicho privilegio, ya que, no necesita esconder o realizar actos tendientes a deteriorar el cumplimiento de una sentencia favorable, así que el

peligro en la demora estaría descartado, pero de forma aparente, porque aun cuando el Estado no tiene la necesidad de incurrir en actos de mala fe en la práctica no siempre se cumplen los laudos arbitrales y esto se debe a que el artículo 62° de la Ley de Arbitraje establece que contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación, el cual constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63 de la misma Ley; en consecuencia, en el Perú la parte vencida con frecuencia no cumple lo ordenado en los laudos, pues, siempre están buscando evadirla amparados en el recurso de anulación, incluso, inventando causales que extiendan la esperanza de revertir la decisión final.

En relación con ello, el profesor Mario Castillo Freyre en el II Congreso Multidisciplinario de Derecho, llevado a cabo en los días 28 y 29 de octubre de 2022 en la ciudad del Cuzco, manifestó de forma contundente en una exposición en la que hablaba precisamente sobre el cumplimiento de los laudos arbitrales en el Perú, quien además cuenta con más de 25 años de experiencia como arbitro:

El principal problema del arbitraje en el Perú es **la falta de cultura arbitral** (...) la gente no respeta el resultado de los laudos arbitrales, (...) **En 25 años cuantos casos he visto como abogado defensor o como árbitro en que, luego del laudo la parte que pierde paga, uno, (...).**

Si en verdad no se iba a cumplir lo ordenado en el laudo, entonces hubiera sido mejor acudir a la vía judicial, pues, finalmente es ahí donde acaban las controversias surgidas en las contrataciones con el Estado, lo cual no resulta para nada incentivador en el inversionista o empresario que desea contratar con el Estado.

En consecuencia, la verificación del fin lícito no es suficiente para considerar que dicha excepción sea razonable, pues, la exigencia de razonabilidad tal como lo hemos anticipado tiene que obedecer a causas objetivas de justificación, pero la justificación que emite el Estado es puramente declarativa, es decir por el solo hecho de la investidura que tiene no puede arrojarse dicho privilegio, mientras que, si la situación sucede al revés, es decir, es el Estado la parte afectada con la solicitud cautelar, ahí si se exige el ofrecimiento de la contracautela como un requisito determinante, eso es arbitrario.

Finalmente, algún jurista, doctrinólogo o entendido en la materia pueda decir: Para qué es necesario que el Estado complete el presupuesto de la contracautela si el Estado o mejor dicho los representantes del Estado no se van a retirar y más aún cuando existe de forma contundente bienes del Estado con los cuales puede agotar las vías que considere el afectado.

Ciertamente, podemos refutar lo dicho a razón de que, el problema es resarcir inmediatamente el daño provocado por haber realizado una de las partes una medida cautelar maliciosa, de tal suerte que, si bien los bienes del Estado están a la mano del ciudadano, para que a través de un proceso de indemnización de daños y perjuicios haga valer ese derecho, ciertamente, podrá hacerlo, pero la recuperación no será inmediata, porque existe un canon o monto dinerario ya estipulado para cada actividad y por lo mismo, por cuestiones políticas, la persona o entidad perjudicada tendrá que esperar el turno para ser indemnizado, y el tiempo de espera no es de 6 meses, 1 año o 5 años, muchas veces demora 10 años y el algunos casos es ilusorio, por tal motivo, es necesario la caución y contracautela para que el monto a resarcir sea inmediata, pues ello implica proteger el derecho a la defensa antes ya debatido.

Por lo tanto, la igualdad ante la ley **se relaciona de manera negativa** con la falta de una contracautela por parte del Estado en las contrataciones con el Estado peruano, debido a que la excepción otorgada al Estado para que esta no ofrezca contracautela no obedece a causas objetivas de justificación, pues la justificación que este emite es puramente declarativa, es decir por el solo hecho de la investidura que tiene no puede arrojarse dicho privilegio, generando que rara vez el contratista solicite una medida cautelar, debido a la dificultad en la obtención de este tipo de garantías, todavía más si consideramos que el contratista ha iniciado acciones legales con el fin de que se le reconozca un perjuicio patrimonial, concretándose así la vulneración al principio de igualdad entre las partes; no olvidemos que la jurisdicción cautelar es una herramienta idónea para asegurar la eficacia del pronunciamiento de fondo, así mismo al no contemplar los múltiples escenarios en los que se puede solicitar una medida cautelar, así como sus características variables, genera que el ofrecimiento de la contracautela sea un requisito determinante, lo cual es arbitrario; en consecuencia, ambas partes deben tener,

frente a similares o iguales supuestos jurídicos (controversias surgidas en las contrataciones del Estado) libertad de acceder y/o alcanzar tutela jurisdiccional en igualdad de armas.

4.2.3. Contrastación de la hipótesis general.

La hipótesis general fue: “La igualdad ante la ley **se relaciona de manera negativa** con la contracautela en las contrataciones con el Estado peruano”, el cual, tras haber ya contrastado las tres hipótesis específicas, se está apto para poder asumir una postura científica frente al problema detectado mediante los siguientes argumentos:

Primero. - Con miras a tomar una decisión respecto de la contrastación de la hipótesis general es necesario evaluar el peso de cada hipótesis específica, ya que puede darse el caso en donde se confirmó una hipótesis y se rechazó la otra, siendo aquel que se aceptó el que obtenga mayor fuerza para también estimar la hipótesis general o, por el contrario, con una sola rechazarla; de este modo, habrá la necesidad de adjudicar un valor en porcentaje a cada una de ellas a fin de confirmar la hipótesis general, en consecuencia, tras conocer el contexto de lo mencionado, al cual se denomina la teoría de la decisión, es menester discutir el peso de cada hipótesis para tomar la mejor rinda del trabajo de tesis.

Segundo. - Tomando en consideración que en el presente trabajo de investigación se formuló dos hipótesis específicas, diremos que el peso de cada una es de 50%, por ende, la importancia de cada una es semejante dentro del desarrollo del presente trabajo, ya que nos interesa fomentar el respeto del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, pero sobre todo, el derecho a obtener tutela jurisdiccional valiéndose del auxilio de la jurisdiccional cautelar para el caso del cumplimiento de los laudos arbitrales; en consecuencia, de forma indefectible la hipótesis general también queda confirmada.

Por lo tanto, si ambas hipótesis presentan el mismo porcentaje de confirmación del 50%, podemos decir que la hipótesis general también se confirma en un 100%.

4.3. Discusión de los resultados

El trabajo de **investigación ha demostrado** que la igualdad ante la ley **se relaciona de manera negativa** con la contracautela en las contrataciones con el

Estado peruano, toda vez que la excepción que establece el artículo 8° en cuestión presente no tiene ninguna justificación racional y proporcional para exigir a uno de ellos el ofrecimiento de una fianza bancaria o patrimonial y a la otra parte no, lo cual se constituye en un mandato arbitrario.

Así mismo, la verificación del fin lícito no es suficiente para considerar que dicha excepción sea razonable, pues, la exigencia de razonabilidad tal como lo hemos anticipado tiene que obedecer a causas objetivas de justificación, es decir, para que el Estado como parte afectada con la solicitud cautelar exija el ofrecimiento de la contracautela como un requisito determinante, también debe garantizar la liquidez de las órdenes contenidas en la condena arbitral cuando el empresario contratista es el afectado, de ese modo, dejaría de ser arbitrario; por consiguiente, la justificación que emite el Estado al ser eminentemente declarativa, sumado a la falta de cultura arbitral en nuestro país, de algún modo se convierte en la mayor causa desincentivadora para contratar con el Estado peruano.

Por lo tanto, la igualdad ante la ley **se relaciona de manera negativa** con la contracautela en las contrataciones con el Estado peruano, ya que la excepción otorgada al Estado para que esta no ofrezca contracautela implicará que, cuando los tribunales arbitrales dicten los laudos en contra del Estado peruano este no se ejecutara de forma oportuna, debido a que no se aseguró su ejecutabilidad, es decir, la exigibilidad y liquidez de las órdenes contenidas en la condena arbitral, cuanto más, por la poca costumbre arbitral o sencilla pereza de tribunales no familiarizados con ejecución arbitral.

Como **autocrítica** en la presente investigación fue no contar con expedientes judiciales y laudos arbitrales sobre la igualdad ante la ley y el artículo 8° del Decreto de Urgencia N° 020-2020 para poder analizar los presupuestos o cómo han estado motivado sus sentencias y laudos cuando se trata de tutelar una medida cautelar surgida en las contrataciones con el Estado.

El hallazgo demostrado **se condice y se debate también con otras investigaciones** nacionales e internacionales, tales como la investigación de Jiménez (2022), con la investigación titulada: Las medidas cautelares en los procesos de arbitraje en las contrataciones con el Estado, donde se buscó determinar si la ejecución de las medidas cautelares debe efectuarse por el Poder judicial o

estas deben ser ejecutadas de manera inmediata por el Tribunal Arbitral, todo ello, en el ámbito de un proceso arbitral que tengan como materia de resolución conflictos relacionados con las contrataciones con el Estado; al respecto no coincidimos en la regla general que ofrece la investigación de que las medidas solicitadas deben ser ejecutadas únicamente por el tribunal arbitral, tomando en consideración que cualquiera de las partes tiene la facultad de realizar la solicitud cautelar antes de la instalación del tribunal arbitral en el poder judicial o están en curso el arbitraje dentro de este, creemos que lo más razonable es que se ejecute en el fuero en el que se solicitó inicialmente. Por otro lado, tenemos a los autores Ronquillo, Ojeda & Panchi (2021), con la investigación titulada La igualdad ante la ley como derecho constitucional en Ecuador, buscaron analizar desde una perspectiva legal la igualdad ante la ley como derecho constitucional, de tal modo que sea considerado y respetado por el operador jurídico siempre dentro del fuero judicial; no obstante, creemos que la sola difusión en el ámbito judicial de la aplicación de este derecho fundamental no satisface los fines esenciales de esta prerrogativa, pues, no es el único ámbito en donde es aplicable, sino están otros fueros como el arbitral, militar, etc., en donde deber ser aplicados y difundidos con la misma magnitud que implica su sustancialidad, el logro de la justicia garantizando a cada quien lo que le es concedido por ley de forma razonable, más no arbitraria.

En el ámbito internacional tenemos a la investigación titulada: Justicia cautelar y UE: una perspectiva mixta (jurisdiccional y arbitral) y su proyección sobre el ámbito marítimo, por Orbegozo (2019), la cual busco examinar el desarrollo del instituto cautelar en el ámbito internacional, en el cual es conocido como tutela cautelar internacional, ello es respuesta de los Estados para regular o dirimir las controversias surgidas entre dos o más sistemas jurisdiccionales, particularmente, para pronunciarse respecto de la adopción de medidas cautelares en el litigio presentado entre estos entes de diferentes espacios territoriales y en los casos de las deudas en el tráfico marítimo y el embargo preventivo de buques; al respecto, no coincidimos del todo con los resultados de la presente investigación, en cuanto a la preferencia de la tutela cautelar jurisdiccional fundamentado en un modelo económico tendiente a favorecer en su mayoría el aspecto lucrativo tanto

de las empresas como de los Estados, sin tomar en cuenta, aspectos de mayor importancia como la promoción de una inversión responsable y sostenible, idea que por supuestos debe ser reforzada por los instrumentos jurídicos de carácter internacional, los que a su vez deben concordar con la normatividad de los sistemas jurídicos nacionales.

Los **resultados obtenidos sirven** para que el juez y los justiciables puedan resolver con mayor grado de científicidad y objetividad respecto a los alcances, límites y repercusiones de la igualdad ante la ley en relación con la exigencia del ofrecimiento de contracautela cuando se solicita una medida cautelar.

Lo que **si fuera provechoso es que futuros investigadores promuevan** un estudio tendiente a determinar si la carta fianza exigida por la ley cumple la misma finalidad que la contracautela.

4.4. Propuesta de mejora

Como consecuencia de lo mencionado con anterioridad, es necesaria la modificación del artículo 8° del Decreto de Urgencia N° 020-2020 al estipular la excepción respecto al ofrecimiento de la contracautela. Por ende, se propone la modificación del siguiente artículo:

Artículo 8°.-

En los casos en los que el Estado peruano o cualquier privado (contratista) es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral.

CONCLUSIONES

- **Se determinó que**, la igualdad ante la ley **se relaciona de manera positiva** con la contracautela obligatoria de ofrecimiento patrimonial por parte de un particular en las contrataciones con el Estado peruano, porque ha quedado evidenciado la finalidad que cumple la contracautela dentro de un proceso cautelar, ya sea en el proceso judicial y arbitral, el cual es garantizar la reparación de los eventuales daños y perjuicios causados por la ejecución de esta, más no se trata de un mecanismo diseñado y presentado en el proceso para obedecer a la tutela cautelar del demandado, no cautela directamente algún derecho, sino **su presencia responde a la exigencia de la propia ley procesal**.
- **Se identificó que**, la igualdad ante la ley **se relaciona de manera negativa** con la falta de una contracautela por parte del Estado en las contrataciones con el Estado peruano, debido a que la excepción otorgada al Estado para que esta no ofrezca contracautela no obedece a causas objetivas de justificación, pues la justificación que este emite es puramente declarativa, es decir por el solo hecho de la investidura que tiene no puede arrojarse dicho privilegio, generando que rara vez el contratista solicite una medida cautelar, debido a la dificultad en la obtención de este tipo de garantías, todavía más si consideramos que el contratista ha iniciado acciones legales con el fin de que se le reconozca un perjuicio patrimonial, concretándose así la vulneración al principio de igualdad entre las partes; no olvidemos que la jurisdicción cautelar es una herramienta idónea para asegurar la eficacia del pronunciamiento de fondo, así mismo al no contemplar los múltiples escenarios en los que se puede solicitar una medida cautelar, así como sus características variables, genera que el ofrecimiento de la contracautela sea un requisito determinante, lo cual es arbitrario; en consecuencia, ambas partes deben tener, frente a similares o iguales supuestos jurídicos (controversias surgidas en las contrataciones del Estado) libertad de acceder y/o alcanzar tutela jurisdiccional en igualdad de armas.
- **Se analizó que**, la igualdad ante la ley **se relaciona de manera negativa** con la contracautela en las contrataciones con el Estado peruano, ya que la

excepción otorgada al Estado para que esta no ofrezca contracautela implicará que, cuando los tribunales arbitrales dicten los laudos en contra del Estado peruano este no se ejecutara de forma oportuna, debido a que no se aseguró su ejecutabilidad, es decir, la exigibilidad y liquidez de las órdenes contenidas en la condena arbitral, cuanto más, por la poca costumbre arbitral o sencilla pereza de tribunales no familiarizados con ejecución arbitral.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda **publicar** los resultados de esta investigación en los foros académicos, sea estos a través de artículos de investigación, disertaciones, clases universitarias, entre otros.
- Se recomienda el debido **adiestramiento** o capacitación a los operadores del derecho después de modificar el texto del artículo 8° del decreto de Urgencia.
- Se recomienda **tener cuidado con no** mal interpretar el nuevo texto modificado del artículo 8°, pues recordemos que su único fundamento es garantizar la efectiva tutela jurisdiccional a todas las personas en igualdad.
- Se recomienda **llevar a adelante los resultados** obtenidos mediante la modificación del artículo 8°, siendo de la siguiente manera:
“Artículo 8°.- En los casos en los que el Estado peruano o cualquier í privado (contratista) es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral”
- Se recomienda **llevar a cabo una nueva investigación** versado en un estudio tendiente a determinar si la carta fianza cumple los mismos fines que la contracautela.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ayca, I. (2021). La violación al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y rol de las asociaciones de consumidores en la ley n° 29571, Magdalena del mar 2019 [Tesis de Maestría, Universidad Alas Peruanas]. Repositorio de la UAP.
<https://repositorio.uap.edu.pe/handle/20.500.12990/5834>
- Alchourrón, C. & Bulygin, E. (1975). Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Editorial Astrea
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Lima: Grijley.
- Burgos, C. R., & de la Pontificia, D. P. (s/a). La caución (contracautela) como expresión de coherencia del sistema jurídico. un enfoque constitucional.
[https://justiciayderecho.org.pe/revista8/articulos/7%20Cesar%20Rivera%200Burgos%20LA%20CAUCION%20\(CONTRACAUTELA\)%20COMO%200EXPRESION%20DE%20COHERENCIA%20DEL%20SISTEMA%20JURIDICO..pdf](https://justiciayderecho.org.pe/revista8/articulos/7%20Cesar%20Rivera%200Burgos%20LA%20CAUCION%20(CONTRACAUTELA)%20COMO%200EXPRESION%20DE%20COHERENCIA%20DEL%20SISTEMA%20JURIDICO..pdf)
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta.
<http://www.iterra.edu.mx/centro/wp-content/uploads/2019/02/88047784-Diccionario-Juridico-Elemental-Guillermo-Cabanellas-de-Torres-1.pdf>
- Carrillo, M. (s/f). Los principios de la igualdad de oportunidades, de la igualdad de trato y de no discriminación, en el anteproyecto de la ley general del trabajo. *Diké Portal de Información y Opinión Legal - Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. 1(1), 1-22.
http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/lab_art37.PDF
- Ciulli, V. (2018). Burocracia estatal: Entre la internacionalización y la territorialidad. *Revista de Relaciones Internacionales*. 2 (38), 79-97.
https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/683820/RI_38_5.pdf?sequence=1
- Chappuis, J. (1994). La igualdad ante la ley. *THEMIS – Revista de Derecho*. 1(1), 15-21.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109877.pdf>
- Código Civil. (24/07/1984). Decreto Legislativo n.º 295.

Código Procesal Civil. (10/12/1992). Decreto ley n.º 25940.

Constitución Política del Perú (29/12/1993).

Espinosa-Saldaña, E. (2020). Los principios de la igualdad y no discriminación, una perspectiva de derecho comparado – Perú. *EPRS Servicio de Estudios del Parlamento Europeo*. 1(1), 1 – 65.

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659380/EPRS_STU\(2020\)659380_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659380/EPRS_STU(2020)659380_ES.pdf)

Gallardo, M. (2000). Cautela y contracautela en el proceso civil [Tesis de Postgrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio de tesis de la UNMSM.

https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/gallardo_m_j/t_copleto.pdf

García, D. (2015). *La metodología de la investigación jurídica en el siglo XXI*. En W. Godínez & J. García (Coord.), *Metodologías: Enseñanza e investigación jurídicas. 40 años de vida académica-Homenaje a Jorge Witker*, (pp. 449-465). Universidad Nacional Autónoma de México.

García, V. (2008). El derecho a la igualdad. *Revista Institucional* N° 8 – Academia de la Magistratura, 1(1), 109-127.

<http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/260/el-derecho-a-la-igualdad.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Hernández, R., Fernández, C. & Batpista, M. (2016). *Metodología de la investigación*. México, México: MCGrawHill.

Huerta, L. (2005). El derecho a la igualdad. *Pensamiento Constitucional*, 11(1), 307-334.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/7686/7932/0>

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (07/03/2021). En el Perú más de 16 millones 600 mil mujeres celebran su día este 8 de marzo [inei.gob.pe.].

<https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/en-el-peru-mas-de-16-millones-600-mil-mujeres-celebran-su-dia-este-8-de-marzo-12774/>

Jiménez, K. (2019). Prevención normativa contra maniobras fraudulentas, en agravio de acreedores, antes de la inscripción de una medida cautelar [Tesis

de Pregrado, Universidad Particular de Chiclayo]. Repositorio de tesis de la UPCH.

http://repositorio.udch.edu.pe/bitstream/UDCH/349/1/T044_60343992_B.pdf

Jiménez, R. (2022). Las medidas cautelares en los procesos de arbitraje en las contrataciones con el Estado [Tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. Repositorio de tesis de la USTM.

https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/4775/1/TL_JimenezAbadRuben.pdf

Landa, C. (2021). El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. *Revistas de Estudios constitucionales*, 19(2), 71-101.

https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071852002021000200071&script=sci_arttext&tlng=en

Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica*. Lima: Universidad Pacífico-Centro de investigación.

Martel, R. (2002). Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil-Tutela jurisdiccional efectiva [Tesis de Maestría, Universidad Nacional Mayor de san Marcos]. Repositorio de la UNMSM.

http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1208/Martel_chr.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (10/01/2019). Observatorio Nacional de la Violencia Contra de las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. [Web-observatorioviolencia.pe].

<https://observatorioviolencia.pe/comprendiendo-la-violencia-por-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero/>

Miró-Quesada Cantuarias, F. (2003). *Ratio interpretandi*. Lima-Perú: Editorial Universitaria, Universidad Ricardo Palma.

Nogueira, H. (2006). El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. *AFDUDC*, 10(1), 799-83.

<https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2449/AD-10-41.pdf;sequence=1>

Orbegozo, X. (2019). Justicia cautelar y UE: una perspectiva mixta (jurisdiccional y arbitral) y su proyección sobre el ámbito marítimo [Tesis de Posgrado, Universidad del País Vasco Euskal herriko unibertsitatea]. Repositorio de tesis de la UPV.

https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/48701/TESIS_ORBEGOZO_MIGUEL_XABIER.pdf?sequence=1

Poder Judicial del Perú (23/11/2022). Diccionario jurídico [Página web].

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_supremahome/as_servicios/as_enlaces_de_interes/as_orientacion_juridica_usuario/as_diccionario_juridico

Risso, M., Garat, M., De León, Brun, M., Carrique, A., Furtado, B., Hernández, B., Martínez E., Menéndez, S., Moglia, B., Paineira, S. & Pereyra, F. (2022). El principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso)*, 1 (25), 203-223.

http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S239361932022000100203&script=sci_arttext

Ronquillo, O., Ojeda, P., & Panchi, W. (2021). La igualdad ante la ley como derecho constitucional en Ecuador. *Revista CIENCIAMATRIA*, 7(1), 498-508.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8305757>

Ruiz, R. (2010). El principio de igualdad entre hombre y mujeres. Desde el ámbito público al ámbito jurídico – familiar. 1(1), 1-385.

<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10750/RuizCarbonell.pdf>

Rodríguez, F. (2018). La funcionalidad de la responsabilidad civil derivada de las medidas cautelares y la problemática de la ejecución de la contracautela [Tesis de Posgrado, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas]. Repositorio de tesis de la UPCA.

https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/624292/Rodriguez_FA.pdf?sequence=5&isAllowed=y

- Solis, D. (2022). La ineficiencia de las medidas cautelares de retención y los procesos de ejecución de sentencia en el Gobierno Regional de Ucayali 2020 [Tesis de Pregrado, Universidad Privada de Pucallpa]. Repositorio de tesis de la UPP.
http://repositorio.upp.edu.pe/bitstream/UPP/312/1/tesis_david.pdf
- Tribunal Constitucional. (14/10/2009). Sentencia N° 01604-2009-PA/TC.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01604-2009-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (30/01/1997). Sentencia N° 006-96-AI/TC,
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1996/00006-1996-AI.pdf>
- Ventura, W. (2021). Criterios axiológicos jurídicos para una teoría unitaria de contra cautela y la indemnización por la interposición innecesaria o maliciosa de una medida cautelar [Tesis de Doctorado, Universidad Nacional de Cajamarca]. Repositorio de la UNC.
<https://repositorio.unc.edu.pe/handle/20.500.14074/4897>
- Velázquez, A. & Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Lima: Editorial San Marcos.
- Vivanco, P. (2017). Fundamentos para una concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio de tesis de la PUCP.
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9860/Vivanco_Nu%c3%blz_Fundamentos_concepci%c3%b3n_justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Witker, J. & Larios, R. (1997). *Metodología jurídica*. México: MacGraw-Hill.

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL		
¿De qué manera la igualdad ante la ley se relaciona con la contracautela en las contrataciones con el Estado peruano?	Analizar la manera en que la igualdad ante la ley se relaciona con la contracautela en las contrataciones con el Estado peruano.	La igualdad ante la ley <u>se relaciona de manera negativa</u> con la contracautela en las contrataciones con el Estado peruano	<p>Categoría 1</p> <p>➤ La contracautela en las contrataciones con el Estado</p> <p>Sub-categorías</p> <ul style="list-style-type: none"> • Falta de ofrecimiento por parte del Estado • Ofrecimiento patrimonial por parte de un particular <p>Categoría 2</p> <p>➤ Igualdad ante la ley</p> <p>Sub-categorías</p> <ul style="list-style-type: none"> • Protección a la tutela jurisdiccional • No discriminación • Igualdad de oportunidades 	<p>Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica Cualitativa teórica y iuspositivista</p> <p>Metodología paradigmática Propositiva</p> <p>Diseño del método paradigmático</p> <p>a. Escenario de estudio Ordenamiento jurídico peruano</p> <p>b. Caracterización de sujetos o fenómenos Sujetos: Categoría 1 y 2 igualdad ante la ley y contracautela en las contrataciones con el Estado</p> <p>c. Técnica e instrumento Investigación documental mediante fichas textuales y de resumen</p> <p>d. Tratamiento de la información Los datos se procesarán mediante la argumentación jurídica.</p> <p>e. Rigor científico Al ser iuspositivista se debe alejar de cualquier argumento moral, social o filosófico, sino que debe centrarse en argumentos normativos y doctrinarios estándar que promuevan la mejora del artículo 8º.</p>
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS		
¿De qué manera la igualdad ante la ley se relaciona con la contracautela obligatoria el ofrecimiento patrimonial por parte de un particular en las contrataciones con el Estado peruano?	Identificar la manera en que la igualdad ante la ley se relaciona con la contracautela obligatoria el ofrecimiento patrimonial por parte de un particular en las contrataciones con el Estado peruano	La igualdad ante la ley <u>se relaciona de manera positiva</u> con la contracautela obligatoria el ofrecimiento patrimonial por parte de un particular en las contrataciones con el Estado peruano		
¿De qué manera la igualdad ante la ley se relaciona con la falta de una contracautela por parte del Estado en las contrataciones con el Estado peruano?	Determinar la manera en que la igualdad ante la ley se relaciona con la falta de una contracautela por parte del Estado en las contrataciones con el Estado peruano	La igualdad ante la ley <u>se relaciona de manera negativa</u> con la falta de una contracautela por parte del Estado en las contrataciones con el Estado peruano		

Anexo 2: Matriz de operacionalización de categorías

Categorías	Sub-Categorías	Indicadores	Items	Escala instrumento
La contracautela en las contrataciones con el Estado	Falta de ofrecimiento por parte del Estado	Al ser una investigación cualitativa teórica jurídica de corte propositivo, se prescinde de indicadores, ítems y la escala de los instrumentos de recolección de datos, pues estas categorías solo se utilizan cuando se hace un trabajo de campo		
	Ofrecimiento patrimonial por parte de un particular			
Igualdad ante la ley	Protección a la tutela jurisdiccional			
	No discriminación Igualdad de oportunidades			

Anexo 3: Matriz de la operacionalización del instrumento

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 4: Instrumento de recolección de datos

Se han utilizado una serie de fichas textuales y de resumen, por lo que se pondrá en evidencia alguna de ellas:

FICHA TEXTUAL: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el enlace del libro virtual.

CONTENIDO:

.....

 [Transcripción literal del texto]

FICHA RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

.....

 [Resumen de lo analizado, sea de uno, dos, tres o n párrafos]

Si ya detallamos que la información va a ser recolectada a través de la ficha textual, de resumen y bibliográfica; también debemos precisar que esta no va a ser suficiente para la realización de la investigación, en ese sentido vamos a emplear un análisis formalizado o de contenido, con el objeto de reducir la subjetividad que se forma al interpretar cada uno de los textos, por ello, nos disponemos a analizar las propiedades exclusivas e importantes de las variables en estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente. (Velázquez & Rey, 2010, p. 184) Por lo mismo, se recolectó de la siguiente manera (a manera de ejemplo, pues las fichas y su correcta transcripción está en las bases teóricas):

FICHA TEXTUAL: Concepto de la contracautela

DATOS GENERALES: Rodríguez, F. (2018). La funcionalidad de la responsabilidad civil derivada de las medidas cautelares y la problemática de la ejecución de la contracautela. Página 84.

CONTENIDO: “si se confirma el aseguramiento otorgado por la medida cautelar, no surge la obligación de indemnizar daños y perjuicios, por lo que la garantía prestada queda sin efecto. En cambio, si la tutela jurídica que se brindó es revocada por el órgano judicial, esto determina que ella se realizó con base en una apariencia de derecho que luego es confirmada como falsa”.

FICHA RESUMEN: Derecho a la igualdad

DATOS GENERALES: Huerta, L. (2005). El derecho a la igualdad. *Pensamiento Constitucional*, 11(1), 307-334. Página 135.

CONTENIDO: derecho de la igualdad ante la ley, no debe ser comprendida como la prohibición de la discriminación mediante la ley está sujeta solo al sistema en sentido formal, sino que, esta debe alcanzarse en todos los extremos como es el caso: Las autoridades, congresistas, personas y otros.

Anexo 5: Validación de expertos del instrumento

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 6: Solicitud dirigida a la entidad donde recolectó los datos

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 7: Documento de aceptación por parte de la entidad donde recolectará los datos

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 8: Consentimiento o asentimiento informado de las personas encuestadas o entrevistadas

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 9: Constancia de que se aplicó el instrumento de recolección de datos

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 10: Evidencias fotográficas

Al ser una investigación cualitativa teórica, según el reglamento se puede prescindir de este anexo.

Anexo 11: Declaración de autoría

En la fecha, yo Wendy Iraidá Rivera Dávila, identificada con DNI N° 70033719, domiciliada en Jr. Rosemberg N° 596 del distrito de El Tambo, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me **COMPROMETO** a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: La igualdad ante la ley y la contracautela en las contracciones en el Estado peruano, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 12 de abril del 2023.



DNI N° 70033719

En la fecha, yo Iraida Dávila Chumbes, identificada con DNI N° 20095942, domiciliada en Jr. Quito N° 214 del distrito de Huancayo, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: La igualdad ante la ley y la contracautela en las contracciones en el Estado peruano, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 12 de abril del 2023.



DNI N° 20095942