

AFIN N° 097 - 2017  
Lima, 31 de mayo del 2017

Señor  
**MIGUEL TORRES MORALES**  
**Presidente de la Comisión de Constitución y**  
**Reglamento del Congreso de la República**  
Presente.-

De nuestra consideración:

Nos dirigimos a usted con el objeto de saludarlo y a la vez hacerle llegar nuestra preocupación por los alcances del proyecto de ley 1410 (en adelante el PL). En anexo adjuntamos un informe resumido y un informe legal exhaustivo sobre este asunto y sus graves efectos e implicancias.

El PL tiene como objetivo evidente incluir en los alcances del DU 003-2017 a empresas peruanas asociadas a Odebrecht, sin que medie causa justificada alguna, es decir sentencia firme y consentida o reconocimiento de culpabilidad en actos de corrupción, tal como estipula el propio DU que se trata de modificar arbitrariamente.

Parecería que el objeto último del PL es forzar la quiebra y dejar fuera de actividad a las empresas peruanas vinculadas a Odebrecht. Como el PL es ilimitado en sus alcances, el daño que produciría en la actividad económica del país y el sector de la construcción es también ilimitado.

Además de los aspectos inconstitucionales que contiene, esta medida desproporcionada ocasionaría parálisis en la economía del país y las inversiones, el rompimiento de la cadena de pagos en la industria de la construcción, impactando severamente a las entidades financieras y de pensiones que financiaron o invirtieron en estos proyectos, colocando al país en una muy precaria situación económica.

Encontramos sumamente riesgoso introducir una modificación legislativa de este tipo que ocasionaría daños irreparables, por lo que manifestamos nuestra opinión contraria a la misma, solicitándoles se realice un análisis jurídico exhaustivo de la propuesta normativa.

Sin otro particular, aprovechamos la oportunidad para reiterarle un cordial saludo.

Atentamente,

**Gonzalo Prialé**  
**Presidente**

## **RESUMEN**

El PL tiene como objetivo evidente incluir en los alcances del DU 003-2017 a empresas peruanas asociadas a Odebrecht, sin que medie causa justificada alguna, es decir sentencia firme y consentida o reconocimiento de culpabilidad en actos de corrupción, tal como estipula el propio DU que se trata de modificar arbitrariamente.

Resulta paradójico que, como indica la exposición de motivos del PL, para cautelar con mayor precisión los intereses del Estado, se desarrolle normativa basada en la imprecisión e inconstitucionalidad al violar principios de debido proceso y presunción de inocencia, entre otros.

El PL es tan difuso y su alcance tan ilimitado, que comprometería en actos de corrupción cometidos por terceros, no solo a las empresas peruanas que son el objetivo directo del PL, sino también a personas jurídicas y a entes jurídicos como fondos de inversión, patrimonios fideicometidos, AFP, e incluso inversionistas en Bolsa, que al tiempo de la comisión de los delitos, hayan tenido algún tipo de participación patrimonial mediante acciones o participaciones aunque sean minoritarias en la empresa que cometió o reconoció dicho delito, o hayan estado vinculadas, directa o indirectamente, con quien cometió o reconoció el delito, en otras empresas o asociaciones, distintas a la empresa que cometió o reconoció dicho delito.

En suma, no resultaría relevante que la subsidiaria o la sociedad de la cual fueran socios o participacionistas haya sido el vehículo a través del cual se cometió el delito o que, de cualquier forma, efectivamente haya estado involucrada en la comisión del mismo.

Además, este proyecto de ley busca sancionar no solo a la persona jurídica asociada al momento de los actos de corrupción, sino a la misma persona jurídica en todos sus demás actos independientes del contrato en que se generó esa situación.

Para ello, primero el Poder Judicial tendría que determinar en qué proyectos existió actos de corrupción, quienes son los responsables y luego de ello recién resultarían aplicables los alcances del Decreto de Urgencia que se pretende ampliar por este proyecto de ley, salvo que medie un reconocimiento de culpabilidad.

La definición del momento de la comisión de los delitos tampoco es precisada, y podría ampliarse arbitrariamente con el objeto de lograr mayores efectos.

La aprobación de las incorporaciones propuestas en relación a los literales (iv) y (v) del artículo 2.1 del Decreto de Urgencia supondría la aplicación retroactiva del Decreto de Urgencia, sobre aquellas Nuevas Personas Comprendidas que a la fecha no forman parte de algún proyecto en el cual inicialmente participaron con alguna Persona Comprendida, si es que se comprueba que dichas Nuevas Personas Comprendidas participaron en el desarrollo del referido Proyecto junto con la referida Persona Comprendida, al tiempo de la comisión de los delitos indicados en el literal (i) del numeral 2.1 del Decreto de Urgencia. En dicho sentido, la aplicación retroactiva del Decreto de Urgencia sobre la base de los argumentos expuestos también supondría una violación constitucional, en la medida que se desconocería el principio de irretroactividad normativa que se recoge en la Constitución Política de nuestro país.

Para graficar el problema que causa el proyecto ilustramos la situación con un ejemplo: La empresa A ha reconocido haber cometido delitos de corrupción en XX proyectos. Esos proyectos pueden haber sido hechos en obra pública o en Asociaciones Público Privadas y han tenido como Socios a las empresas B y C. Puede darse el caso que esos proyectos ya terminaron o que se encuentren en una fase de operación y mantenimiento o que ya las empresas B y C hayan dejado de ser socias de la empresa A. En estos casos, a las empresas B y C no se les podría aplicar la retención de utilidades por los proyectos cuestionados, por las razones expuestas, lo que abre dos posibilidades i) que esta ley no sea aplicable o ii) que se retenga los pagos que el Estado le tenga que hacer a estas empresas B y C por otros proyectos que no tengan conexión con la empresa A ni con los proyectos cuestionados.

La posibilidad (ii) tendría además otro problema en su aplicación ¿Cuál sería la estimación de la reparación civil de un proceso penal inexistente para los representantes o empresas B y C? Si no se pudiese ejecutar esta estimación, entonces las retenciones no tendrían límite en tiempo ni monto. Esto implica una expropiación o confiscación, sin previo pago alguno.

El contagio del socio cuestionado se extiende no solo a sus socios o asociados sino también a las matrices y a otras empresas vinculadas a estos, en tanto éstas hayan participado en el patrimonio, resultados, ingresos o gastos del contrato, o hubieran tenido poder de decisión en los acuerdos adoptados.

Sin perjuicio de lo inconstitucional que resultaría esta legislación, se pretende un exceso más grave aún. Además de afectar a los accionistas de la persona jurídica titular de la concesión o a los socios de un consorcio en el caso de obras públicas, se busca afectar a esas mismas personas jurídicas en todos sus otros negocios, que no tienen vinculación con los actos cuestionados.

Es así que el PL especula sobre que si bien es cierto las empresas peruanas a las que se pretende afectar e involucrar, podrían no haber participado directamente en la comisión del delito contra la administración pública o lavado de activos o delitos equivalentes, estas terminaron beneficiándose con la rentabilidad obtenida como consecuencia de las actividades ilícitas. Más aún, si los proyectos en los que pudieran haberse cometido actos de corrupción ya terminaron, se tendría que aplicar retroactivamente un monto de compensación por los perjuicios sufridos por el Estado, que tendría que retenerse de cualquier utilidad de cualquier empresa o ente jurídico vinculado, obtenida en el presente y en el futuro, en cualquier actividad que desarrollen actualmente.

Parecería que el objeto último del PL es forzar la quiebra y dejar fuera de actividad a las empresas peruanas vinculadas a Odebrecht. Como el PL es ilimitado en sus alcances, el daño que produciría en la actividad económica del país y el sector de la construcción es también ilimitado.

En caso de la sustitución de componentes de un consorcio que se da en obras públicas o en una APP para cambiar al contratista en problemas, la regulación no debe responsabilizar a la empresa entrante de la situación anterior. De lo contrario nadie estaría interesado en ingresar a esa situación y el objetivo no se cumpliría.

Respecto al carácter ilegal e inconstitucional del PL, a continuación enumeramos algunos de los aspectos constitucionales transgredidos:

- a) Presunción de Inocencia
- b) Debido proceso, derecho de defensa y tutela jurisdiccional
- c) Derecho de propiedad
- d) Libertad contractual
- e) Abuso del derecho
- f) Supremacía de la Constitución sobre la Ley
- g) Irretroactividad de la ley.

## AYUDA MEMORIA SOBRE PL 1410/2016-CR

En general, el PL tiene como objetivo imputar algunos efectos del DU 003-2017 (en adelante, el “DU”) a personas jurídicas que, no habiendo sido sentenciadas ni habiendo confesado la comisión de alguno de los delitos tratados en dicha norma, han formado parte de un consorcio o de una asociación en participación con personas jurídicas probadamente responsables de la comisión de estos delitos, en el marco de una contratación con el Estado.

En tal sentido, bajo el argumento, incluido en la Exposición de Motivos, de “cautelar con mayor precisión los intereses del Estado en el marco de la Constitución y las leyes”, se pretende extender el criterio de imputación de una conducta ilícita a terceros ajenos a la misma, **por el solo hecho de haberse asociado** éstos con empresas que sí han actuado de forma ilegal (“**Socios Cuestionados**”), siendo el **criterio de imputación de responsabilidad la mera participación** en los resultados, ingresos y/o gastos de la contratación con el Estado.

Al efecto, en el **ámbito de aplicación del DU** (regulado en el artículo 2.1 del DU), a través del PL se pretendería:

- a) Incluir a **personas jurídicas** y “**entes jurídicos**” (fondos de inversión, patrimonios fideicometidos y otros) que, al **tiempo de la comisión de los delitos**, cumplan alguna de las siguientes **condiciones**:
  - (i) Que algún Socio Cuestionado haya tenido “**algún tipo de participación** patrimonial, mediante acciones o participaciones” **sobre dicha persona o ente jurídico** (literal iv). Ejemplo claro es el caso de las **subsidiarias** de algún Socio Cuestionado, incluso aunque la participación en el capital social (sea a través de acciones o participaciones) hubiera sido minoritaria.
  - (ii) Que sean o haya sido **socias o asociadas de un Socio Cuestionado** “bajo **cualquiera de las formas asociativas o societarias** previstas por ley, teniendo ambas algún tipo de **participación patrimonial** mediante **acciones o participaciones** en una persona jurídica o ente jurídico distinto (...)”. En este supuesto, la redacción es confusa puesto que, por un lado, se alude a la calidad de “socia” o “asociada” de una Persona Comprendida bajo cualquiera de las formas “asociativas o societarias” contempladas en la ley- dando a entender que podría tratarse no sólo de una sociedad sino también de una asociación, fundación, consorcio, asociación en participación, etc.-, pero por otro lado se añade el requisito de compartir participación patrimonial mediante acciones o participaciones –términos que sólo son aplicables cuando estamos ante una sociedad y, extendiendo bastante el significado técnico de estos términos, eventualmente a contratos asociativos-. En todo caso, **es clara la referencia a accionistas o participacionistas que compartan o hubieran compartido dicha condición con un Socio Cuestionado**, sin importar el nivel de participación en el capital de cualquiera de éstas.

Dada la literalidad del texto propuesto, para fines de la inclusión de estos terceros en el ámbito de aplicación del DU, **no resultaría relevante que la subsidiaria o la sociedad de la cual fueran socios o participacionistas haya sido el vehículo a través del cual se cometió el delito o, de cualquier forma, esté involucrada en la comisión del mismo**. Bastaría con que se configure dicha situación (ser subsidiaria o socia de un Socio Cuestionado) “**al tiempo de la comisión de los delitos**”. Esto implica que, si una empresa XYZ fuera accionista, junto con un Socio Cuestionado, en una sociedad ABC, la empresa XYZ sería comprendida en los alcances del DU incluso si el delito hubiera sido cometido por el Socio Cuestionado en otro proyecto o sociedad; es decir, ni siquiera tendría que confirmarse que la empresa XYZ hubiera obtenido algún provecho o ventaja a partir del ilícito cometido por su socia.

b) Ampliar la definición de “**vinculada**” prevista en el DU a personas jurídicas que formen parte, con un Socio Cuestionado, de un **consorcio o asociación en participación**, cuando las primeras:

- (i) **Participen** “directa o indirectamente, en el **patrimonio**, en los **resultados, ingresos o gastos** del contrato”.
- (ii) Directa o indirectamente, “tengan **poder de decisión** en los acuerdos financieros, comerciales u operativos que se adopten para el desarrollo del contrato”.

Dada la literalidad del texto, podría entenderse que la alusión a una **participación “indirecta”** estaría referida a una actuación a través de **subsidiarias** –o, incluso, otras **vinculadas**- y que, en tal sentido, se incluye dentro del ámbito de aplicación del DU **no sólo a las personas jurídicas que participan por ejemplo en un consorcio con un Socio Cuestionado, sino también a empresas vinculadas a las primeras** siempre que se logre acreditar la participación referida.

Esto implicaría que el “**contagio**” del Socio Cuestionado se extendería no sólo a sus socios en una asociación en participación o consorcio (con independencia del nivel de participación de cualquiera de las partes) sino también a las **matrices** de estos y eventualmente a **otras vinculadas**, en tanto se pruebe que éstas participaron “indirectamente” en el patrimonio, resultados, ingresos o gastos del contrato, o tuvieran “poder de decisión” en los acuerdos que al efecto sean o hubieran sido tomados.

De acuerdo con lo indicado en la propuesta de modificación del artículo 2.4 del DU, a los terceros que se hubieran asociado a algún Socio Cuestionado les sería aplicable únicamente lo previsto en el artículo 5 de dicha norma referido a **retenciones de pagos del Estado**.

No obstante ello, lo contrario sucede con las incorporaciones previstas en el Proyecto de Ley, dado que las mismas pretenden extender las restricciones del Decreto de Urgencia, en lo que corresponde al régimen de retención de importes a ser pagados por el Estado, a personas jurídicas que no resultan Vinculadas con aquellas que han cometido los delitos listados y respecto de las cuales no se ha acreditado, bajo los mecanismo idóneos, que hayan participado directamente en dichos delitos.

Cabe señalar que los antes mencionado ha sido reconocido en la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, donde se ha precisado respecto de las personas incluidas en los literales iv) y v) del numeral 2.1, *“que si bien es cierto **podrían no haber participado directamente en la comisión del delito contra la administración pública o lavado de activos o delitos equivalentes**, estas terminaron **beneficiándose con la rentabilidad obtenida como consecuencia de las actividades ilícitas**”*

De lo mencionado en el párrafo anterior, se evidencia que la inclusión de personas jurídicas contempladas en los literales iv) y v), obedecen a suposiciones y especulaciones sobre la presunta comisión de un delito que les habría podido generar un beneficio. Ante ello, corresponde preguntarse ¿resulta posible imponer una restricción legal sobre la base de una presunción?, la respuesta claramente es negativa, dado que ello no hace otra cosa que vulnerar derechos fundamentales a la presunción de inocencia, el debido proceso y el derecho de defensa

En tal sentido, las entidades del Estado que resulten obligadas a efectuar pagos por cualquier título a favor de los sujetos referidos en el artículo 2, así como a las sociedades o consorcios en los que éstas participen, incluyendo los correspondientes a contratos de concesión, contratos de construcción o contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios, retendrán de dichos pagos un monto equivalente al promedio del margen neto de ganancia, después de tributos, de los últimos cinco (5) años en proyectos similares. Este margen se aplicará en función a la participación que corresponda a las personas mencionadas en el artículo 2, debiendo la entidad pública asegurar que los recursos que sean transferidos a los concesionarios o contratistas se destinen exclusivamente a garantizar la continuidad, oportuna ejecución y/u operatividad de las obras de infraestructura y la prestación de los servicios públicos.

Se establece que a las personas jurídicas mencionadas en los numerales anteriores de la presente solo se les aplica lo dispuesto en el artículo 5 del DU, es decir, las reglas relacionadas con la retención de importes a ser pagados por el Estado.

En el artículo 3 se indica que la suspensión de realizar transferencias al exterior se aplica a las personas jurídicas comprendidas en el artículo 2. Se contradice con el numeral anterior, debería exceptuarse a las personas jurídicas introducidas con el PL dado que sólo se les aplica el artículo 5.

En lo que corresponde al último párrafo del artículo 3°, consideramos que eliminar dicha disposición podría generar un grave perjuicio para el Estado, dado que se podría interpretar que los Acreedores Permitidos que se encuentran en el extranjero no tendrían garantizado el pago de sus acreencias y, por tanto, el esquema financiero de los proyectos donde actúen dichos Acreedores Permitidos se encontraría en riesgo.

Al respecto, se debe tener presente que los Acreedores Permitidos constituyen una figura importante para el esquema de financiamiento de los proyectos de Asociación Público Privada, quienes financian a los Concesionarios a fin que éstos últimos puedan contar con los recursos necesarios para llevar a cabo el desarrollo de los proyectos. Es así que, como garantía del pago de la operación de financiamiento celebradas, los inversionistas privados otorgan determinadas garantías a favor de los Acreedores Permitidos, siendo que en caso no se cumpla con dichos pagos, estos últimos puedan ejecutar dichas garantías, las mismas que incluyen la hipoteca sobre el derecho de la Concesión y la garantía mobiliaria sobre las acciones de las participaciones mínimas.

La ejecución de dichas garantías, en la mayoría de los casos, obliga al Estado a realizar un nuevo proceso de selección para remplazar al Concesionario, a fin que el nuevo inversionista privado sean quien asuma el pago de la acreencia a favor de los Acreedores Permitido; situación que demandará un gasto considerable de recursos públicos.

En tal sentido, solicitamos mantener la redacción original del último párrafo del artículo 3, a fin de garantizar el pago a los Acreedores Permitidos que se encuentran en el extranjero.

Al respecto, debemos señalar que la modificación propuesta al artículo 5.3 del Decreto de Urgencia atenta contra la finalidad de dicho artículo, la cual no es otra que permitir sustituir a la persona jurídica que integraba el Consorcio Contratista, contratado al amparo de la Ley N° 30225, que se encuentra incurso en los supuesto contenidos en el artículo 2.1. De este modo, el Contratista pueda contar con una nueva empresa consorciada que no se encuentre vinculada a la comisión de ningún delito contra la administración pública, lavado de activos, o delitos equivalentes en otros países.



Se entiende que el objetivo de la sustitución es permitir que los miembros de los Consorcios Contratistas que no tengan ninguna relación con los actos delictivos realizados, puedan salir al mercado y conseguir otro proveedor que se encuentre interesado en ejecutar la obra, prestar el servicio o provisionar los bienes contratos con determinada Entidad Pública, a fin de sustituir al elemento que ha generado un perjuicio para el desarrollo del contrato celebrado con el Estado.

En tal sentido, qué incentivo van a tener las personas jurídicas que pueden sustituir al consorciado que debe salir, si la norma establecería que ellos también estarían sujetos al régimen de retención de importes a ser pagados por el Estado; ningún proveedor estaría interesado en participar de un proyecto que tenga como carga la aplicación de las restricciones del Decreto de Urgencia. En este sentido, y considerando que la intención del Estado debe ser sacar de la escena de contrataciones a todas las empresas que hayan sido condenadas o hayan admitidos cualquiera de los delitos previstos en el artículo 2.1, el Decreto de Urgencia debe ofrecer un escenario atractivo para los nuevos proveedores y, así, incentivarlos a participar de los contratos que se encuentran en curso. Cabe señalar que contar con un nuevo proveedor permite garantizar la continuidad en la ejecución de los contratos, lo cual genera un beneficio al Estado quien vera satisfecha la necesidad para la cual fueron suscritos los mismos.

Por tanto sugerimos eliminar la modificación y mantener la redacción original del último párrafo del artículo 5.3.

De la lectura literal del DU, se desprende que, con las modificaciones que pretende introducir el PL, **el “contagio” originado por los Socios Cuestionados no sólo afectaría a sus subsidiarias y socios** (sea en sociedades o en contratos asociativos) sino también a las **sociedades o consorcios de los cuales estos últimos formen parte.**

En términos generales, estando a lo expuesto consideramos que el PL, de aprobarse y convertirse en una ley, entraría en **contravención** con las siguientes disposiciones:

- a) **Libertad contractual** (artículo 62° Constitución). La cual garantiza que los términos contractuales no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. El Estado no podría, a través de una ley, violar los derechos que hubiera reconocido a favor de los contratistas en el caso de obras o servicios públicos; para retener una suma debidamente devengada, sólo podría aplicar los mecanismos previstos expresamente en el contrato o, en su caso, en las normas que regulen la contratación estatal (LCE, Reglamento y normas especiales aplicables).

- b) Derecho de propiedad** (artículo 70° Constitución). El derecho de propiedad es inviolable y se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. No vemos argumentos válidos mediante los cuales el Estado pueda sustentar que, el restringir los legítimos derechos de cobro de terceros, se sustenta en la protección del bien común. Esto podría ser definido como una expropiación indirecta.
- c) Abuso del derecho** (artículo 103 Constitución). La Constitución no ampara el abuso del derecho. El TC ha interpretado esta cláusula constitucional aplicada al ámbito de los derechos fundamentales, indicando que ésta supone la prohibición de desnaturalizar las finalidades u objetivos que sustentan la existencia de cada atributo, facultad o libertad reconocida sobre las personas [Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N° 05296-2007-PA/TC, fundamento 12]. Los derechos no pueden utilizarse de una forma ilegítima o abusiva.
- d) Leyes especiales** (artículo 103 Constitución). La Constitución permite que se expidan leyes especiales si es que así lo exigiera “la naturaleza de las cosas”. En este caso no encontramos argumento válido alguno que permita sostener que aplicar a terceros efectos de actos en los que no tuvieron participación, amerita la expedición de una ley especial.
- e) “Supremacía de la Constitución**

Artículo 51.- **La Constitución prevalece sobre toda norma legal**; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

**Ejercicio del poder del Estado**

Artículo 45.- El poder del Estado emana del pueblo. **Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.**”

**f) Derecho a la Presunción de Inocencia**

La presunción de inocencia ha sido reconocida como derecho fundamental por la Constitución, de acuerdo a lo previsto en el artículo 2°, inciso 24, literal e) de la Constitución, el mismo que establece lo siguiente:

*“Derechos fundamentales de la persona*

*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a:*

*24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:*

*(...)*

**e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.**

En atención a ello, el Tribunal Constitucional<sup>1</sup> en reiterada jurisprudencia, ha establecido que la presunción de inocencia implica que a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad, es decir, hasta que la autoridad competente no haya exhibido los medios probatorios que permitan acreditar lo contrario. Es así que el derecho bajo comentario rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva.

Ahora bien, respecto de la comisión de delitos de índole penal como son los regulados en el artículo 2.1 del Decreto de Urgencia, el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 10166-2005- PHC/TC, ha señalado que “*por la presunción de inocencia, a todo procesado se le considera inocente **mientras no se le pruebe su culpabilidad**, vale decir, **hasta que no se exhiba prueba en contrario**, y rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando **el acusado en una suerte de estado de sospecha durante toda la tramitación del proceso, el cual sólo tendrá fin cuando se expida la sentencia que resuelva definitivamente el caso**”*

En la misma línea, dicho órgano jurisdiccional, en la Sentencia N° 0618-2005-PHC7TC, ha precisado que la sentencia condenatoria debe encontrarse fundamentada en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que tuvo el acusado y, de este modo, lograr desvirtuar la presunción de inocencia.

En tal sentido, se advierte que la presunción de inocencia constituye una garantía constitucional que busca evitar que las personas sean sancionadas, si es que no existe prueba suficiente que permita acreditar con certeza su responsabilidad en la comisión de los delitos que se le imputan. Asimismo, resguarda el derecho que tiene todo sujeto de no ser condenado o declarado responsable de un acto antijurídico fundado en apreciaciones arbitrarias o subjetivas.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Ver Sentencia N° 0618-2005-PHC/TC

<sup>2</sup> Ver Sentencia N° 2868-2004-AA/TC y Sentencia N° 1172-2003-HC/TC

## **g) Función Jurisdiccional – Derecho al Debido Proceso y Tutela Jurisdiccional**

Los derechos de la función jurisdiccional ordenan el desarrollo de los procesos judiciales y resultan la base para garantizar una adecuada administración de justicia, razón por la cual su observancia resulta obligatoria y su aplicación no permite régimen de excepción. Es así que, como parte de dichos principios, se encuentra el referido al debido proceso y la tutela jurisdiccional, tal como establece el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución:

*“Principios de la Administración de Justicia*

*Artículo 139.- **Son principios y derechos de la función jurisdiccional:***

*3. La observancia del **debido proceso y la tutela jurisdiccional.***

***Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”***

Ante ello, se debe tener presente que, a la luz de lo previsto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 04944-2011-PA/TC, el debido proceso supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos

Así, el debido proceso, es un derecho que a su vez contiene diversos derechos fundamentales de orden procesal. Al respecto, se ha afirmado que el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmersa una persona, se realice y concluya con una adecuada administración de justicia<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Ver Sentencia N° 03433-2013-PA/TC

En atención a ello, se ha precisado que el debido proceso implica el libre acceso al órgano jurisdiccional, el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada, ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la posibilidad de defensa, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

#### **h) Función Jurisdiccional – Derecho de Defensa**

Si bien se entiende que el derecho de defensa es un derecho transversal que se encuentra garantizado tanto por el derecho de presunción de inocencia, como dentro del debido proceso, en atención a la relevancia que reviste al mismo, su reconocimiento también se encuentra expreso en la Constitución, tal como establece el numeral 14 del artículo 139°:

*“ Principios de la Administración de Justicia*

*Artículo 139.- **Son principios y derechos de la función jurisdiccional:***

*(...)*

*14. El principio de **no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.** Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.*

El Tribunal Constitucional también ha precisado que el derecho de defensa se vulnera cuando a los titulares de los mismos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa; es decir, cuando se le impide, de modo injustificado argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Ver Sentencia N° 0582-2006-PA/TC y Sentencia N.º 5175-2007-HC/TC

Como punto adicional se deben tener presente que los derechos desarrollados en los párrafos anteriores, al ser reconocidos como derechos fundamentales, son de carácter indisponible, irrenunciable e inalienable; dado que son inherentes a la condición de sujeto de derecho. Es así que, dichas características que los mismos no pueden ser materia de disposición por ningún poder del Estado, es decir, ningún poder público puede generar disposiciones legales que impidan su ejercicio, o peor aún, que no observen su existencia, dado que dicha acción genera una afectación directa al orden constitucional.

No obstante ello, lo contrario sucede con las incorporaciones previstas en el Proyecto de Ley, dado que las mismas pretenden extender las restricciones del Decreto de Urgencia, en lo que corresponde al régimen de retención de importes a ser pagados por el Estado, a personas jurídicas que no resultan Vinculadas con aquellas que han cometido los delitos listados y respecto de las cuales no se ha acreditado, bajo los mecanismo idóneos, que hayan participado directamente en dichos delitos.

#### **i) Irretroactividad de la Ley**

Es importante mencionar que la aprobación de las incorporaciones propuestas en relación a los literales (iv) y (v) del artículo 2.1 del Decreto de Urgencia supondría la aplicación retroactiva del Decreto de Urgencia, sobre aquellas Nuevas Personas Comprendidas que a la fecha no forman parte de algún proyecto en el cual inicialmente participaron con alguna Persona Comprendida, si es que se comprueba que dichas Nuevas Personas Comprendidas participaron en el desarrollo del referido Proyecto junto con la referida Persona Comprendida, al tiempo de la comisión de los delitos indicados en el literal (i) del numeral 2.1 del Decreto de Urgencia. En dicho sentido, la aplicación retroactiva del Decreto de Urgencia sobre la base de los argumentos expuestos también supondría una violación constitucional, en a medida que se desconocería el principio de irretroactividad normativa que se recoge en la Constitución Política de nuestro país.

Asimismo, precisamos que los nuevos literales (iv), (v) y (vi) propuestos dentro del artículo 2.2 del Decreto de Urgencia, los cuales serían incluidos a efectos de ampliar el alcance de la definición de “vinculación” bajo el Decreto de Urgencia, tienen una redacción muy amplia, la cual podría incluir como Nueva Persona Comprendida a cualquier persona natural o jurídica que en algún momento pudo haber tenido como contraparte contractual a cualquier Persona Comprendida, y que como consecuencia de dicha relación contractual hubiese tenido derecho a recibir algún pago por cualquier concepto de parte de la Persona Comprendida que tuvo como contraparte en dicha relación contractual.

En ese sentido, la aplicación del Decreto de Urgencia sobre las Nuevas Personas Comprendidas sería inconstitucional por la no retroactividad de las leyes.

**j) Cambios en el Orden de prelación de pagos**

La modificación al artículo 6.1 establece un orden para destinar los fondos del Fideicomiso de Retención. Dicha disposición ordenaría que primero los fondos sean destinados a pagos de reparaciones civiles a favor del Estado, y luego, sean destinados a pagar créditos de origen tributario del Estado.

Al respecto, consideramos que estableciéndose tal prelación a través del Decreto de Urgencia estaría regulándose en materia tributaria pues se prioriza el pago del crédito de origen tributario (deudas tributarias) frente a cualquier otra obligación de cargo de las Personas Comprendidas, lo que no es posible de realizar vía Decreto de Urgencia. Por lo tanto, dicha propuesta devendría en inconstitucional en la medida que la misma sería una disposición que atentaría contra la prohibición de dictar medidas extraordinarias en materia tributaria en los decretos de urgencia según lo establecido en la Constitución Política.

Asimismo, respecto de la modificación propuesta al artículo 6.2 del Decreto de Urgencia, debemos señalar que si bien se propone contar con un informe previo de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada ("Proinversión") y del Ministerio de Economía y Finanzas ("MEM") a efectos de que el Procurador Público del Estado determine la cifra estimada de reparación civil a favor del Estado, el Proyecto de Ley tampoco contempla el plazo dentro del cual el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ("MINJUS") deberá emitir los lineamientos necesarios para definir el procedimiento que el Procurador Público deberá seguir a efectos de solicitar el informe previo que sería emitido por Proinversión y el MEM ni el plazo máximo que dichas instituciones tendrían para enviar el referido informe a dicho Procurador Público. Asimismo, tampoco se define el plazo máximo que tendría el Procurador Público tras la recepción del informe previo remitido por Proinversión y el MEM para determinar e informar la cifra estimada de reparación civil a favor del Estado a la Persona Comprendida. Por lo tanto, sugerimos que incluya el plazo máximo que tendría el MINJUS para emitir los lineamientos correspondientes indicando el procedimiento señalado anteriormente, así como el plazo límite con el cual contaría tanto Proinversión y el MEM como el Procurador Público, a efectos de determinar e informar la cifra estimada de reparación civil a favor del Estado a la Persona Comprendida.

Finalmente, en cuanto a la aceptación de la propuesta de derogación del artículo 7 del Decreto de Urgencia (el cual determina el plazo de vigencia del mismo), la cual buscaría que la vigencia y los efectos del Decreto de Urgencia sean de carácter permanente, debemos señalar que la aceptación de la misma sería inconstitucional en la medida que la Constitución Política de nuestro país sólo confiere al Congreso de la República la potestad de modificar y derogar decretos de urgencia, sin que el ejercicio de dichas potestades traigan como consecuencia el establecimiento permanente con rango de ley de las medidas extraordinarias dictadas por el Poder Ejecutivo, con la finalidad de revertir una situación excepcional y adversa, la cual para el caso concreto del Decreto de Urgencia es impedir la materialización de los daños que perjudiquen los intereses económicos del Estado como consecuencia de los actos de corrupción cometidos por las Personas Comprendidas bajo el Decreto de Urgencia. En dicho sentido, de querer regularse de manera permanente la aplicación de los alcances del Decreto de Urgencia, dichos alcances deberán ser evaluados por el Congreso de la República mediante un proyecto de ley que sea elaborado para tal fin y seguir el curso ordinario para la aprobación del mismo por parte del poder legislativo como norma con rango de ley.