



¿Una ley contra las ONG?

Carlo Magno

SALCEDO CUADROS(*)

SUMARIO:

I. Introducción. II. Las ONG u ONGD. III. Aspectos controvertidos de la Ley N° 28925. IV. Alcances del Derecho de Asociación. V. Alcances del Derecho a la libre contratación. VI. Conclusiones.

MARCO NORMATIVO:

- **Constitución Política:** art. 2 inciso 13).
- **Ley N° 28925:** arts. 3 incisos 1) y 3), y 4 literal m).

I. INTRODUCCIÓN

El 7 de diciembre último se promulgó la Ley N° 28925, mediante la cual el Congreso de la República modificó la Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional, N° 27692.

Antes de ser aprobado, el proyecto de ley respectivo fue motivo de una aguda polarización entre quienes promovieron su aprobación y quienes se opusieron a ella. Estos consideran que la nueva ley permitirá la interferencia, intervención y control de las actividades de las ONG por parte del Estado, afectando su autonomía privada y violando derechos constitucionales como la libertad de asociación y la de contratación. Aquellos consideran que es necesario que el Estado supervise las actividades de las ONG en la medida en que desempeñan roles de interés público y social.

Entre quienes se opusieron al proyecto de ley está, por ejemplo, la influyente ONG internacional de derechos humanos Human Rights Watch, la cual, en carta dirigida al Presidente de la República antes de la aprobación de la ley, consideró que el proyecto proponía establecer

nuevas restricciones que “obligarán a las ONG locales a someterse a un nivel de interferencia y control estatal que recuerdan a un régimen totalitario”. Según Human Rights Watch, la ley permitiría que el gobierno interfiera en las actividades de las ONG, ya que la modificación de su artículo tercero le otorgaría a la APCI el poder de “supervisar” a las ONG, incluyendo las de derechos humanos, en función de la política nacional de desarrollo y el interés público. Siendo así, “que un organismo gubernamental tenga control supervisor sobre las actividades de las ONG es una violación de los derechos fundamentales y contrario a principios básicos de una democracia que funciona”, y por cierto, según la misma ONG, también violaría el derecho internacional.

De otro lado, mediante comunicado del 6 de noviembre del 2006, la Defensoría del Pueblo, considerando que la aprobación del referido proyecto de ley establecería restricciones al funcionamiento de las organizaciones no gubernamentales, manifestó su preocupación por las

condiciones en las que se estaba realizando el debate del proyecto de ley, invocando que la aprobación de la misma esté precedida de una mayor deliberación pública sobre su pertinencia, dejando en claro que dicho organismo constitucional valora la intención de dotar de mayor transparencia a los actos de todos los componentes de la sociedad.

¿Son fundados los temores de quienes se opusieron y oponen a esta iniciativa legislativa, en el sentido de que afectará derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales? En las siguientes líneas intentaremos realizar un análisis desapasionado e imparcial sobre esta cuestión. Esperamos tener éxito en ese cometido.

Pero antes es necesario comprender a qué nos referimos cuando hablamos de “ONG”.

II. LAS ONG U ONGD

Javier Díaz Albertini es un especialista en el estudio de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) u Organizaciones

TEMA DE DISCUSIÓN

En el presente informe, el autor aborda las situaciones generadas a partir de la promulgación de la Ley N° 28925, que refuerza las funciones de fiscalización de la APCI sobre la ejecución de proyectos de cooperación internacional no reembolsable de las ONG, como, asimismo, respecto al Registro de Proyectos, relativo a las labores que desarrollan estos organismos.

(*) Abogado. Profesor de la Escuela de Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

No Gubernamentales de Desarrollo (ONGD). Del curso que me dictó en la Maestría en Ciencia Política de la PUCP (Tercer sector, capital social y desarrollo) he podido extraer algunas ideas que seguidamente reproduzco.

Las ONG u ONGD son quizá la parte más importante del *tercer sector* (un sector distinto del sector Estado y del sector mercado) en nuestro país, habiendo asumido la tarea de ser coadyuvantes en el objetivo de lograr el desarrollo nacional, dado que su razón de ser es dedicarse a la promoción del desarrollo; siendo la parte del tercer sector o de la *sociedad civil* (denominación más común en nuestro medio) que precisamente ha cumplido y cumple el rol de solucionar las limitaciones e imperfecciones del mercado y del Estado.

La importancia de las ONG u ONGD como parte del tercer sector nacional es tan grande que, usualmente, cuando se hace referencia a la sociedad civil en lo primero en lo que se piensa es en este tipo de organizaciones. De hecho, son la parte más institucionalizada y organizada del tercer sector.

Esta importancia no está dada solamente por la función que han asumido de suplir las limitaciones del Estado y del mercado en materia económica, sino porque las ONG también han desempeñado un importantísimo papel para lograr la democratización de nuestra sociedad, no sólo en términos políticos, como quedó demostrado en la lucha contra la autocracia fujimorista, sino en la democratización social conseguida mediante la elevación del capital social en los sectores menos favorecidos de la sociedad.

Jurídicamente, las ONG no tienen un estatus legal definido en nuestra legislación, por lo que las mismas asumen generalmente la forma jurídica de asociaciones (que son las personas jurídicas de derecho civil sin fines de lucro por excelencia).

Sociológicamente, las ONG nacieron en nuestro país en un contexto de intensa movilización política y de cambio social entre los sesenta y ochenta, basados en un discurso desarrollista. Desde que aparecieron, y en especial en los últimos veinticinco años, se han dedicado y se siguen dedicando a las siguientes tareas:

- Provisión de diversos bienes y servicios públicos y cuasi públicos, usualmente a favor de los sectores más pobres de la sociedad. De este modo han estado y están cerca de los sectores populares, teniendo con ellos una suerte de alianza estratégica.
- Promoción del desarrollo, mediante el fortalecimiento del capital social a través de la educación social popular. Con ello, han contribuido a elevar las capacidades de la gente para actuar

más eficientemente dentro del mercado, o para integrarla al mercado.

- Investigación académica y aplicada, labor en la que han llegado a ser tan o más importantes que las universidades.
- Defensa de los derechos humanos, dentro de cuyos objetivos han luchado por lograr la equidad social en temas como el de género (para lograr el empoderamiento de las mujeres).
- Protección del medio ambiente.
- Diseño y ejecución de proyectos de desarrollo social, habiendo llegado a constituirse en ejecutores de programas gubernamentales, como los programas de Foncodes (Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social del Perú).
- Generación de propuestas de políticas sociales.
- Canalización de recursos provenientes de la filantropía internacional, con lo cual han contribuido y contribuyen a aumentar los recursos financieros destinados a la satisfacción de las demandas sociales.

Es decir, el rol fundamental de las ONG u ONGD ha sido y es promover el desarrollo de los sectores sociales pobres, tanto urbanos como rurales. Esta labor de promoción social ha sido posible gracias al auxilio de la cooperación internacional. La labor de las ONG también ha contribuido a crear condiciones de gobernabilidad y a facilitar el funcionamiento del mercado.

Asimismo, las ONG han contribuido invalorablemente al fortalecimiento de la sociedad civil. Esta contribución se asocia con propuestas políticas de cambio social radical, pero que a diferencia de los años ochenta que se basaban en ideas, ahora se basan en una concepción multicultural y multclasista, como resultado de la influencia de teorías democráticas y liberales. Por ello, ahora hablan de derechos ciudadanos básicos, de la consolidación de la democracia, de la extensión de la reforma del Estado y de la promoción de una cultura empresarial; diversificándose incluso las poblaciones objetivo, de modo que incluyen no sólo a los pobres sino a las micro empresas en tanto sector mas organizado entre los pobres.

Para realizar sus actividades, las ONG se han basado y se siguen basando, fundamentalmente, en la cooperación altruista internacional. Y este es un rubro en el que empiezan a manifestarse problemas para este dinámico sector de la sociedad civil, toda vez que la tendencia actual apunta a que la cooperación internacional disminuirá progresivamente.

Por otro lado, la autonomía de algunas ONG, que es una de las principales virtudes de las mismas, se ha visto relativizada

cuando se han convertido en ejecutores de programas gubernamentales, como en el caso de su participación en los programas del Foncodes. Ello ha alejado a dichas ONG de los sectores populares y les ha hecho perder su capacidad crítica frente al Estado y con ello su capacidad propositiva.

El impacto positivo de las ONG se manifiesta en lo siguiente:

- Al proveer bienes y servicios públicos y cuasi públicos han sustituido tanto al mercado como al Estado cuando han fallado previamente en suministrar dichos bienes y servicios.
- Al diseñar y ejecutar proyectos de desarrollo social han acumulado una rica y amplia experiencia en los temas de políticas sociales.
- Sus propuestas de políticas sociales se basan en un relativo conocimiento acumulado y están dotadas de factibilidad.
- Al trabajar con los sectores menos favorecidos de la sociedad han contribuido a elevar sus capacidades para integrarse y actuar más eficientemente dentro del mercado.
- Al canalizar recursos de la filantropía internacional han contribuido a aumentar los recursos financieros destinados a la satisfacción de las demandas sociales.
- Han respondido más eficientemente que el Estado a las especificidades y heterogeneidad de las demandas y necesidades locales.

Sin embargo, las ONG también han tenido un impacto negativo, que se manifiesta en lo siguiente:

- Muchas veces la relación entre las ONG y las bases ha sido de carácter utilitario, instrumental y hasta "clientelista". Las ONG ha veces han manipulado sutilmente a las organizaciones sociales de base. En otros casos, han ejercido un rol de tutelaje, contradiendo en los hechos la autonomía, participación y autogestión de las mismas.
- Al depender del financiamiento externo para subsistir, su actuación institucional muchas veces está condicionada a las prioridades de las agencias cooperantes, haciendo que desplacen sus enfoques y contenidos en función de dichas prioridades. Esto hace que induzcan a la población con la que trabajan a interesarse en los temas que se saben financiados, para luego presentarlas como iniciativas con origen en las bases.
- Existe la tendencia a que se conviertan en meros agentes ejecutores o prestadores de servicios que deciden "desde arriba", lo que las hace perder autonomía y debilitar su relación con

las bases; por ejemplo en el referido caso de Foncodes

En conclusión, las ONG u ONGD, jurídicamente, son asociaciones o personas jurídicas de derecho privado, constituidas al amparo del derecho constitucional de asociación. Pero no son cualquier tipo de asociación, sino tienen la característica particular de estar dedicadas a coadyuvar al desarrollo nacional, supliendo las limitaciones del Estado y del mercado en materia económica, contribuyendo a la democratización política y social del país y constituyéndose, en algunos casos, en agentes de vigilancia social de la actividad estatal o empresarial, como ocurre en el caso de las ONG de derechos humanos o las ONG ambientalistas. En tal sentido, las ONG desempeñan una función de interés social y público, libremente asumida por sus asociados.

III. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LA LEY N° 28925

Para efectos de nuestro análisis, resulta pertinente reseñar brevemente los aspectos controvertidos de la ley que fundamentalmente son los siguientes:

- a) el presunto otorgamiento de potestad supervisora a la APCI sobre el funcionamiento de las ONG;
- b) la ampliación y el establecimiento de la obligatoriedad de los registros vinculados a la cooperación internacional; y, finalmente,
- c) la tipificación de infracciones y el establecimiento de sanciones a las ONG.

1. ¿Otorgamiento de potestad supervisora a la APCI?

El texto primigenio del numeral 3.1 del artículo tercero de la ley, establecía que la Agencia Peruana de Cooperación Internacional – APCI, “es el ente rector de la cooperación técnica internacional y tiene la responsabilidad de conducir, programar, organizar y supervisar la cooperación internacional no reembolsable, en función de la política nacional de desarrollo, en el marco de las disposiciones legales que regulan la cooperación técnica internacional.”

El proyecto de ley propuso un nuevo texto según el cual la APCI es “el ente rector de la cooperación técnica internacional y tiene la responsabilidad de conducir, programar, organizar, **priorizar** [o **armonizar**, según una versión posterior del proyecto] y supervisar la cooperación internacional no reembolsable, **independientemente de la naturaleza jurídica de la fuente cooperante**, en función de la política nacional de desarrollo **y el interés público**, en el marco de las disposiciones legales que regulan la cooperación técnica internacional.”

Sin embargo, el texto finalmente aprobado por la Ley N° 28925, del numeral 3.1

del artículo tercero de la ley, establece que:

“La APCI es el ente rector de la cooperación técnica internacional y tiene la responsabilidad de conducir, programar, organizar, **priorizar** y supervisar la cooperación internacional no reembolsable, **que se gestiona a través del Estado y que proviene de fuentes del exterior de carácter público y/o privado**, en función de la política nacional de desarrollo, **y por consiguiente gozan de los beneficios tributarios que la ley establece**.”

Se encuentran excluidas del ámbito normativo de la presente ley, las entidades que gestionan cooperación internacional sin la participación de los organismos del Estado; salvo que hagan uso de algún privilegio tributario, exoneración, utilicen de alguna forma recursos estatales o que la entidad cooperante originaria sea un organismo bilateral o multilateral del que el Estado es parte.

Para fines de transparencia, las entidades señaladas en el párrafo precedente tienen la obligación de inscribir en un registro que conduce la APCI, de carácter público e informativo, los proyectos, programas o actividades, así como la ejecución del gasto que realizan con recursos de cooperación internacional privada.

Por excepción, la APCI aplica el literal b) del artículo 22 de la presente Ley, a las entidades que gestionan cooperación internacional sin la participación de organismos del Estado que no cumplan con la obligación contenida en el párrafo precedente”.

Sobre el particular, en primer término cabe precisar que el numeral 3.1 del artículo tercero de la ley, antes de su modificación, ya establecía la potestad de la APCI de supervisar y fiscalizar la cooperación internacional no reembolsable, así como la correcta utilización de los recursos que reciben las ONGD (organizaciones no gubernamentales de desarrollo) domiciliadas en el país; tan es así que mediante el numeral 3.3 del artículo tercero (norma que no ha sido modificada por la Ley N° 28925), se establece que:

“El control, supervisión y fiscalización de la Cooperación Internacional no reembolsable y la correcta utilización de los recursos que reciben las organizaciones no gubernamentales de desarrollo domiciliadas en el país, está a cargo del Director Ejecutivo de la APCI...”⁽¹⁾.

En tal sentido, no es exacto lo manifestado por algunos de los que se opusieron a la aprobación de la ley materia de este comentario, respecto a que esta otorgaría a la APCI el poder de “supervisar” a las ONG en función de la política nacional de desarrollo y el interés público.

La posibilidad que tiene la APCI de supervisar a la cooperación técnica internacional no reembolsable, es una potestad que ya había sido atribuida a dicha agencia de cooperación desde el momento mismo de su creación, en abril de 2002. Asimismo, la Ley N° 28386, vigente desde el 14 de noviembre de 2004, le añadió a la referida potestad supervisora, la de controlar y fiscalizar dicha cooperación internacional, así como la correcta utilización de los recursos que reciben las ONGD domiciliadas en el país.

De otro lado, cabe destacar que la modificación finalmente aprobada del numeral 3.1 del artículo 3 de la ley, ha circunscrito la potestad supervisora de la APCI únicamente a la cooperación internacional no reembolsable que se gestiona a través del Estado, o a aquella que sin estar gestionada con la participación del Estado, haga uso de privilegios tributarios, exoneraciones, recursos estatales o cuando la entidad cooperante originaria sea un organismo bilateral o multilateral del que el Estado es parte.

Entonces, las ONG que gestionan proyectos o actividades financiadas por la cooperación internacional, sin contar para ello con ningún tipo de intervención del Estado, estarían excluidas del ámbito de la ley. No obstante, según la misma norma, estas entidades deben inscribir sus proyectos, programas o actividades en el registro de proyectos que conduce la APCI.

Sobre el particular, debemos señalar que, al circunscribir la potestad supervisora de la APCI a la cooperación internacional gestionada a través del Estado, el texto finalmente aprobado por la Ley N° 28925 pone la discusión en un escenario distinto al ocurrido antes de su aprobación, en cuyo contexto la discusión se centraba en la posibilidad que tendría el Estado de supervisar a cualquiera de las ONG o de establecer prioridades sobre sus proyectos.

Ahora lo que debemos preguntar es si el Estado puede legítimamente supervisar las actividades de las ONG, en el caso que la cooperación internacional utilizada por estas haya sido obtenida gracias a la intervención del Estado o que las actividades realizadas por las ONG

(1) Numeral incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 28386, publicado el 13 de noviembre de 2004.

sean apoyadas de alguna manera por el Estado.

A propósito de dicha interrogante, consideramos que si el Estado ha tenido algún nivel de intervención que haya permitido o facilitado la obtención de la cooperación internacional para la ejecución de un proyecto, sea por haberse constituido en contraparte o socio de la ONG, o sea porque ha decidido ejecutar el proyecto a través de una ONG, es por demás evidente que tiene la legitimidad para supervisar las actividades referidas a dicho proyecto o para establecer prioridades, ya que el Estado mismo se ha constituido en un actor del proyecto.

Asimismo, consideramos que el Estado tiene la misma legitimidad para supervisar las actividades vinculadas a proyectos de las ONG que, en su ejecución, hayan recibido algún privilegio tributario, exoneración o utilicen de alguna forma recursos estatales.

En estos casos, el Estado podría establecer sus prioridades para determinar a qué proyectos apoyará mediante privilegios tributarios, exoneraciones o facilitándole el uso de recursos estatales. Una vez otorgados estos beneficios, los proyectos respectivos deberían poder ser objeto de su supervisión.

En el caso que la entidad cooperante originaria sea un organismo bilateral o multilateral del que el Estado es parte, consideramos que la potestad del Estado debería limitarse a la posibilidad de supervisar los proyectos que han sido financiados con dicha cooperación.

En tal sentido, como se infiere de la norma, si cualquier ONG pretende implementar un proyecto para lo cual ha obtenido el correspondiente financiamiento de la cooperación internacional, sin que para ello haya mediado alguna forma de intervención del Estado, sus actividades no deberían ser objeto de supervisión por parte del Estado, ya que de hacerlo se estaría afectando contra la autonomía privada de la ONG.

2. Ampliación y obligatoriedad de los registros vinculados a la cooperación internacional

El texto primigenio del literal m) del artículo 4 de la ley dispone que, entre otras, la APCI tiene la función de:

“Conducir y actualizar el Registro de Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo (ONGD) Nacionales receptoras de Cooperación Técnica Internacional, el Registro Nacional de Entidades e Instituciones Extranjeras de Cooperación Técnica Internacional (ENIEX), y el Registro de Donaciones conforme a la Ley de Cooperación Técnica Internacional”;

Adicionalmente a dichos registros, la Ley N° 28925 crea los siguientes:

- Registro de Instituciones Privadas sin fines de Lucro Receptoras de Donaciones de Carácter Asistencial o Educativa provenientes de Exterior (Ipreda).
- Registro de Donantes de la Cooperación Internacional.
- Registro de Proyectos (mediante la modificación del texto primigenio del artículo 5 de la ley).

Asimismo, se dispone la obligatoriedad de la inscripción en dichos registros, como requisito para ejecutar la cooperación técnica internacional, independientemente de la naturaleza jurídica de la fuente cooperante.

Queda claro que la obligatoriedad de inscribirse en dichos registros alcanza únicamente a las ONG que ejecuten proyectos cuyo financiamiento de la cooperación internacional utilizada haya sido obtenida gracias a la intervención del Estado, o si sus actividades son apoyadas de alguna manera por el Estado, o si la entidad cooperante originaria es un organismo bilateral o multilateral del que el Estado es parte.

Respecto al Registro de Proyectos, cabe añadir que el nuevo texto del artículo 5 de la Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional, establece que: “Para el efectivo cumplimiento del objeto de la APCI, cada uno de los programas, proyectos o actividades que se ejecuten con recursos de cooperación internacional, deben inscribirse en el Registro de Proyectos. La información sobre tales programas, proyectos o actividades será alcanzada por la fuente cooperante, independientemente de su naturaleza jurídica o nacionalidad, sin perjuicio de la misma obligación para las entidades ejecutoras, incluyendo a las del sector público y con la prescindencia de la modalidad específica a través de la cual se canalicen o aprueben.”

Ahora, ¿tiene el Estado derecho a estar informado sobre las actividades de las ONG aún cuando en sus proyectos no medie intervención de ningún tipo por parte del Estado? ¿Se puede obligar a todas las ONG a que registren sus programas, proyectos o actividades en el Registro de Proyectos?

Consideramos que, con el objeto de que el Estado tenga información que le permita una mejor planificación de sus propias políticas públicas o sociales, es necesario que cuente con información de los programas o proyectos de interés social o público ejecutados por las ONG, en general.

En tal sentido, consideramos que la norma que dispone que las ONG deben inscribir sus programas, proyectos o actividades en el Registro de Proyectos de la APCI es necesaria y no afecta derecho constitucional alguno. Cabe aclarar que

la obligación de las ONG se limita en este caso a la información que deben brindar al Estado, pero en ningún caso ello autoriza al Estado a realizar una aprobación previa, a observar o a censurar el proyecto correspondiente.

En caso de incumplimiento por parte de las ONG de su deber de informar al Estado, se aplica únicamente la sanción de multa de hasta 50 UIT, contenida en el literal b) del artículo 22 de la Ley, conforme a su nuevo texto.

3. Tipificación de infracciones y establecimiento de sanciones

La Ley N° 28925 adiciona un Título V a la Ley N° 27692, referida a infracciones y sanciones. En tal sentido, incorpora como artículo 21 de la Ley N° 27692, uno referido a las infracciones sujetas a la potestad sancionadora de la APCI, siendo estas infracciones las siguientes:

- No inscribirse o no renovar inscripción en los registros de la APCI.
- Presentar información falsa o adulterada para conseguir la inscripción, renovación o actualización de los registros, facilidades, exoneraciones, privilegios, devolución de impuestos o cualquier otro beneficio.
- No presentar el Plan Anual de actividades para el año de inicio, así como el Informe Anual sobre actividades realizadas.
- No presentar el Informe de Actividades asistenciales o educativas realizadas el año precedente.
- No exhibir, en un proceso de fiscalización, la documentación sustentatoria de la ejecución de los proyectos de cooperación internacional no reembolsable, así como de sus fuentes de financiamiento.
- Destruir bienes, registros, documentos, informe y proyectos respecto a sus actividades.
- Hacer uso indebido de los recursos y donaciones de la cooperación técnica internacional o aplicar los mismos a fines distintos para los cuales fueron proporcionados.
- Hacer uso prohibido, no autorizado o ilícito de facilidades, exoneraciones, inmunidades y privilegios específicos concedidos por ley o reglamento, cuando los mismos se hayan conseguido por actividades vinculadas a la cooperación técnica internacional no reembolsable.
- Orientar los recursos de la cooperación técnica internacional en actividades que afecten el orden público, las buenas costumbres o perjudiquen la propiedad pública o privada.
- Las demás infracciones que se establezca, vía decreto supremo, por el incumplimiento de la normatividad que regula la cooperación técnica internacional.

Asimismo, la Ley N° 28925 incorpora como artículo 22 de la Ley N° 27692, uno referido a las sanciones derivadas de las infracciones mencionadas, siendo estas, según la gravedad de la infracción cometida, las siguientes:

- Amonestación por escrito.
- Multa de hasta 50 UIT de acuerdo con la escala de multas y sanciones.
- Suspensión temporal de los beneficios que otorga la inscripción en los registros de la APCI hasta que se repare la omisión o se cumpla debidamente con la norma infraccionada.
- Cancelación de la inscripción en los referidos registros.

Asimismo, dispone que el directivo, administrador, asesor, representante legal o apoderado de la entidad a la que se cancela la inscripción en los referidos registros, no podrá participar directa o indirectamente en otra entidad ejecutora de cooperación internacional, por el plazo de cinco años.

Finalmente, se especifica que la imposición de las sanciones aludidas no exime a los infractores de la responsabilidad civil o penal a que hubiera lugar.

Respecto a las faltas y sanciones, consideramos que su establecimiento es una necesidad, ya que toda norma legal, para que sea eficaz, debe contener los mecanismos jurídicos idóneos que permitan que las obligaciones establecidas por ella sean efectivamente cumplidas por sus destinatarios. Y, en el Derecho ese mecanismo es la sanción, la misma que requiere de la previa tipificación de las infracciones a la norma.

IV. ALCANCES DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

Se ha especulado que la ley materia de este comentario afectaría el derecho constitucional de asociación reconocido por el inciso 13 del artículo 2 de la Constitución.

Al respecto, debemos señalar que el derecho de asociación consiste en la libertad que tienen las personas para reunirse entre ellas, con objetivos o intereses en común, sean estos de carácter político, económico, religioso, gremial, deportivo, cultural, o de cualquier índole; comprendiendo no sólo el derecho de asociarse, sino también el de establecer la organización propia del ente constituido, así como la delimitación de sus finalidades con sujeción a la Constitución y a las leyes.

En tal sentido, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el contenido esencial del derecho de asociación está constituido por:

- a) El **derecho de asociarse**, entendiendo por tal a la libertad de las personas para constituir asociaciones, así como

la libertad de pertenecer a aquellas ya constituidas.

- b) El **derecho de no asociarse**, es decir, el derecho de no ser obligado a formar parte de una asociación o la libertad para dejar de pertenecer a la asociación.
- c) La **facultad de auto organización**, es decir, la posibilidad de que la asociación decida libremente, sin ninguna ingerencia, su propia organización que se materializa a través de su estatuto, el cual vincula a todos los asociados. El principio de auto organización permite encauzar el cumplimiento de los fines y objetivos de la asociación de la manera más conveniente a los intereses de las personas adscritas a ella.

Las tres dimensiones mencionadas del derecho de asociación, implica que en ninguna de ellas debe existir ingerencia estatal. Es decir, debe operar un casi absoluto abstencionismo estatal, en cuyo caso la intervención del Estado sólo podría admitirse ante la afectación del orden legal o de los derechos de terceros.

Las dos primeras dimensiones del derecho de asociación, le pertenecen fundamentalmente a los individuos, quienes tienen la plena libertad, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, de constituir una asociación, pertenecer, no pertenecer o dejar de pertenecer a ella. La auto organización es, más bien, una dimensión que le pertenece a los individuos ya agrupados en una asociación; es decir, le pertenece al colectivo.

Dicho esto, consideramos que el establecimiento de competencias supervisoras o fiscalizadoras a alguna entidad estatal respecto a cierto tipo de asociaciones, como son las ONG, en principio, no afecta el derecho de asociación reconocido por el inciso 13 del artículo 2 de la Constitución. Y no lo afecta porque no restringe ninguna de las tres dimensiones señaladas del derecho de asociación: el derecho de asociarse, el derecho de no asociarse, ni la facultad de auto organización.

Sin embargo, eventualmente podría afectar otro derecho constitucional, el de la libre contratación, el mismo del que pueden ser titulares tanto las personas naturales (los individuos) como las personas jurídicas, entre las que se encuentran las asociaciones y, por cierto, las ONG.

V. ALCANCES DEL DERECHO A LA LIBRE CONTRATACIÓN

De conformidad con el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución, toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

En este punto es menester precisar que cuando se alude a la persona, debemos entenderla como aquella entidad titular

de derechos subjetivos, sea esta una persona natural o física, es decir, un individuo, o sea esta una persona jurídica, moral o colectiva, es decir, alguna forma de organización con capacidad jurídica, como lo son las asociaciones o las ONG.

Esta cláusula constitucional establece, entonces, la libertad que tienen las personas naturales o jurídicas, para celebrar cualquier tipo de contrato, siempre y cuando el objeto del contrato tenga fines lícitos o, lo que es lo mismo, que tenga fines no prohibidos por ley.

Esta libertad contractual es coherente con el derecho a la libertad, consagrado por el inciso 24 del mismo artículo constitucional, cuya consecuencia es que las personas pueden actuar según su libre albedrío, dentro de los parámetros del ordenamiento jurídico, lo cual se resume en el axioma jurídico según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

El derecho a la libre contratación tiene dos dimensiones:

- a) La **libertad de contratar**, que es la facultad de decidir cómo, cuando y con quién se contrata.
- b) La **libertad contractual**, que consiste en la libertad de decidir el contenido del contrato.

Teniendo en cuenta lo señalado, cabe preguntarse: ¿el establecimiento de competencias supervisoras o fiscalizadoras a alguna entidad estatal respecto a las ONG, afecta el derecho de estas asociaciones a la libre contratación? ¿Puede el Estado supervisar las actividades de las ONG sin afectar el derecho constitucional a la libertad de contratación? Depende.

Siendo las asociaciones, entre ellas las ONG, personas jurídicas de derecho privado, se rigen por el principio de la autonomía privada o autonomía de la voluntad. Es decir, como hemos señalado, deberían poder contratar libremente, siempre y cuando el objeto del contrato no esté prohibido por ley.

Entonces, en principio, consideramos que el Estado no puede establecer condiciones o prioridades respecto a los proyectos ejecutados por las ONG con ayuda de la cooperación internacional, ya que con ello violaría la autonomía privada y la libertad de contratación de las ONG y de sus fuentes cooperantes.

Sin embargo, si el Estado ha participado como socio, aval o contraparte para que la ONG haya podido obtener el financiamiento respectivo, o si la cooperación internacional es otorgada directamente al Estado y este ejecuta los proyectos encargándolos a las ONG, o si el Estado ha contribuido a la ejecución del proyecto; en todos estos casos, consideramos que el Estado tiene la potestad de supervisar

tales proyectos así como de establecer sus prioridades.

En tal sentido, al haber la Ley N° 28925 aprobado un texto que circunscribe las potestades de la APCI de supervisar y de establecer prioridades a la cooperación internacional no reembolsable que se gestiona a través del Estado o que cuenta con su participación o apoyo, consideramos que se ha salvado la que consideramos era la observación más fundada al proyecto de ley original.

VI. CONCLUSIONES

La Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional, desde sus inicios, ya establecía la potestad supervisora, controladora y fiscalizadora de la APCI respecto a la cooperación internacional no reembolsable canalizada a través de las ONG; sin embargo, no establecía mecanismos idóneos, desde el punto de vista de los objetivos de la ley, para ejercer dicha supervisión. En tal sentido, la Ley N° 28925 lo que hace es incorporar tales mecanismos a través de la creación de nuevos registros y del establecimiento de infracciones y sanciones.

El establecimiento de competencias supervisoras o fiscalizadoras a la APCI respecto a las ONG, no afecta el derecho

fundamental de asociación reconocido por el inciso 13 del artículo 2 de la Constitución, dado que no restringe ninguna de las tres dimensiones del derecho de asociación: el derecho de asociarse, el derecho de no asociarse y la facultad de auto organización.

El proyecto de ley original, que hacía extensivos a todas las ONG los mecanismos de supervisión y control que se pretendían implementar, así como la potestad del Estado de "priorizar" la cooperación internacional, de haberse aprobado en sus términos originales hubiera afectado el derecho constitucional a la libre contratación.

Sin embargo, al texto finalmente aprobado por la Ley N° 28925, que circunscribe la potestad supervisora del Estado únicamente a la cooperación internacional que haya sido obtenida gracias a la intervención del Estado o cuando las actividades realizadas por las ONG sean apoyadas de alguna manera por el Estado, no afecta el derecho a la libre contratación, ya que en este caso el Estado interviene como contraparte o socio en la formulación del proyecto, o ejecuta a través de las ONG proyectos del propio Estado financiados por la cooperación internacional, o contribuye a la ejecución del proyecto mediante exoneraciones, beneficios tributarios o permitiendo el uso

de recursos estatales, o es parte integrante del ente cooperante.

Entonces, concluimos que es legítimo que el Estado realice actos de fiscalización sobre la ejecución de los proyectos de cooperación internacional no reembolsable, siempre y cuando haya participado como socio, aval o contraparte para que la ONG haya podido obtener el financiamiento. Asimismo, debería poder fiscalizar la ejecución de los proyectos gubernamentales encargados por el mismo Estado a las ONG o cuando haya contribuido a la ejecución del proyecto.

Respecto al Registro de Proyectos, consideramos que sí es de interés público que el Estado se encuentre informado de labor que realizan las ONG. Sin embargo ello no autoriza al Estado a interferir en sus actividades. El objetivo del Registro de Proyectos no debe ser otro que proveer al Estado de información necesaria para que pueda realizar una mejor planificación de sus políticas públicas o sociales.

En conclusión, consideramos que el debate público realizado sobre el tema ha incidido para que la ley finalmente aprobada supere varias de las observaciones que se le habían formulado. Consideramos, entonces, que las modificaciones aprobadas por la Ley N° 28925 no contienen aspectos que afecten derechos constitucionales.

FE DE ERRATAS

Por un lamentable error de edición, en el artículo del doctor Miguel Caroy Zelaya "La experiencia en ventas como factor determinante en la evaluación de propuestas en bienes ¿más sabe el diablo por viejo que por diablo?", aparecido en la sección "Actualidad Administrativa" de nuestro número de febrero de este año, se consignó una errata, la cual corregimos a continuación

Dice:

Miguel Caroy Seminario

Debe decir:

Miguel Caroy Zelaya