

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL



ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL	Una “ley contra las ONG” que no lo es tanto	47
LEY EN SU JURISPRUDENCIA	La libertad de expresión y censura previa	76
ENTRE CORCHETES COMENTARIOS Y ANOTACIONES	El recurso de agravio constitucional. ¿Cuáles son sus requisitos de su procedencia?	81
TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES	Proceso competencial	92



Análisis y crítica jurisprudencial

UNA “LEY CONTRA LAS ONG” QUE NO LO ES TANTO

Carlo Magno SALCEDO CUADROS(*)

TEMA RELEVANTE



El autor analiza críticamente el fallo del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional la exigencia de inscribir la ejecución de los gastos de las ONG y la disposición que facultaba a la ACPI a sancionar a las ONG con la cancelación de su inscripción, pues ello solo puede hacerlo el órgano jurisdiccional competente; y por lo cual también es inconstitucional el impedimento a los funcionarios de las entidades cuya inscripción se haya cancelado de volver a ejercer el mismo cargo u otro similar. En su opinión, si bien el fallo declara la inconstitucionalidad de dos extremos puntuales de la Ley N° 28925, en lo fundamental ha confirmado su constitucionalidad.

**LUIS MIGUEL SIRUMBAL RAMOS Y 8.438 CIUDADANOS Y CONGRESISTAS DE LA REPUBLICA
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
(...)**

III. NORMAS CUESTIONADAS

LEY N° 28875, LEY QUE CREA EL SISTEMA NACIONAL DESCENTRALIZADO DE COOPERACIÓN

Artículo 2.- Ente Rector

(...)

Artículo 5.- Registro previo

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Candidato a magíster en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Escuela de Ciencia Política de la UNMSM.

(...)

LEY N° 28925, LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 27692, LEY DE CREACIÓN DE LA AGENCIA PERUANA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL - APCI

Artículo 1.- Modificación del párrafo 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27692

(...)

Artículo 2.- Modificación de los literales f), m) y r) y adición de los literales s), t) y u) en el artículo 4 de la Ley N° 27692

(...)

Artículo 3.- Adición de párrafos al artículo 5 de la Ley N° 27692

(...)

Artículo 6.- Modificación del literal c) y adición del literal d) en el artículo 9 de la Ley N° 27692

(...)

Artículo 9.- Adición del Título V a la Ley N° 27692

Adiciónase el Título V y los artículos 21 y 22 a la Ley N° 27692, con los siguientes textos:

”TÍTULO V: INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo 21.- Determinación de las infracciones

(...)

Artículo 22.- Sanciones

(...)

IV. ANTECEDENTES**1. Demandas****A) Respecto al Expediente N° 0009-2007-PI/TC**

Con fecha 23 de abril de 2007, los demandantes interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1, artículo 2 (incisos f y m del artículo 4 que modifica), artículo 3, artículo 6 y artículo 9 (último párrafo del artículo 22 e incisos 7 y 9 del artículo 21 que incorpora) de la Ley N° 28925, y contra los artículos 2 y 5 de la Ley N° 28875; solicitando que se declaren inconstitucionales por vulnerar el principio constitucional de igualdad, el derecho a la vida privada, a la autodeterminación informativa, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, la libertad de contratación, la libertad de asociación y el derecho a participar en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, el derecho al trabajo, el derecho al libre acceso a la función pública y los principios constitucionales del Derecho Administrativo sancionador, establecidos en los artículos 2 incisos 2), 5), 13), 14) y 17), 22, y 62 de la Constitución.

Sustenta la inconstitucionalidad de la disposición impugnada en las siguientes consideraciones:

- Antes de la entrada en vigencia de las normas impugnadas, solo era necesario que estas personas jurídicas extranjeras se inscribieran en el registro de Eniex, si sus actividades en nuestro país comprendían la canalización o gestión de recursos de la Cooperación Técnica Internacional, a través

de instancias estatales peruanas, mientras que en los demás casos dicha inscripción era totalmente facultativa.

- La simple observación de los beneficios, privilegios y exoneraciones, que se pueden conceder a algunos proyectos que las entidades que ejecutan Cooperación Técnica Internacional, demuestra que la participación del Estado resulta ser mínima o poco significativa.
- La existencia de alguna semejanza no es suficiente para justificar el mismo trato a situaciones distintas. Es necesario que esta semejanza sea tal, que haga irrelevantes sus diferencias. Y eso no ocurre en el presente caso, si se atiende que el tipo de participación del Estado, exigida para la gestión de recursos de Cooperación Técnica Internacional, es cualitativamente distinta de la que se despliega al brindar exoneraciones y privilegios. No solo porque la primera es activa y la segunda pasiva, sino porque en este último caso, no se trata de privilegios significativos, sino más bien ínfimos.
- La transparencia en la actuación de las entidades de cooperación técnica internacional se encuentra garantizada mediante mecanismos privados de autorregulación, no de imposiciones que provengan desde el Estado. Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que las fuentes cooperantes son las principales interesadas en el cumplimiento de los objetivos trazados y en que se destine los fondos donados a los propósitos que se comprometen a alcanzar.

B) Respecto al Expediente N° 0010-2007-PI/TC

Con fecha 7 de abril de 2007, treinta congresistas de la república, plantean demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2, 3, 6 y 9 de la Ley N° 28925, a través de la cual se modifica la Ley N° 27692, Ley de creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI). Asimismo, contra los artículos 2 y 5 de la Ley N° 28875, Ley que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación Internacional no Reembolsable (SIND-CINR). Manifiestan que las citadas normas, vulneran los derechos a la igualdad ante la ley, el derecho a la vida, los derechos de autodeterminación informativa, el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. Asimismo, sostienen que dichas normas, afectan los derechos a la libertad de contratación, de propiedad, de asociación, de participación en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, al principio de tipicidad de las sanciones administrativas y el derecho al trabajo.

Los fundamentos principales en que se ampara la demanda son:

- El artículo 1 de la Ley N° 28925, vulnera el derecho de igualdad, equiparando arbitrariamente y otorgando el mismo tratamiento legal a dos grupos de destinatarios de los recursos de la Cooperación Técnica Internacional que se encuentran en situaciones distintas, cuando no existe ninguna similitud natural entre ambos grupos de entidades que justifique someterlas al mismo tratamiento de fiscalización y control, sino que la supuesta similitud resulta impuesta por efecto de la propia norma.

- Se pretende que las organizaciones privadas brinden al Estado información que no contiene un interés público o social que justifique objetivamente su intromisión o de los particulares. Lo que evidencia una vulneración del derecho a la vida privada.
- Por otro lado, manifiestan que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados se encuentra vulnerado a consecuencia de que el artículo 1 antes citado obliga a las organizaciones a registrar sus proyectos, programas o actividades que ejecuten con recursos privados de la Cooperación Técnica Internacional, sin ninguna participación del Estado.
- Se configura una vulneración del contenido esencial del derecho a la libre contratación, en tanto le otorgan facultades a la APCI para poder actuar directamente sobre los términos contractuales privados celebrados entre las entidades ejecutoras y sus entidades cooperantes, al señalar que la APCI puede priorizar la Cooperación Técnica Internacional No Reembolsable. Ello implica que la APCI puede orientar los recursos de la Cooperación a los fines de la política estatal aún cuando estos fueran distintos a los acordados por el donante y la entidad ejecutora. En ese sentido, lo que hacen estas normas es convertir a la APCI en una supervisora del cumplimiento de los contratos celebrados entre entidades privadas, en donde nada tiene que hacer el Estado más que permitir la libertad de contratación.
- En cuanto a la vulneración a la libertad de asociación y del derecho a participar en la vida política, económica, social y cultural de la nación, consideran que la norma impugnada impone requisitos administrativos previos que entorpecen e impiden el cumplimiento de los fines de las organizaciones de la Cooperación Técnica Internacional, en ejercicio libre y legítimo de su libertad de asociación; puesto que las inscripciones que se exigen como obligatorias ante la APCI, imponen barreras administrativas irrazonables para su funcionamiento.
- Finalmente, se precisa que el artículo 9 de la norma impugnada, sanciona conductas expresadas en términos imprecisos, ampliando el margen de discrecionalidad para la administración, lo que produce una vulneración del principio de tipicidad en la previsión de las infracciones administrativas.

2. Contestación de la demanda

(...)

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

(...)

VI. FUNDAMENTOS

§1. Las relaciones entre el modelo de Estado Democrático y Social de Derecho con la sociedad civil

1. (...).
2. (...)¹.
3. Asimismo, esta sociedad civil organizada que sirve a la realización de intereses públicos es, por antonomasia, manifestación

de la íntima vinculación entre la Constitución y el Sector Privado, entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado. Configurándose así, un sector *non profit*—no lucrativo—o sector “privado social” identificado con un ámbito organizativo diferente tanto del Estado como del mercado, pero igualmente vinculado a la Constitución en el proceso de cambio de las concepciones, desde una ética individual de la voluntad y la libertad a una ética social de la responsabilidad solidaria; esto es, no solo el poder público sino también la sociedad y algunos de sus miembros responden de la existencia social de los demás miembros de la sociedad².

4. Llevadas estas consideraciones al ámbito de la *praxis* nacional, permite constatar que la función y presencia de los agentes de la sociedad civil en los procesos y cambios acaecidos en el Perú contemporáneo, han aumentado extraordinariamente, sobre todo durante los dos últimos decenios. Y durante ese tiempo, han demostrado su poder colectivo para establecer programas (no solo influir en ellos), así como de cooperar con las posiciones de los encargados de formular las políticas. Pues bien, como ventajas de esta forma de gestión se encuentran la disminución de costes y la mayor flexibilidad operativa. Pero quizás quepa conceptuar causas no ya solo reconducibles a la eficiencia de los servicios (optimización de recursos), sino a su misma eficacia (consecución de fines) en el área de los llamados servicios sociales en sentido amplio o servicios a la persona (educación, cultura y, sobre todo, asistencia sanitaria y social).

(...)

5. Para fines del análisis a realizar por este colegiado, son de especial interés los agentes denominados en sentido lato como ONG. Es decir, aquellas organizaciones no gubernamentales que tienen por objeto servir a los intereses públicos aludidos mediante la prestación de servicios específicos. (...).

En nuestro país, diversos resultados consagran la importancia de las ONG, en tanto agentes de la sociedad civil y partes interesadas fundamentales para que el desarrollo sea sostenible, no exentas del debate público.

§2. Función constitucional del Sistema de Cooperación Técnica Internacional peruano

6. La Constitución consagra derechos subjetivos e intereses objetivos que los Estados deben respetar y garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción, en un marco de promoción del “bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación” (artículo 44 de la Constitución).

1 Vaquer Caballería, Marcos. “Las relaciones entre Administración Pública y Tercer Sector, a propósito de la asistencia social en Italia”. En Revista de Administración Pública, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Núm. 152, Mayo - agosto 2000, pp. 289-337.

2 Hesse, Konrad. “Derecho Constitucional y Derecho Privado”. Madrid: Civitas, 1995, p. 73.

7. Sin embargo, tal como ha sido señalado, su realización contemporánea atraviesa por la cooperación de la labor realizada por entidades y organizaciones de iniciativa privada, normalmente sin ánimo de lucro, dirigidas a fines de solidaridad social, y que reciben la denominación de “Organización No Gubernamental de Desarrollo receptora de Cooperación Técnica Internacional” (ONGD - Perú) y que integran el Sistema Nacional de Cooperación Técnica Internacional.

(...)

8. Su funcionamiento encuentra respaldo constitucional en el artículo 2 inciso 13) que reconoce el derecho “A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa”, e inciso 17) “A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, y el principio de distribución del moderno Estado Constitucional, en función del cual “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (artículo 2 inciso 24, literal a).

9. En atención a ello, las consideraciones teleológicas y finalísticas del Sistema de Cooperación Técnica Internacional se realizan en consonancia con el principio de la autonomía de la voluntad, en particular preservando y garantizando la personalidad del ser humano, cuya autodeterminación debe desenvolverse con responsabilidad; estos son, aquellos elementos que hacen de la Constitución también, el baluarte de la libertad y los deberes sociales.

De allí que la validez de la regulación normativa de su funcionamiento resulta ser objeto de particular interés para este colegio, pero siempre que no viole la Constitución.

§3. Competencias de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI)

10. La Cooperación para el Desarrollo o Ayuda Oficial al Desarrollo o Cooperación Técnica Internacional (CTI) se entiende como un conjunto de actuaciones y herramientas de carácter internacional orientadas a movilizar recursos e intercambiar experiencias entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo para alcanzar metas comunes estipuladas en la agenda mundial y basadas en criterios de solidaridad, equidad, eficacia, sostenibilidad, corresponsabilidad e interés mutuo³.

11. La APCI creada mediante Ley N° 27692, publicada con fecha 12 de abril del 2002, como un organismo público descentralizado adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores, tiene como misión conducir esta cooperación técnica internacional no reembolsable en el territorio de la República del Perú como ente rector, para ayudar a ejercer el derecho al desarrollo y la equidad, sumándose al esfuerzo de proteger y lograr la dignidad de la persona humana, garantizando la participación ciudadana y del Estado.

12. De acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Ley N° 28925, la responsabilidad de la APCI de conducir, programar,

organizar, priorizar y supervisar la cooperación internacional no reembolsable, es con respecto de los siguientes sujetos (competencia *ratione personae*):

- (i) Entidades que gestionan cooperación internacional 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.
- (ii) Entidades que gestionan cooperación internacional sin la participación de los organismos del Estado; salvo que hagan uso de algún privilegio, beneficio 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.

Este segundo supuesto introducido por la presente norma, incluye en el ámbito de competencias de la APCI a aquellas entidades que gestionan CTI sin la participación del Estado, pero gozan de algún beneficio, exoneración o privilegio estatal; lo que a decir de los demandantes supone una vulneración del principio-derecho de igualdad, puesto que antes de la modificación introducida por la norma impugnada, estas entidades se inscribían voluntariamente para la obtención de los mismos.

§4. Del fundamento constitucional y legitimidad de la sentencia interpretativa a recaer en el presente proceso de inconstitucionalidad

(...)

§5. Del artículo 1 de la Ley N° 28925 que establece el régimen de control y supervisión de la APCI y la alegada afectación del principio-derecho de igualdad

18. El artículo 1 de la N° 28925, en el extremo que modifica el primer y segundo párrafo del artículo 3.1. de la Ley de Creación de la APCI

(...)

19. De manera previa a la dilucidación de tal tema, este colegio considera necesario efectuar algunas precisiones a fin de que se comprenda, cabalmente, el análisis que se va a realizar. En primer lugar, se delimitará la igualdad: como derecho y como principio constitucional; y, en segundo, se aplicará el test de igualdad, a fin de determinar, en el caso concreto, si existe o no la alegada transgresión.

20. La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2 de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que

3 Fuente APCI. En http://www.apci.gob.pe/portal4/cooperacion_conceptos-definicion.html

no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable⁴.

Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscriben todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.

21. Ahora bien, a efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del principio-derecho a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir nuevamente este tribunal es al test de igualdad, que es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del principio-derecho a la igualdad⁵.

Dicho test se realiza a través de tres subprincipios: 1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2. Subprincipio de necesidad; y 3. Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu⁶.

22. Expuestas estas precisiones, se procederá a aplicar el test mencionado al caso sub júdice.

(i) Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

Así, se debe determinar si con el establecimiento de dicha obligación de someterse al control y supervisión de la APCI se persigue un fin constitucionalmente legítimo y si, para ello, dicha equiparación entre las entidades vinculadas a la ejecución de la CTI. Con respecto al primero, esto es, el objetivo constitucionalmente legítimo, debe tenerse en cuenta que la Constitución declara

que “(...) el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico (...)” (artículo 23); asimismo, que “(...) son deberes primordiales del Estado (...) promover el desarrollo general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación” (artículo 44); y, finalmente que “(...) el Estado orienta el desarrollo del país”.

De una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales mencionadas, puede concluirse que una de las finalidades esenciales del Estado social y democrático de Derecho es promover el desarrollo integral del país, y que su legitimidad radica en alcanzar el progreso social y económico de la Nación; especialmente, como señala la Constitución (artículo 59) “(...) los sectores que sufren cualquier desigualdad (...)”. Para lo cual, el Estado no está impedido de controlar y fiscalizar a todas aquellas entidades que comprometen fondos de la CTI orientados a la realización de intereses públicos.

(...)

Ello es así porque el Estado es el representante del interés general y no puede actuar de forma distinta a los mandatos constitucionales que le imponen la satisfacción del mismo. El modelo de Estado social y democrático de Derecho no podría tener otra finalidad.

En consecuencia, a juicio de este Tribunal, no se ha acreditado que el régimen de control y supervisión de la APCI constituya un medio que no sea idóneo para el logro de los fines de desarrollo equitativo e integral que subyacen a los postulados propios de un Estado social y democrático de Derecho. Por tanto, el primer principio constitutivo del test de razonabilidad o proporcionalidad se cumple en los términos que el propio subprincipio exige.

(ii) Subprincipio de necesidad. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

En el caso concreto se puede señalar que la obtención por determinadas entidades de un beneficio patrimonial (como son las exoneraciones tributarias) producto de la gestión de CTI para la satisfacción de intereses públicos, hacia los cuales el Estado tiene un especial deber de protección y garantía, justifica el someterse a determinados controles como el que representa el procedimiento

4 STC Nº 0048-2004-PI, Caso Regalías Mineras (f. 60).

5 STC Nº 0045-2004-PI, Caso Profa I (f. 60).

6 STC Nº 0016-2002-AI, STC Nº 0008-2003-AI, STC 0048-2004-AI, STC Nº 0025-2005-AI y STC Nº 0026-2005-AI.

de inscripción ante el Registro de la APCI (que será analizado *infra*).

(...)

Por ello, este Colegiado debe ratificar que resulta válido que el ámbito de aplicación de la norma impugnada en el presente proceso, se encuentre determinado por el criterio tributario, según señala el artículo 1 de la Ley N° 28925 que establece el régimen de control y supervisión de la APCI; sin embargo, en este punto será necesario establecer que la referida norma no impide que todas aquellas entidades que gestionan y ejecutan recursos de la CTI sin la participación del Estado y que al momento de publicarse la norma, recibían algún privilegio, beneficio tributario, exoneración o utilizaban de alguna forma recursos públicos puedan retrotraerse en la decisión de someterse al régimen de supervisión y control de la APCI, renunciado para ello a dichos beneficios patrimoniales.

Siendo este medio idóneo para tal fin, el legislador ha previsto que sea la APCI el organismo público descentralizado encargado de dicho control y supervisión. Por tal motivo, y a criterio de este Colegiado, esta medida no es gravosa ni tampoco vulnera el derecho-principio a la igualdad, sino que por el contrario equipara el tratamiento jurídico, en lo que corresponde, de entidades que en sus finalidades son las mismas; dejando librada la posibilidad en dicha entidades de no someterse al íntegro del régimen de control y fiscalización de la APCI, no pudiendo en razón de ello acceder a los privilegios y beneficios otorgados por el Estado (renuncia a dichos beneficios patrimoniales). Y si ello es así, con mayor razón, aquellas entidades que optaron por no inscribirse en la APCI y prescindir de los beneficios derivados del régimen de CTI administrado por la APCI, no se verían obligados a someterse a la fiscalización y control desarrollados a través de dicha agencia estatal.

(...)

(iii) Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.

En ese punto debe esclarecerse si la realización del fin perseguido de dotar de integración, coherencia, transparencia y publicidad al sistema de gestión de CTI es proporcional a la exigencia del control y supervisión por la APCI. En este sentido, cabe remarcar que tal como lo ha señalado en abundante jurisprudencia este tribunal en el modelo de Estado sometido a la fuerza normativa y valorativa de la Constitución no cabe admitir la existencia de zonas exentas de control, que en este caso se ha encargado a la Administración Pública; sin perjuicio, que un supuesto de exceso del ejercicio de dichas competencias dichas entidades puedan recurrir a las vías jurisdiccionales que correspondan –y subsidiariamente a la jurisdicción constitucional– a fin de que pueda adoptar criterios objetivos y razonables. De otro modo, se esta-

ría admitiendo la posibilidad de decisiones arbitrarias lo cual está vedado en un Estado de Derecho, donde “los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”, mencionados en el artículo 3 de la Constitución, respaldan el derecho de toda persona humana –y en lo que sea extensivo a las personas jurídicas– a exigir un uso razonable de los poderes públicos, derecho que se refuerza con la sujeción de todo el Estado al principio de distribución, por el que su poder siempre está limitado por la Constitución y las leyes, como proclama el artículo 45 del texto constitucional.

En atención a ello, una fiscalización proporcional por parte de la APCI redundará en el propio fortalecimiento de las ONGD que actúen seriamente en la esfera del desarrollo, ayuda de emergencia o protección ambiental o que representen intereses de segmentos pobres o vulnerables de la población.

Ahora bien, la aplicación del test de razonabilidad o proporcionalidad a este caso concreto, en cuanto se refiere a la supuesta vulneración del principio de igualdad, permite concluir que la Ley N° 28925 no es discriminatoria, y, por tanto, no vulnera el mencionado principio-derecho. (...)

Puesto que le está permitido al Estado expedir leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas (artículo 103 de la Constitución), y también, en virtud de su *ius imperium* tiene facultad de legislar incorporando *ex novo* obligaciones que no sean irrazonables. Incluso, esta constatación encuentra sustento en la llamada teoría de los hechos cumplidos, que permite resolver las posibles antinomias que podrían presentarse entre disposiciones de rango legal por su aplicación en el tiempo, pero bajo ningún supuesto comprometen un análisis de validez o invalidez.

23. Entonces, ¿cuál es la cuestión constitucional comprometida en el caso sub júdice? No podría ser la verificación sobre si se ha producido un cambio en la regulación legal vigente en materia de control y fiscalización de las ONGD, sino evaluar si este régimen legal deviene en ilegítimo en tanto compromete irrazonablemente otros bienes de relevancia constitucional.

§6. Del artículo 1 de la Ley N° 28925 que establece el régimen de control y supervisión de la APCI y la alegada afectación del derecho a la vida privada y a la autodeterminación informativa

6.1. El registro de las asociaciones

25. Si los ciudadanos no tuvieran la posibilidad de formar una persona jurídica para actuar colectivamente en un ámbito de su interés, el derecho de asociación quedaría desprovisto de significado. El modo en que las legislaciones nacionales consagran esta libertad y la aplicación de esas normas por las autoridades son dos buenos indicadores del grado de desarrollo democrático de un país.

26. Los Estados en el Derecho comparado disponen ciertamente de un derecho a comprobar si el objetivo y las actividades de una asociación se ajustan a la legalidad, pero deben usar esta facultad de una manera compatible con las obligaciones derivadas de

la Constitución (no puede denegarse la inscripción en el registro arbitrariamente)⁷.

28. Sin embargo, este modelo estricto y gravoso no es la opción del sistema nacional de CTI. Pues, la naturaleza del registro a cargo de la APCI, tal como ha sido interpretado por este colegiado no deviene en “obligatoria” para “todas” las ONGD, sino que en virtud de su autonomía de la voluntad se inscribirán aquellas que así lo consideren, en los términos y condiciones de lo señalado en el siguiente punto.

6.2. De la inscripción en el registro a cargo de la APCI

29. El artículo 1 de la Ley N° 28925, en el extremo que modifica el tercer y cuarto párrafo del artículo 3.1. de la Ley de Creación de la APCI

(...)

31. La nueva normativa no trata de centrar los proyectos de CTI en ministerios e instituciones públicas, sino solo de dar un cauce público y en esa medida de control jurídico y ciudadano, a la participación que pueden tener los actores regionales, locales y de la sociedad civil.

32. Así, con la inscripción en el registro a cargo de la APCI las entidades reciben la denominación de “Organización No Gubernamental de Desarrollo receptora de Cooperación Técnica Internacional (ONGD - Perú)”. La inscripción como ONGD - Perú, permite que estas entidades se puedan acoger a ciertos beneficios y facilidades:

- (i) Calificar para la devolución de los impuestos pagados en la adquisición de bienes y servicios con recursos de la cooperación técnica no reembolsable.
- (ii) Poder contar con la presencia oficial de voluntarios y expertos extranjeros en el marco de proyectos con cooperación técnica internacional.
- (iii) Reconocimiento del Estado como receptores de cooperación técnica internacional.

33. Las ONGD inscritas en la APCI, adquieren los siguientes compromisos:

- (i) Ejecutar proyectos en las áreas prioritarias señaladas por los planes de desarrollo.
- (ii) Desarrollar mecanismos para la participación de la población objetivo en el proyecto desde su identificación y formulación.
- (iii) Establecer niveles de coordinación también con organismos públicos.
- (iv) Presentar el informe anual de las actividades/proyectos que ejecutan, indicando montos, población beneficiaria, etc.

34. Por ello, si bien el financiamiento de las ONGD nacionales proviene fundamentalmente de fuentes de financiamiento identificadas por ellas mismas; en este sentido, la relación y condiciones bajo las cuales se celebran los acuerdos o contratos de ejecución

son de absoluta y total responsabilidad de las partes; debe marcarse que estas relaciones trascienden del ámbito estrictamente privado (cual relaciones exclusivamente sinalagmáticas) en la medida en que se vinculan a intereses públicos sobre los cuales el Estado tiene un especial deber de tutela y promoción.

35. Sin embargo, este colegiado debe señalar que la relevancia de la realización de dichos intereses públicos no supone extender sobre la base de simples suposiciones que no pueden ser corroboradas por acciones concretas la deducción de un actuar irregular de las entidades⁸. Con ello queremos decir, que no es posible impedir *ex ante* la inscripción (ni en el Registro Público de Personas Jurídicas, ni en este Registro de la APCI) de aquellas ONGD que cumplan con las previsiones legales en la materia, y siempre que conste su voluntad para ello. En cualquier caso, de existir indicios de un actuar ilícito, se derivará la aplicación *ex post* de las sanciones correspondientes (artículo 96 del Código Civil; y artículos 21 y 22 a la Ley N° 27692, incorporados por el artículo 9 de la Ley N° 28925, conforme a los criterios que serán desarrollados *infra*).

36. Por estas razones, la negativa de la APCI a registrar una asociación sobre la base de la valoración de una presunción de ilicitud sin mayor investigación, resultaría ser una medida desproporcionada, y por tanto inconstitucional, siempre que la solicitud de inscripción se ajuste a las disposiciones legales previstas, a partir de la interpretación realizada por este tribunal en la presente sentencia.

37. De otro lado, dichos intereses públicos no permiten al Estado arrogarse una posición de “socio” de las entidades de cooperación ni gestor de los recursos, pues ello conduciría a la estatización de la vida privada y la alienación de las iniciativas de la sociedad civil. No existe un supuesto interés subjetivo del Estado en la actividad de las ONGD, aunque sí se constituye en garante objetivo y final de los fines que persiguen, a través del principio de subsidiariedad (artículo 60 de la Constitución), cuyo contenido y alcances han sido determinados por abundante jurisprudencia de este colegiado⁹, en tanto directriz constitucional que permite la reestructuración del equilibrio entre lo público y lo privado, entre libertad y autoridad, entre iniciativa privada y poder impositivo del Estado, según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal.

7 Bilbao Ubillas, Juan María. “Las libertades de reunión y asociación: Algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección (Art. 11 CEDH)” En Javier García Roca y Pablo Santolaya (coordinadores) La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 578 y ss.

8 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Sidiropoulos y otros contra Grecia, de 10 de julio de 1998.

9 STC N° 0008-2003-AI, Caso Constitución Económica (f. 19 al 25), referido al principio de subsidiariedad horizontal que alude a la relación existente entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial; y, STC N° 0002-2005-PI, Caso Mufarech (f. 49 al 56), vinculado a la dimensión vertical de dicho principio de aplicación en el tema descentralizador, en la determinación correcta de competencias funcionales entre el órgano nacional, regional o autonómico.

6.3. De la alegada vulneración a la vida privada y el contenido de la inscripción

38. Señala la norma impugnada que será objeto de inscripción en el registro que conduce la APCI:

- (i) Los proyectos, programas o actividades.
- (ii) Ejecución del gasto que realizan con recursos de la cooperación internacional privada.

39. Entonces corresponderá a este colegiado, determinar si efectivamente dichos contenidos constituyen una afectación al ámbito de protección constitucional de la vida privada de las personas jurídicas. Por tanto, lo relevante es poder determinar correctamente cuál es el ámbito del derecho invocado, y de qué forma se llega a proteger a las personas jurídicas, frente a intromisiones indebidas de parte del Estado o los particulares, ello a partir de los criterios jurisprudenciales establecidos en las STC N° 0072-2004-AA y 6712-2005-PHC.

40. Se deberá partir por establecer que la intimidad de las personas naturales comprende una naturaleza similar aunque no idéntica, porque esta última al proteger un ámbito estrictamente personal, y que como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad. En cambio, las personas jurídicas, en principio, no son titulares del derecho a la intimidad, en la medida en que no pretenden el desarrollo de una personalidad sino el cumplimiento de sus fines. Son estos los que no podrían verse afectados por la actuación estatal, que en el caso específico se concreta por el acceso público de los datos consignados a partir de la inscripción en el registro de la APCI.

41. En torno a este punto deberán realizarse algunas precisiones, sobre todo partiendo de que ningún derecho constitucional es ilimitado, en consecuencia la vida privada de las personas jurídicas es un límite válido del derecho a la información. Por ello, corresponde fijar algunos contenidos básicos del primero de los derechos mencionados con el fin de controlar jurisdiccionalmente el segundo.

42. En primer lugar, es menester observar cómo ha sido reconocido en el ordenamiento jurídico el derecho a la vida privada. En la Constitución, como derecho-regla base, se ha prescrito en el artículo 2, inciso 7 que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar. Además, existen otros dispositivos que siguen refiriéndose a este tema dentro del mismo artículo 2: el impedimento de que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (inciso 6); la inviolabilidad de domicilio (inciso 9); el secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados (inciso 10); entre otros.

43. Con respecto al bien jurídico “vida privada”, tutelado en la Constitución con relación a las personas jurídicas, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento a la persona jurídica misma y de un grupo reducido, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado

algún daño. Y este concepto de daño es determinante, pues no se trata de verificar únicamente el acceso de un tercero a dichos datos, sino se deberá corroborar si ello trae consigo un daño.

44. Por lo tanto, la vida privada incluye un ámbito que sí admite algunas intervenciones que habrán de ser consideradas como legítimas, vinculándose inclusive con otros derechos como la inviolabilidad de domicilio, prevista en el artículo 2, inciso 9 de la Norma Fundamental.

45. Así, lo importante de haber dotado de un contenido constitucionalmente protegido a la vida privada en el presente caso se centra en que los recurrentes aseveran que el tercer y cuarto párrafo del artículo 3.1. de la Ley de Creación de la APCI, al establecer que las entidades de CTI que no gozan de ningún privilegio, beneficio tributario, exoneración, ni utilizan recursos públicos están obligados a entregar al Estado información institucional. Al respecto, tal como ha sido establecido en el fundamento 22 *supra*, dicha obligación solo correspondería a aquellas que gozan del beneficio patrimonial, a partir del ámbito *ratione personae* de la norma, tal como ha sido definido a partir de la presente sentencia.

46. Entonces, en este punto solo cabe justificar cómo conciliar la intervención que se realiza sobre las entidades de la CTI, que voluntariamente deciden realizar su inscripción de información institucional e información económica. El fundamento constitucional de ello se encuentra en el derecho del público a la información, y que es concreción subjetiva y líquida de los siguientes principios: a) Principio constitucional de publicidad; b) Principio constitucional de transparencia; y c) Principio constitucional de proscripción de la corrupción.

6.3.1. Principio constitucional de publicidad

47. La publicidad propia de los registros constituye una medida institucional de carácter preventivo, destinadas a fortalecer las normas de conducta para el legítimo cumplimiento de las finalidades de las entidades que gestionan cooperación internacional, lo que se justifica en que estas se encuentran puestas al servicio de los intereses generales.

Esta publicidad para ser legítima debe encontrarse fundamentada en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad; lo que permitirá preservar la confianza ciudadana en la gestión y funcionamiento de dichas entidades.

Con la afirmación de este principio, se pone en evidencia que el rol del Tribunal Constitucional no solo se limita a la defensa de la supremacía de la Constitución y a la tutela de los derechos fundamentales, sino que también debe contribuir, por un lado, a preservar valores constitucionales como la justicia, la transparencia y la responsabilidad, y de otro, al fortalecimiento democrático en al gestión de los intereses generales.

6.3.2. Principio constitucional de transparencia

49. (...)

Si bien, el “programa” constitucional al que se ha hecho alusión ha de ser respetado y realizado, en primer lugar por los

funcionarios públicos, no puede ni debe desconocerse su alcance y significación normativa en el ámbito de la sociedad civil.

(...).

51. También se debe señalar que la garantía del principio de transparencia no puede presentarse como únicamente sancionadora, sino para implementar medidas de control social preventivas, como la constituida por la publicidad registral para el caso de las entidades que gestionan cooperación internacional.

6.3.3. Principio constitucional de proscripción de la corrupción

53. Precisamente, se debe partir por considerar que el ordenamiento constitucional, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción; en tal sentido, el constituyente ha establecido mecanismos de control político parlamentario (artículos 97 y 98 de la Constitución), el control judicial ordinario (artículo 139 de la Constitución), el control jurídico constitucional (artículo 200 de la Constitución), el control administrativo, entre otros.

55. En ese sentido, al Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, le corresponde también instalarse en una posición de defensa y soporte de la misma, que permita la consolidación de un proyecto normativo de superación de cualquier forma de crisis de la convivencia social y política, de los distintos intereses de trascendencia pública, que posibiliten su gestión responsable y el restablecimiento de una ética social.

56. Proyecto que adquiere una dimensión jurídica propia en los principios constitucionales de transparencia y publicidad, cuya consolidación permitirá fundamentar un modelo de Estado y de sociedad, basado en una abierta cooperación entre el Estado y los distintos agentes sociales, en el cumplimiento del deber constitucional de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 44 de la Constitución). Pues, solo de esta forma se posibilitará la creación y consolidación de un entorno ético fundamental que rechace enérgicamente la tolerancia social con respecto a todas las formas posibles de corrupción y de irregularidad en la gestión de los intereses públicos.

57. Finalmente, con respecto al contenido constitucional de estos cuatro principios y valores de todo orden democrático –derecho del público a la información, principio constitucional de publicidad, principio constitucional de transparencia, y principio constitucional de proscripción de la corrupción–; deben ser interpretados en el caso de los privados con una presunción que sus asuntos tienen naturaleza privada; por cuanto, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, según dispone el artículo 2 inciso 24, literal a. Debiendo ponderarse o valorarse en cada circunstancia el interés público comprometido.

6.4. Objeto de la inscripción

6.4.1. Los proyectos, programas o actividades

58. Qué duda cabe, que estos proyectos, programas o actividades pueden no revestir mayor interés para el gobierno del turno,

o incluso su interés puede ser más bien no promoverlos; sin embargo, ello no supone que dichos proyectos, programas o actividades no revistan especial interés para la Constitución, o que puedan implementarse al margen o en contra de ella.

De allí la necesidad de garantizar su publicidad, la misma que es tributaria de los principios constitucionales desarrollados en los fundamentos precedentes.

6.4.2. Sobre la ejecución del gasto

59. Este concepto, que pertenece al ámbito del Derecho público, alude a la fase del proceso presupuestario que se inicia una vez aprobado el presupuesto y que consiste en la aplicación de los recursos humanos, materiales y financieros, y en la utilización de una serie de técnicas y procedimientos administrativos, contables, de productividad, control y manejo financiero para la obtención de las metas y objetivos determinados para el Sector Público en los planes y programas de mediano y corto plazo¹⁰.

(...)

61. La posibilidad de una traslación de estos principios propios del Derecho presupuestario no puede terminar por desnaturalizar ni afectar la autonomía de la voluntad y la privacidad económica de las entidades que gestionan CTI. Y es que en la *ratio* de esta norma se encuentra la pretensión que personas jurídicas, principalmente del sector no lucrativo, que no utilizan recursos públicos, y que realizan sus actividades de manera lícita y libre, le entreguen al Estado información para su publicidad registral. Requerimiento que no se vería satisfecho con una “declaración jurada”, sino que comprendería la presentación de documentos que sustenten dicha información, entre los cuales se encuentran los contratos, los comprobantes de pago por los bienes y servicios contratados, y demás documentos privados.

62. Como se aprecia, en el extremo normativo bajo análisis se configura una vulneración del artículo 2 inciso 7 de la Constitución que consagra el derecho a la vida privada de las personas jurídicas, a partir de lo establecido por abundante jurisprudencia de este colegiado. Lo antes expuesto determina que el tribunal declare la inconstitucional de este extremo dispositivo.

63. En consecuencia, cada una de las ONGD comprendidas (y con mayor razón aquellas que no) son las encargadas de verificar la adecuada ejecución de sus recursos para la mejor consecución de sus fines sociales y asistenciales, de acuerdo a las priorizaciones que puedan establecer; en consonancia con los términos contractuales de los acuerdos privados de donación celebrados con sus fuentes cooperantes.

(...).

§7. Del artículo 2 de la Ley N° 28925 y el artículo 2 de la Ley N° 28875 y la alegada afectación de la libertad contractual

(...).

¹⁰ Martul Ortega, Perfecto Yebra. Constitución Financiera Española. Veinticinco años. Madrid: Institutos de estudios fiscales, 2004.

67. Al respecto, este colegiado debe señalar que la naturaleza de la posición de las entidades ejecutoras de la CTI mantiene una relación unívoca con la naturaleza de los fondos y los fines a los cuales estos se encuentran orientados. Por ello, su situación subjetiva no está sometida a las reglas, exclusivamente, del Derecho Privado y de la economía de mercado.

68. Así, para clarificar ello nos referiremos a la naturaleza de los fondos señalados *supra*.

7.1. Naturaleza de los recursos y fondos de la CTI

69. Estos recursos y fondos de la cooperación técnica internacional no reembolsable en el Perú, es regulada por el D. Leg. N° 719 - Ley de Cooperación Técnica Internacional, que precisa que pueden ser “(...) recursos humanos, bienes, servicios, capitales y tecnología de fuentes cooperantes externas, cuyo objetivo es complementar y contribuir a los esfuerzos nacionales en materia de desarrollo”.

(...)

71. Por lo tanto, este colegiado considera que los recursos y fondos de la CTI, sin dejar de ser bienes que integran el dominio privado, no pueden ser sometidos exclusivamente a un derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo, sino que las reglas de su uso y disposición deberán insertarse en el cumplimiento de los fines sociales plasmados en la Constitución.

72. Para ejercer un control de constitucionalidad acorde con las instituciones y valores consagrados por la Constitución, este tribunal considera necesario enfatizar que existe este régimen jurídico propio y autónomo de los recursos y fondos de la CTI, que no se funda exclusivamente en la idea de un poder concreto sobre las cosas en el sentido jurídico-civil, lo que se expresa en la amplia normativa que regula esta materia: Ley N° 27692, Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI), Decreto Supremo N° 053-2003-RE, Reglamento de Organización y Funciones de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI), Decreto Legislativo N° 719, Ley de Cooperación Técnica Internacional, Decreto Supremo N° 015-92-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 719 de Cooperación Técnica Internacional, Ley N° 28386, Ley que Modifica el Decreto Legislativo N° 719, Ley de Cooperación Técnica Internacional, Resolución Suprema N° 450-84, Manual de Procedimientos de la Cooperación Técnica Internacional; así como también, las dos normas que se han insertado a esta regulación y que vienen siendo cuestionadas mediante el presente proceso constitucional.

73. En el caso se está ante un dominio privado que mantiene alguna conexión con el sentido constitucional de la propiedad; es decir, en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley, según dispone el artículo 70 de la Constitución. Enfocarlo de modo contrario implicaría soslayar su esencia, dado que si bien son titulares de un derecho real, sin embargo, dada la especial naturaleza del objeto sobre el cual recae, no puede ejercitarse afectando los fines públicos concomitantes de dichos bienes.

74. Así cabe preguntarse qué corresponde al Estado con respecto a los recursos y fondos de la CTI. El Estado no ostenta una situación subjetiva de disposición de los mismos, pero sí tiene un deber de garantía y protección mediante una serie de reglas orientadas a su control, supervisión, fiscalización, transparencia y publicidad.

75. La definición precedente es la que ahora nos permite abordar la naturaleza de la posición de parte contractual.

7.2. Estado y contratos de ejecución de CTI

76. Estos contratos deberán establecerse en una relación jurídica privada subordinada al interés público, y no exclusivamente de carácter sinalagmático. Es por ello que la declaración de la voluntad estatales la que establecerá legítimamente el marco normativo en el cual deberá desenvolverse.

77. Lo cual no supone una intromisión en un ámbito estrictamente privado, en la medida en que, tal como fue señalado *supra*, estas entidades conforman un sector *non profit* o sector “privado social” identificado con un ámbito organizativo diferente tanto del Estado como del mercado, pero no por ello desvinculado a la Constitución.

(...).

79. Lo que se ve reforzado con el acto mismo de inscripción en el registro, que permite que haya un control de la Administración y no sea un número ilimitado y desconocido de entidades que actúan en dicha gestión de recursos. Ello es así porque dada la naturaleza de los ámbitos de la actuación de las ONGD no puede suponer que queda anulada la capacidad estatal de sus competencias propias y exclusivas de carácter indelegable, como son las de control y fiscalización.

80. En ese sentido, dicho control no deberá obrar por vía de limitación o de imposición de deberes o cargas para que dicha actividad pueda desenvolverse. La Administración solo puede realizar intervenciones legítimas sobre los derechos de quienes se muestran dispuestos y aptos para la realización de estas actividades, con la finalidad precisamente de asegurarla y garantizarla para los terceros beneficiarios.

81. Así, si bien es cierto que la libertad contractual deriva de la ley, no es inconstitucional regular la facultad administrativa de establecer reglas jurídicas por razones del orden público; ello, empero, no es óbice para discutir la legitimidad de la ley cuestionada respecto a la posible vulneración de otros bienes jurídicos constitucionales relacionados; o que las reglas jurídicas no sean claras, en tanto conceptos jurídicos indeterminados o en blanco; o que queden a merced de la Administración definir su real y concreto significado legal.

82. El Tribunal Constitucional, atendiendo a su función pacificadora, orientada a crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o que puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias; pretende, mediante

el presente pronunciamiento, resolver las situaciones de tensión –no de colisión– entre el interés general, que representa el Estado, y los intereses “públicos-privados” que representan las ONGD, para alcanzar su más óptima realización en el marco de los principios y valores de la Constitución.

83. Si bien las normas impugnadas otorgan a la APCI facultades para actuar indirectamente sobre los términos contractuales de los acuerdos privados entre las entidades ejecutoras y sus fuentes cooperantes a través de la “priorización”; este colegiado debe establecer que la referida planificación del Sector Público solo puede darse cuándo se trate de recursos de la CTI gestionados por el Estado; mas cuando sean recursos que se gestionan desde el Sector Privado, esta habilitación de la Administración tendrá solamente carácter indicativo.

84. De otro lado, es evidente que en lo que corresponde a la supuesta vulneración del derecho a la intimidad empresarial es equiparable, en modo alguno, a la actividad realizada por las entidades que gestionan CTI, que no es en sí ni primordialmente económica. Es decir, la labor orientada a la satisfacción de intereses públicos realizada por estas no es la misma que la de los distintos sectores productivos. Por ello, el término de comparación –*tertium comparationis*– que aducen los demandantes, para sustentar una supuesta vulneración del derecho a la intimidad empresarial, no constituye un supuesto de hecho del cual pueda exigirse consecuencias jurídicas iguales.

§8. De los artículos 2 y 3 de la Ley Nº 28925, y el artículo 5 de la Ley Nº 28875 respecto a la alegada afectación del derecho de asociación

85. El artículo 2 inciso 13 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho “A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa”.

86. Este colegiado ha dicho que este derecho es un atributo que puede ser concebido como aquel derecho por el cual toda persona puede integrarse con otras, libremente y de modo permanente, en función de determinados objetivos o finalidades (de carácter político, económico, religioso, gremial, deportivo o de cualquier otra índole), que aunque pueden ser de diversa orientación tienen como necesario correlato su conformidad con la ley.

87. El derecho de asociación, pues, se erige como una manifestación de la libertad personal dentro de la vida de coexistencia, a efectos de que las personas se unan para realizar una meta común. Ello se explica en la medida en que gran parte de los planes de vida del ser humano depende, para su cristalización, de la cooperación e interacción con otros; y ello porque su naturaleza gregaria lo lleva a agruparse con otros a fin de conseguir los objetivos que, de hacerlo solo, no podría llegar a conseguirlos. En consecuencia, se reconoce que este derecho se sustenta en principios como el de autonomía de la voluntad, el de autoorganización y en el principio de fin altruista¹¹.

88. De dichos principios se deriva que su contenido esencial está constituido por: a) el **derecho de asociarse**, entendiéndose por tal la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de los fines propios de las mismas; b) el **derecho de no asociarse**, esto es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella, y c) la **facultad de autoorganización**, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización¹².

89. El análisis a recaer en la presente sentencia, se encuentra dirigido al primer extremo del derecho de asociación, que permite encauzar el cumplimiento de los fines y demás actividades derivadas de la constitución y funcionamiento de una asociación de la manera más conveniente, y que en el caso de las ONGD se manifiesta esencialmente en una finalidad “altruista”. En consecuencia, la finalidad asociativa de las ONGD más que orientarse a la satisfacción de los intereses de las personas adscritas a ella, consiste en garantizar los intereses de los terceros beneficiarios.

90. Sin embargo, el **derecho de asociarse** no puede sustentarse en la expectativa de obtención de ganancias, rentas, dividendos o cualquier otra forma de acrecentamiento patrimonial de sus integrantes. Sin perjuicio, de los honorarios que se determinen para los profesionales y técnicos que con su trabajo aportan a la mejor consecución de dichas finalidades; ello en la medida en que, no encubra actos de reparto directo o indirecto entre los miembros de la asociación.

91. La delimitación de los fines de una asociación, *prima facie*, no está sujeta a la discrecionalidad del Estado, sino a la consideración de sus miembros, siempre y cuando su objeto no afecte los principios y valores constitucionales.

92. De allí que la actuación de la APCI deberá ser adecuadamente delimitada a fin que no quede lesionado el contenido de este derecho ni que se configuren trabas o limitaciones injustificadas, que podrían comportar su disolución. Tal como será analizado en el punto siguiente referido al régimen de infracciones y sanciones.

93. Ahora bien, en el presente caso consideramos que de las normas impugnadas no puede derivarse una afectación concreta al contenido de este derecho, en atención a las siguientes consideraciones:

94. Primero, porque la inscripción en los registros de la APCI no constituye una condición obligatoria para ejecutar la CTI. Pues, tal como se desprende de la interpretación realizada por este colegiado, dicha obligación solo correspondería a aquellas

11 STC Nº 1027-2004-AA, Caso Melquiades Cruz (f. 2).

12 STC Nº 4241-2004-AA, Caso Saturnino Ubaqui (f. 5).

que gozan del beneficio patrimonial, a partir del ámbito *ratione personae* de la norma impugnada.

En consecuencia, no se ven afectadas en su respectivo ámbito de actuación aquellas entidades no registradas, pero sí sujetas al régimen civil correspondiente. Con esta interpretación se deja a salvo el mandato del artículo 2 inciso 13) de la Constitución, en cuanto señala que el ejercicio del derecho de asociación no está condicionado a la obtención de una “autorización previa”; resultando únicamente necesaria la obtención de la personalidad jurídica para perseguir los fines lícitos que motivaron la asociación.

95. Segundo, las obligaciones que se generan del registro ante la APCI tienen una naturaleza eminentemente autónoma, dado que es la manifestación de voluntad de la entidad respectiva la que determina la inscripción.

§9. Del artículo 9 de la Ley N° 28925 y régimen de infracciones y sanciones sujeto a la potestad sancionadora de la APCI

9.1. Régimen de infracciones

96. El legítimo ejercicio del derecho de asociación no puede ser sancionado o penalizado ni puede acarrear consecuencias desfavorables.

97. Mas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en el artículo 16 inciso 2, lo siguiente: “El ejercicio de tal derecho (de asociación) solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

98. En el mismo sentido, el artículo 96 de nuestro Código Civil establece que: “El Ministerio Público puede solicitar judicialmente la disolución de la asociación cuyas actividades o fines son o resulten contrarios al orden público o las buenas costumbres”.

99. En consecuencia se debe partir por establecer que constitucionalmente es válido desglosar una serie de finalidades o imperativos que podrían justificar algunas limitaciones en el disfrute efectivo del derecho de asociación, siempre con carácter excepcional y previsto en la ley: la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del crimen, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de otros. Las cuales podrían provenir legítimamente de la Administración del Estado¹³, quien será la encargada de verificarlas y aplicar las sanciones que se deriven del incumplimiento.

100. Este derecho no es absoluto y hay que admitir que cuando una asociación, por sus actividades o las intenciones que declara expresa o implícitamente en su programa, pone en peligro las instituciones del Estado o los derechos y libertades de otros, la presente ley ratifica la facultad de la Administración Pública competente para proteger estas instituciones o personas. Sin embargo, se deberá verificar en las vías correspondientes la legítima utilización de dicho poder, de forma que se hilvane la necesaria

integración entre los privilegios de la Administración y las garantías de los ciudadanos.

101. Y dentro de esos poderes o privilegios merece un lugar destacado la potestad sancionadora de la Administración. En ejercicio de dicha potestad, la Administración puede imponer sanciones a los particulares por las transgresiones del ordenamiento jurídico previamente tipificadas como infracción administrativa por una norma. Dicha facultad se otorga a la Administración para que prevenga y, en su caso, reprima las vulneraciones del ordenamiento jurídico en aquellos ámbitos de la realidad cuya intervención y cuidado le han sido previamente encomendados¹⁴.

102. Por todo ello, a la hora de valorar la legitimidad del ejercicio de este poder sancionador, el Tribunal Constitucional deberá verificar si se cumplen sucesivamente las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en relación con los objetivos indicados. De forma que pueda garantizarse que no se configuren supuestos de vulneración de otros bienes constitucionales, entre ellos de manera especialísima la libertad de expresión, pues el derecho de asociación opera como una garantía instrumental de su adecuado desenvolvimiento dentro de un Estado democrático¹⁵.

103. En consecuencia, es que la interpretación de las sanciones requiere un análisis estricto, de modo que solo razones convincentes o imperativas puedan justificar las eventuales restricciones del derecho de asociación, en cada una de las manifestaciones de su contenido esencial tal como ha sido definido jurisprudencialmente por este tribunal. Coadyuvan en ello, los principios materiales del derecho sancionador del Estado y las garantías del derecho del debido proceso (entre estas, especial relevancia tienen los derechos de defensa y de prohibición de ser sancionado dos veces por el mismo hecho)¹⁶.

104. Así, al analizar cada extremo del artículo 21 de la Ley N° 27692, que determina las infracciones sobre las cuales ejerce su potestad sancionadora la APCI, podemos establecer que estas pueden tener como sujeto activo únicamente a las entidades que se encuentran comprendidas en la *ratione personae* de la norma, a partir de lo señalado en el fundamento 22 de la presente sentencia.

105. Sobre algunos extremos de dicho artículo 21, debemos realizar algunas precisiones.

9.1.1. Inciso 1: No inscribirse o no renovar inscripción en los registros de la APCI

106. En el mismo sentido deberá interpretarse la “obligatoriedad” a que hace referencia el artículo 4 inciso m) de la Ley de

13 Vide artículo 11.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950).

14 Cano Campos, Tomás. “Derecho administrativo sancionador”. En Revista Española de Derecho Constitucional, Año 15, Núm. 43, Enero-Abril 1995, pp. 339-348.

15 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Vogt contra Alemania, de 26 de setiembre de 1995.

16 STC N° 2050-2002-AA, Caso Ramos Colque (f. 12).

Creación de la APCI: “La inscripción en dichos registros es obligatoria para ejecutar cooperación técnica internacional, independientemente de la naturaleza jurídica de la fuente cooperante”. Es decir, la inscripción en el Registro de ONGD nacionales receptoras de CTI y el Registro Nacional de Eniex, deviene en obligatoria únicamente para las referidas entidades.

107. No existe obligación alguna de inscribirse para aquellas entidades que han renunciado a los privilegios patrimoniales propios del régimen de la CTI; en consecuencia, la no inscripción ni la falta de renovación del registro no produce ninguna consecuencia ni da lugar a ninguna sanción, porque al vencer tal registro, los beneficios se extinguirían también, y por tanto, la entidad de que se trate quedaría inmediatamente excluida del régimen de control.

108. Para mayor claridad, en referencia a este inciso quedan **excluidos** de ser sujetos pasivos de la potestad sancionadora de la APCI:

- (i) Aquellas entidades que a la fecha de entrada en vigencia de la norma, gozaban de los privilegios y beneficios por haberse inscrito voluntariamente en la APCI, no estarían obligadas a renovar su inscripción una vez vencida. De no hacerlo, no se les impondría una sanción por falta de renovación.
- (ii) Entidades que gozan de otros beneficios (que no derivan del régimen de la CTI), como la exoneración del Impuesto a la Renta.

9.1.2. Inciso 9: Orientar los recursos de la cooperación técnica internacional hacia actividades que afecten el orden público o perjudiquen la propiedad pública o privada

109. La referencia al orden público no corresponde a la de un concepto jurídico elástico carente de contenido que permita justificar cualquier despropósito. El principio de orden público tiene un doble contenido.

110. Primero, es comprensivo del conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. De esta forma, el orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad¹⁷.

111. Segundo, también hace explícita la carga institucional de todo derecho fundamental que da lugar a que ningún derecho constitucional o situación subjetiva de origen legal o infralegal, pueda ser apreciado como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales. Por ello, en criterio de este tribunal, en un Estado

social y democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución), el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido de todo derecho fundamental (como los comprometidos en el presente caso, v.gr. asociación, igualdad, vida privada, entre otros), actuando sobre ellos, cuando menos, en una doble perspectiva: prohibitiva y promotora. Prohibitiva en el sentido de que, como quedó dicho, ningún derecho fundamental puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales. Y promotora en cuanto cabe que el Estado exija a la persona (natural o jurídica) una actuación privada, siempre que no se afecte el contenido esencial de otros derechos fundamentales, así como se tenga por objeto concederles debida protección.

112. Por todo ello, en última instancia el orden público es un bien constitucional, que junto con seguridad y el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, le corresponde también proteger al Estado, según el artículo 44 de la Constitución. En consecuencia, los supuestos de su vulneración deberán ser determinados casuísticamente con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y en estricto respeto del principio de legalidad del Derecho administrativo sancionador consagrado en el artículo 2 inciso 24, literal d) de la Constitución, con el siguiente tenor: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”, y desarrollado por la jurisprudencia de este Colegiado¹⁸; no obstante, siempre queda expedita la vía procesal correspondiente (ordinaria y constitucional) para el ejercicio de un control *ex post* jurisdiccional. De esta forma, el tribunal valida plenamente la constitucionalidad de este supuesto de infracción impugnado.

9.2. Régimen de sanciones

113. Al analizar cada extremo del artículo 22 de la Ley N° 27692, que determina las sanciones que la APCI puede imponer según la gravedad de la infracción cometida, este colegiado debe observar la razonabilidad de las mismas en su aplicación, que es un criterio propio para ejercer la potestad sancionadora, referido en los fundamentos precedentes.

114. Asimismo, el legislador al momento de regular las consecuencias jurídicas que se derivan de la comisión de infracciones administrativas goza de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su

¹⁷ STC N° 3283-2003-AA, Caso Taj Mahal (f. 28).

¹⁸ [27] STC N° 2192-2004-PA, Caso Costa Gómez (f. 3 al 7); STC N° 5262-2006-PA, Caso Edelnor (f. 3 y 4); entre otras.

específica legitimidad democrática. Sin embargo, esta no puede encontrarse exenta de control constitucional.

115. En consecuencia sobre el inciso d) de dicho artículo 22, que establece “La APCI impone, según la gravedad de la infracción cometida, las sanciones siguientes: (...) d) Cancelación de la inscripción en los Registros referidos en el literal m) del artículo 4 de la presente Ley” debemos realizar algunas precisiones.

Respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales comprometidos y, en concreto, el derecho de asociación, consagrado en el artículo 2 inciso 13 de la Constitución: “A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa”. Para este colegiado no resulta constitucionalmente válido que a través de esta norma legal se habilite a que una resolución administrativa de la APCI tenga como consecuencia en la práctica la disolución de la persona jurídica de las entidades de ejecución de CTI, yendo en contra de la parte final del texto expreso de la Constitución.

Por cuanto, esta sería una nueva forma de disolución de una entidad asociativa, distinta a las previstas en el Código Civil peruano, a saber, de pleno derecho y por decisión judicial. A ello se agrega la constatación fáctica que las fuentes cooperantes extranjeras se negarían a brindar nuevo financiamiento a aquellas ONGD sancionadas con la cancelación, marcando con ello la extinción de su actividad; para lo cual debería requerirse un proceso judicial y no una resolución administrativa.

En consecuencia tampoco se derivaría la consecuencia prevista en el párrafo siguiente de dicha disposición, en cuanto señala “El directivo, administrador, asesor, representante legal o apoderado de la entidad a quien se le ha cancelado la inscripción en los Registros aludidos, no podrá participar directa o indirectamente en otra entidad ejecutora de cooperación internacional, por el plazo de cinco (5) años”. Lo cual es una consecuencia,

que se deriva de la declaración de inconstitucionalidad del inciso d) del artículo 22 referido.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional estima que la presente norma deviene en inconstitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica

HA RESUELTO

1. Declarar, **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucional el artículo 1 de la Ley N° 28925, que modifica el párrafo 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27692, en el extremo que establece “así como la ejecución del gasto que realizan con recursos de la cooperación internacional privada”; y, el inciso d) del artículo 22 de la Ley N° 27692, adicionado por el artículo 9 de la Ley N° 28925 “La APCI impone, según la gravedad de la infracción cometida, las sanciones siguientes: (...) d) Cancelación de la inscripción en los Registros referidos en el literal m) del artículo 4 de la presente Ley”, con el párrafo siguiente “El directivo, administrador, asesor, representante legal o apoderado de la entidad a quien se le ha cancelado la inscripción en los Registros aludidos, no podrá participar directa o indirectamente en otra entidad ejecutora de cooperación internacional, por el plazo de cinco (5) años”. Por consiguiente, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, dichas normas dejan de tener efecto en nuestro ordenamiento jurídico
2. Declarar, **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS. LANDA ARROYO; GONZALES OJEDA; ALVA ORLANDINI; BARDELLI LARTIRIGOYEN; MESÍA RAMÍREZ; BEAUMONT CALLIRGOS



I. INTRODUCCIÓN

Las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) u Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo (ONGD), son la parte más institucionalizada, organizada e importante de la sociedad civil, tanto así que cuando se hace referencia a la sociedad civil, en lo primero en lo que se piensa es en estas organizaciones.

Desde sus orígenes, gracias a los recursos financieros provenientes de la cooperación altruista internacional, estas organizaciones han podido dedicarse a tareas como la provisión de diversos bienes y servicios públicos y cuasi públicos, usualmente a favor de los sectores más pobres de la sociedad, sustituyendo tanto al mercado como al Estado cuando estos han fallado previamente

en suministrar dichos bienes y servicios; la promoción del desarrollo, mediante el fortalecimiento del capital social a través de la educación social popular; la investigación académica y aplicada; la defensa de los derechos humanos; la protección del medio ambiente; el diseño y ejecución de proyectos de desarrollo social; la generación de propuestas de políticas sociales, basadas en un relativo conocimiento acumulado y dotadas de factibilidad; y la 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.

Jurídicamente, las ONG u ONGD no tienen un estatus legal definido como tales en nuestra legislación, por lo que asumen generalmente la forma jurídica de asociaciones, fundaciones o personas jurídicas de derecho privado, constituidas al amparo del derecho constitucional de asociación. Pero las ONG 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; siendo importantes agentes canalizadores de recursos financieros provenientes de la cooperación filantrópica internacional. En tal sentido, las ONG desempeñan una función de interés social y público, libremente asumida por sus asociados.

La relevancia social de las actividades de las ONG y el hecho de constituir uno de los principales agentes que canalizaban la cooperación internacional proveniente de los gobiernos extranjeros y organismos internacionales públicos y privados, motivó que el Estado peruano regulara esta cooperación y estableciera un régimen especial para este tipo de organizaciones mediante la Ley N° 27692, aprobada y promulgada en el mes de abril de 2002, que crea la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (en lo sucesivo APCI), organismo público descentralizado adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores, al que le otorga potestad supervisora, controladora y fiscalizadora respecto a la cooperación internacional no reembolsable canalizada a través de las ONG.

Sin embargo, la Ley N° 27692 (en lo sucesivo Ley de Creación de la APCI) no establecía mecanismos idóneos para que dicho órgano del Estado pueda ejercer sus potestades de supervisión, control y fiscalización, por lo que resultaba necesaria una reforma legal. Es así que durante el año 2006 el tema entró en la agenda parlamentaria, cuando se empezó a discutir y se hizo de conocimiento público el Proyecto de Ley N° 14634/2005-CR, que precisamente proponía diversas reformas a la Ley de Creación

de la APCI, con el objeto de hacer efectivas las referidas potestades, a través de la creación de nuevos registros y del establecimiento de infracciones y sanciones.

Pero desde que el asunto se hizo de conocimiento público, el proyecto de ley generó mucha controversia, polarizándose las posiciones de sus promotores y detractores. Los partidarios de la ley consideraban que era necesario que el Estado supervisara las actividades de las ONG en la medida que estas organizaciones, no obstante su carácter privado, desempeñan roles de interés público y social. Algunos de sus representantes más vehementes, incluso, acusaron a estas organizaciones sin fines de lucro de que su oposición al proyecto obedecía a su intención de que no se fiscalicen sus actividades para evitar que se descubran presuntos malos manejos.

Por su parte, los detractores del proyecto “denunciaron” que este tenía por objeto permitir 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; por lo que calificaron e hicieron conocida a dicha norma, ante la opinión pública, como “Ley contra las ONG”. Así, por ejemplo, la influyente ONG internacional, Human Rights Watch, manifestó que a través del proyecto se pretendía establecer nuevas restricciones que obligarían a las ONG locales a someterse a un nivel de interferencia y control estatal propios de los regímenes totalitarios, ya que permitiría que el Gobierno interfiriera en las actividades de las ONG, al otorgarle 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. Según Human Rights Watch, el hecho de que un organismo gubernamental tenga control supervisor sobre las actividades de las ONG constituye una violación de los derechos fundamentales, del Derecho Internacional y de los principios básicos de una democracia.

Fue tal la relevancia de la polémica sobre el proyecto de ley, que la Defensoría del Pueblo, mediante comunicado del 6 de noviembre de 2006, manifestó su preocupación por el eventual establecimiento de restricciones al funcionamiento de las ONG e invocó que su aprobación esté precedida de una mayor deliberación pública sobre su pertinencia; aunque dejó en claro que valoraba la intención de dotar de mayor transparencia a los actos de todos los componentes de la sociedad.

Finalmente, después de mucha deliberación, se aprobó la Ley N° 28925, mediante la cual se realizaron importantes reformas a la Ley de Creación de la APCI. Realizado un primer análisis de la norma en cuestión⁽¹⁾, concluimos señalando que el debate público realizado sobre el tema contribuyó a que la ley finalmente aprobada supere varias de las observaciones que se le habían

(1) Antes del inicio del proceso de inconstitucionalidad objeto de estos apuntes, realizamos un somero análisis de la Ley N° 28925. SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. “¿Una ley contra las ONG?”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 160, Lima. Gaceta Jurídica, marzo de 2007. Págs. 283-288.

“ Aunque con dicho resultado los promotores de la acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28925 se dieron por satisfechos, luego de un análisis de la sentencia, consideramos que, en lo fundamental, el máximo intérprete de la Constitución ha confirmado la constitucionalidad de la referida ley ”

formulado, respecto a su constitucionalidad, de modo que no encontramos en las modificaciones aprobadas por la Ley N° 28925 disposiciones que afecten derechos constitucionales⁽²⁾. En esa ocasión, manifestamos que las competencias supervisoras o fiscalizadoras de la APCI respecto a las ONG, no afectan el derecho

de información necesaria para que pueda realizar una mejor planificación de sus políticas públicas o sociales⁽⁵⁾.

Como es de amplio conocimiento público, un conjunto de ciudadanos vinculados a las ONG y diversos congresistas cuestionaron la constitucionalidad de la Ley N° 28925, accionando el proceso respectivo ante el TC. Como también es de conocimiento público, el TC declaró fundada en parte la demanda, declarando la inconstitucionalidad de algunos aspectos muy puntuales de la ley cuestionada.

Aunque con dicho resultado los promotores de la acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28925 se dieron por satisfechos, luego de un análisis detenido de la sentencia, consideramos que, en lo fundamental, el máximo intérprete de la Constitución ha confirmado la constitucionalidad de la referida ley. Es objeto de estos apuntes demostrar esta afirmación.

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 consideradas por el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en reiterada jurisprudencia: el derecho de asociarse, el derecho de no asociarse y la facultad de autoorganización⁽³⁾.

II. EL CASO

1. Los argumentos de los demandantes

También señalamos que el proyecto de ley original, que pretendía extender a todas las ONG los mecanismos de supervisión y control que pretendía 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, el texto finalmente aprobado por la Ley N° 28925, al circunscribir la potestad supervisora del Estado a la cooperación internacional 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 estos casos, 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⁽⁴⁾.

En realidad se trata de dos demandas, las cuales fueron acumuladas y resueltas a través de la misma sentencia materia de este análisis, toda vez que ambas pretendían la declaración de inconstitucionalidad de las mismas normas legales, sustentándose en similares argumentos. La primera de estas demandas fue interpuesta por el ciudadano Luis Miguel Sirumbal Ramos⁽⁶⁾ y más de 5000 ciudadanos (Exp. N° 0009-2007-PI/TC). La otra demanda fue interpuesta por 30 congresistas de la República (Exp. N° 0010-2007-PI/TC).

A través de las mencionadas demandas se cuestionó la constitucionalidad del artículos 1, 2, 3, 6 y 9 de la Ley N° 28925, Ley que modifica la Ley de Creación de la APCI, N° 27692, así como de los artículos 2 y 5 de la Ley N° 28875, Ley que Crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación Internacional No Reembolsable (SIND-CINR); debido a que estas normas, a juicio de los demandantes, vulnerarían, entre otros, los siguientes principios o derechos constitucionales:

- El derecho o principio de igualdad ante la ley.
- Los derechos a la vida privada, a la autodeterminación informativa, y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.
- Los derechos a la libertad de contratación y a la propiedad.
- El derecho a la libertad de asociación.

Respecto al Registro de Proyectos creado por la Ley N° 28925, consideramos en dicha oportunidad como un asunto de interés público que el Estado se encuentre informado de labor que realizan las ONG, lo que, no obstante, no autoriza al Estado a interferir en sus actividades. En tal sentido, manifestamos que el objetivo del Registro de Proyectos no debe ser otro que proveer al Estado

(2) *Ibíd.* Pág. 288.

(3) *Ídem.*

(4) *Ídem.*

(5) *Ídem.*

(6) Luis Miguel Sirumbal Ramos es presidente de la ANC (Asociación Nacional de Centros de Investigación, Promoción Social y Desarrollo); organización que agrupa a las ONG más importantes del país, por lo que se le puede considerar algo así como el gremio de las ONG.

- El derecho a participar en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.
- El principio de tipicidad de las sanciones administrativas.

Según los demandantes, antes solo era exigible que las organizaciones extranjeras de cooperación internacional se inscriban en el Registro Nacional de Entidades e Instituciones Extranjeras de Cooperación Técnica Internacional (Registro de Eniex), si sus actividades en nuestro país comprendían la canalización o gestión de recursos de la Cooperación Técnica Internacional No Reembolsable (en adelante CTI) a través de instancias estatales peruanas, mientras que en los demás casos la inscripción era facultativa. Los demandantes cuestionan que con la entrada en vigencia de las normas impugnadas se exija que tales entidades se inscriban en dicho registro, no solo cuando la CTI se gestione con la participación de organismos del Estado, sino también cuando únicamente hagan uso de algún privilegio tributario, exoneración o utilicen de alguna forma recursos estatales.

En tal sentido, los demandantes cuestionan que la Ley N° 28925, al modificar el numeral 3.1 del artículo tercero de la Ley de Creación de la APCI, haya establecido el mismo tratamiento legal (ser objeto de supervisión y fiscalización por parte de la APCI), a dos grupos de destinatarios de los recursos de la CTI que, según ellos, se encuentran en situaciones distintas: las ONG cuyos proyectos (financiados por la CTI) se gestionen con la participación de organismos del Estado, por un lado, y las ONG que únicamente hagan uso de algún privilegio tributario, exoneración o utilicen de alguna forma recursos estatales, por otro lado.

Según los demandantes ambas situaciones no resultan equiparables ya que el tipo de participación del Estado exigida para la gestión de recursos de CTI es cualitativamente distinta de la que se despliega al brindar exoneraciones y privilegios; no solo porque la primera es activa y la segunda pasiva, sino porque en este último caso no se trata de privilegios significativos, sino más bien ínfimos. Por tal motivo, consideran que esta disposición infringiría el principio de igualdad jurídica.

Los demandantes también cuestionan la disposición que, por fines de transparencia, obliga a las ONG a inscribir sus proyectos, programas o actividades, y la ejecución del gasto que realizan con recursos de la CTI en un registro que conduce la APCI (el denominado Registro de Proyectos); ya que a través de ella se pretende que las organizaciones privadas brinden al Estado información que no contiene un interés público o social que justifique objetivamente su intromisión o de los particulares; lo que vulnera el derecho a la vida privada, así como el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. Según los demandantes, la transparencia en la actuación de las entidades de CTI está garantizada por mecanismos privados de autorregulación, no de imposiciones que provengan desde el Estado, siendo las fuentes cooperantes las principales interesadas en el cumplimiento de los objetivos trazados y en que se destine los fondos donados a los propósitos que se comprometen a alcanzar.

De otro lado, los demandantes consideran que las normas cuestionadas vulneran el contenido esencial del derecho a la libre contratación, en tanto le otorgan facultades a la APCI para poder actuar directamente sobre los términos contractuales privados celebrados entre las entidades ejecutoras y sus entidades cooperantes, al señalar que la APCI puede priorizar la CTI. Ello implica que la APCI puede orientar los recursos de la CTI a los fines de la política estatal aun cuando estos fueran distintos a los acordados por el donante y la entidad ejecutora. En ese sentido, estas normas convierten a la APCI en supervisor del cumplimiento de contratos celebrados entre entidades privadas, en donde nada tiene que hacer el Estado más que permitir la libertad de contratación.

Asimismo, los demandantes consideran que las normas cuestionadas imponen requisitos administrativos que entorpecen e impiden el cumplimiento de los fines de las ONG, en ejercicio libre y legítimo de su libertad de asociación, puesto que las inscripciones que se exigen como obligatorias imponen barreras administrativas irrazonables.

También cuestionan que el artículo 9 de la Ley N° 28925 sanciona conductas expresadas en términos imprecisos, ampliando el margen de discrecionalidad para la administración, lo que vulnera el principio de tipicidad en la previsión de la infracciones administrativas.

2. Alcances de la sentencia

El TC consideró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad acumulada; al declarar la inconstitucionalidad de los siguientes extremos de la Ley N° 28925:

- a) El artículo 1 que modifica el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley de Creación de la APCI, en el extremo que establece “así como la ejecución del gasto que realizan con recursos de la cooperación internacional privada”.

El referido numeral establece lo siguiente (siendo las partes subrayadas las modificaciones realizadas por el artículo 1 de la Ley N° 28925 y la parte en negrita la declarada inconstitucional):

“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”.

Entonces, el TC confirma la constitucionalidad del referido numeral, incluyendo la del tercer párrafo que establece la obligación de las ONG de registrar sus proyectos, programas y actividades en un registro que conduce la APCI, habiendo declarado inconstitucional únicamente la obligación de estas ONG de registrar “la ejecución del gasto que realizan con recursos de cooperación internacional privada”.

- b) El inciso d) del artículo 22 de la Ley de Creación de la APCI (“adicionado por el artículo 9 de la Ley N° 28925”), que señala que: “La APCI impone, según la gravedad de la infracción cometida, las sanciones siguientes: (...) d) Cancelación de la inscripción en los Registros referidos en el literal m) del artículo 4 de la presente Ley”; así como el siguiente párrafo del mismo artículo 22 (también “adicionado por el artículo 9 de la Ley N° 28925”): “El directivo, administrador, asesor, representante legal o apoderado de la entidad a quien se le ha cancelado la inscripción en los Registros aludidos, no podrá participar directa o indirectamente en otra entidad ejecutora de cooperación internacional, por el plazo de cinco (5) años”.

Es menester señalar que el artículo 9 de la Ley N° 28925 crea un catálogo de infracciones y sanciones del que carecía la versión primigenia de la Ley de Creación de la APCI, a través de la incorporación del Título V: Infracciones y Sanciones. En tal sentido, el artículo 21 incorporado por el referido artículo 9, determina las infracciones sujetas a la potestad sancionadora de la APCI, siendo estas las siguientes:

1. No inscribirse o no renovar inscripción en los registros de la APCI.
2. 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.
3. No presentar el plan anual de actividades para el año de inicio, así como el informe anual sobre actividades realizadas.
4. No presentar el informe de actividades asistenciales o educativas realizadas el año precedente.
5. 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.

6. Destruir bienes, registros, documentos, informes y proyectos respecto de sus actividades.
7. 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.
8. 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.
9. Orientar los recursos de la cooperación técnica internacional hacia actividades que afecten el orden público o perjudiquen la propiedad pública o privada.
10. Las demás infracciones que se establezca vía decreto supremo por el incumplimiento de la normatividad que regula la cooperación técnica internacional.

Asimismo, el artículo 22, también incorporado por el citado artículo 9, determina las sanciones correspondientes, siendo estas, según la gravedad de la infracción, las siguientes:

- a) Amonestación por escrito.
- b) Multa de hasta 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) de acuerdo con la escala de multas y sanciones.
- c) Suspensión temporal de los beneficios que otorga la inscripción en los Registros referidos en el literal m) del artículo 4 de la presente Ley, hasta que se repare la omisión o se cumpla debidamente con la norma infraccionada.
- d) Cancelación de la inscripción en los Registros referidos en el literal m) del artículo 4 de la presente ley.

También dispone el artículo 22 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, especifica que la imposición de las sanciones aludidas no exime a los infractores de la responsabilidad civil o penal a que hubiera lugar.

En suma, el TC confirma la constitucionalidad de las normas que establecen un catálogo de infracciones y sanciones, habiendo declarado inconstitucional únicamente el inciso d) del artículo 22 y el párrafo siguiente.

En todo lo demás, la demanda es desestimada, por lo que se confirma la constitucionalidad del resto de la Ley N° 28925; así como la de la Ley N° 28875, que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación Internacional No Reembolsable (SIND-CINR), que también fue cuestionada.

Seguidamente, analizaremos los aspectos controvertidos que se discutieron en este proceso de inconstitucionalidad.

III. LAS POTESTADES DE LA APCI

El texto primigenio del numeral 3.1 del artículo tercero de la Ley de Creación de la APCI establecía que la 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”.

Antes de su modificación por la Ley N° 28925, dicha norma ya establecía la potestad de la APCI de supervisar y fiscalizar la CTI, así como la correcta utilización de los recursos que reciben las ONGD domiciliadas en el país; tan es así que mediante el numeral 3.3 del artículo tercero (incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 28386), 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 (...)”.

Es decir, la potestad de la APCI de supervisar a la CTI, le fue atribuida desde el momento mismo de su creación, en abril de 2002. La Ley N° 28386, vigente desde el 14 de noviembre de 2004, le añadió a dicha potestad supervisora, la de controlar y fiscalizar dicha CTI, así como la correcta utilización de los recursos que reciben las ONGD domiciliadas en el país⁽⁷⁾.

Por otro lado, la Ley N° 28925, al modificar el numeral 3.1 del artículo tercero de la Ley de Creación de la APCI, aclara los alcances de sus atribuciones, al precisar que este organismo “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”; así como al establecer que se encuentran excluidas de su ámbito “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”.

“Aquellas reglas establecidas por el Tribunal Constitucional no se refieren a que deban de presentarse todas para realizar el cambio de precedente sino, por el contrario, que basta con que el Tribunal Constitucional se percate de alguna de ellas para ejercer su potestad de establecer precedente vinculante”

En tal sentido, mediante dicha modificación se ha circunscrito la potestad supervisora de la APCI únicamente a la CTI que se gestiona a través del Estado, o a la 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.

Al circunscribir la potestad supervisora de la APCI a la CTI gestionada a través del Estado, la Ley N° 28925 pone el tema 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 cualquier ONG o de establecer prioridades sobre sus proyectos⁽⁸⁾.

Consideramos al respecto que si el Estado ha tenido algún nivel de intervención que haya permitido o facilitado la obtención de la CTI, sea por haberse constituido en contraparte o socio de la ONG, o sea porque ha decidido ejecutar el proyecto a través de una ONG, su legitimidad para supervisar las actividades referidas a dicho proyecto o para establecer prioridades resulta incuestionable, ya que el Estado mismo se ha constituido en un actor del proyecto. A nuestro juicio, lo mismo ocurre en el caso de los proyectos que en su ejecución hayan recibido algún privilegio tributario, exoneración o utilicen de alguna forma recursos estatales⁽⁹⁾.

En tales casos, consideramos que el Estado tiene todo el derecho de 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 sentido contrario, si cualquier ONG pretende implementar un proyecto para el cual ha obtenido el correspondiente financiamiento de la CTI sin que para ello haya mediado alguna forma de intervención o apoyo del Estado, sus actividades no deberían ser objeto de supervisión por parte del Estado, ya que de hacerlo se estaría afectando contra su autonomía privada.

IV. LA SUPUESTA AFECTACIÓN AL DERECHO-PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

Sobre la alegada afectación al derecho-principio de igualdad ante la ley, el TC, en primer término, delimita la igualdad como derecho y la igualdad como principio constitucional.

(7) SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. Ob. cit. Pág. 285.

(8) Ídem.

(9) Ibídem. Pág. 286.

La igualdad como derecho no consiste en la facultad para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación. Este derecho tiene dos facetas: la igualdad **ante** la ley (según la cual la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma) y la igualdad **en** la ley (que implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable).

De otro lado, la igualdad es un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribía todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. Entonces, la aplicación del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables⁽¹⁰⁾.

Dicho esto, con el objeto de determinar si en un caso concreto un trato desigual es o no discriminatorio y, por lo tanto, violatorio del principio-derecho a la igualdad, el tribunal considera pertinente recurrir al test de razonabilidad o proporcionalidad, el cual se realiza a través tres subprincipios: 1. subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2. subprincipio de necesidad; y 3. subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Aplicado dicho test al presente caso, el Tribunal concluye lo siguiente⁽¹¹⁾:

a) Respecto al subprincipio de idoneidad o de adecuación (según el cual, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo; por lo que supone, primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada), debe determinarse si con el establecimiento de la obligación de someterse al control y supervisión de la APCI se persigue un fin constitucionalmente legítimo y si, para ello, la equiparación entre las entidades vinculadas a la ejecución de la CTI es idónea.

Siendo que una de las finalidades esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho es promover el desarrollo integral del país, y que su legitimidad radica en alcanzar el progreso social y económico de la Nación; el Estado no está impedido de controlar y fiscalizar a todas las entidades que

comprometen fondos de la CTI orientados a la realización de intereses públicos. De ahí que para el TC no sea sostenible la posición de los demandantes de que cuando el Estado participa en la gestión de recursos de la CTI, lo hace porque los proyectos a los que se aplican tales recursos satisfacen necesidades que son de su interés (razón por la cual la CTI gestionada a través del Estado, se encuentra sometida a un intenso sistema de control, supervisión y fiscalización); mientras que cuando la CTI es gestionada por entidades privadas no existiría dicha justificación, ya que las metas perseguidas por tales entidades pueden diferir e incluso ser opuestas a los intereses del gobierno de turno.

En consecuencia, a juicio del tribunal, no se ha acreditado que el régimen de control y supervisión de la APCI no sea un medio idóneo para el logro de los fines de desarrollo equitativo e integral propios de un Estado Social y Democrático de Derecho. Por tanto, el primer subprincipio del test de razonabilidad se cumple en este caso.

b) Respecto al subprincipio de necesidad (según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado), el TC considera que: “En el caso concreto se puede señalar que **la obtención por determinadas entidades de un beneficio patrimonial (como son las exoneraciones tributarias) producto de la gestión de CTI para la satisfacción de intereses públicos, hacia los cuales el Estado tiene un especial deber de protección y garantía, justifica el someterse a determinados controles** como el que representa el procedimiento de inscripción ante el Registro de la APCI⁽¹²⁾”.

Asimismo, el TC establece que el artículo 1 de la Ley N° 28925 no impide que las entidades que gestionan recursos de la CTI sin la participación del Estado, y que al momento de publicarse la norma recibían algún privilegio, beneficio tributario, exoneración o utilizaban de alguna forma recursos públicos, puedan retrotraerse en la decisión de someterse al régimen de supervisión y control de la APCI, renunciado para ello a dichos beneficios patrimoniales.

A criterio del TC, dicha medida no es gravosa ni vulnera el derecho-principio a la igualdad. Por el contrario, equipara el tratamiento jurídico, en lo que corresponde, de entidades que en sus finalidades son las mismas; dejando librada la posibilidad en dicha entidades de no someterse al íntegro del régimen de control y fiscalización de la APCI, no pudiendo en razón a ello acceder a los privilegios y beneficios otorgados

(10) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 20.

(11) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamentos 21 y 22.

(12) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 22. El resaltado es nuestro.

por el Estado. Si ello es así, aquellas entidades que optaron por no inscribirse en la APCI y prescindieron de los beneficios derivados del régimen de CTI administrado por la APCI, no están obligados a someterse a su fiscalización y control.

En este punto, debemos hacer hincapié en que el TC excluye del razonamiento desarrollado sobre las exoneraciones tributarias (en el sentido de considerarlas como un beneficio patrimonial que justifica el sometimiento a los controles de la APCI), al Impuesto a la Renta. Según el TC, la exoneración del Impuesto a la Renta, a la que pueden acogerse las asociaciones inscribiéndose en el Registro de Entidades exoneradas manejado por la Sunat, “qué duda cabe, es un beneficio que no se deriva del régimen de la CTI, y que solo responde al trato diferenciado que nuestro ordenamiento tributario les dispensa con relación a otro tipo de contribuyentes, sustentado en la función social que desempeñan. En suma, no deviene en un criterio para comprender a las asociaciones dentro del ámbito de aplicación de la norma impugnada”.

Cabe señalar que las ONG beneficiarias de la CTI reciben otras exoneraciones tributarias, distintas a las del Impuesto a la Renta, que no se derivan de su condición jurídica de asociaciones, sino de su situación especial de estar comprendidas en el sistema peruano de cooperación internacional. Es el caso de la exoneración parcial del Impuesto General a las Ventas.

- c) Sobre el subprincipio de proporcionalidad strictu sensu (según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental), corresponde esclarecerse si la realización del fin perseguido de dotar de integración, coherencia, transparencia y publicidad al sistema de gestión de CTI es proporcional a la exigencia del control y supervisión por la APCI.

Al respecto, el TC reitera su posición señalada en abundante jurisprudencia, de que no cabe admitir la existencia de zonas exentas de control, que en este caso se ha encargado a la Administración Pública; sin perjuicio que, en un supuesto de exceso del ejercicio de dichas competencias, dichas entidades puedan recurrir a las vías jurisdiccionales que correspondan a fin que puedan adoptarse criterios objetivos y razonables. En atención a ello, una fiscalización proporcional por parte de la APCI redundará en el propio fortalecimiento de las ONGD.

En conclusión, para el TC, la aplicación del test de razonabilidad o proporcionalidad a este caso, en cuanto se refiere a la supuesta vulneración del principio de igualdad, permite concluir que la Ley N° 28925 no es discriminatoria y, por lo tanto, no vulnera el mencionado principio-derecho⁽¹³⁾.

No podemos estar más de acuerdo con la posición del TC. Únicamente cabría añadir que si a juicio de los demandantes las exoneraciones tributarias o privilegios que reciben las ONG, producto de la gestión de la CTI, son ínfimas o poco significativas, no es razonable que estas se sigan acogiendo a dichas exoneraciones o privilegios si el costo por ello (estar incluidos dentro del ámbito supervisor y fiscalizador de la APCI) les resulta tan oneroso. Como bien señala el TC, nada impide que las ONG puedan evitar el régimen de supervisión y control de la APCI, renunciado a los privilegios, beneficios, exoneraciones tributarias (que no incluyen el Impuesto a la Renta), o recursos públicos que recibían; más aún si estos beneficios, según los demandantes, son tan poco relevantes.

V. LA SUPUESTA AFECTACIÓN AL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DERECHOS CONEXOS

Antes de referirnos a la supuesta afectación a los derechos a la vida privada, a la autodeterminación informativa y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, es menester realizar algunas precisiones sobre la interpretación del tercer párrafo del numeral 3.1 del artículo tercero de la Ley de Creación de la APCI (luego de su modificación por la Ley N° 28925), referido a la obligatoriedad de registrar información en el Registro de Proyectos. Dicho párrafo establece que:

“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”.

Ahora bien, qué señala el “párrafo precedente” (el segundo párrafo):

“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”.

Consideramos que en este párrafo se alude a entidades que se encuentran en dos supuestos distintos:

- Aquellas que gestionan CTI sin la participación de los organismos del Estado.
- Aquellas que (también) gestionan CTI sin la participación de los organismos del Estado, pero que hacen uso de algún privilegio tributario, exoneración, o utilizan de alguna forma recursos estatales.

(13) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 23.

De acuerdo a ello, nuestra interpretación del citado tercer párrafo, en nuestro análisis anterior, fue la siguiente: “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”⁽¹⁴⁾.

Vale decir, según lo que entendemos del análisis conjunto de los citados párrafos segundo y tercero, la potestad supervisora de la APCI en todos sus alcances, alcanzaría únicamente a las ONG que gestionan sus proyectos financiados por la CTI 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. Asimismo, la obligación puntual de inscribir sus proyectos, programas, actividades o gastos, en el Registro de Proyectos de la APCI, alcanzaría a todas las ONG: las ya mencionadas y, además, aquellas cuyos proyectos financiados por la CTI se realicen sin ningún tipo de intervención del Estado, ni directa ni a través de privilegios, exoneraciones o utilización de recursos estatales.

Así también lo interpretaron los demandantes, aunque para ellos esa disposición sería inconstitucional, mientras que, a nuestro juicio, es legítimo y de interés público que el Estado esté informado sobre los proyectos que gestionan todas las ONG, con el objeto de que este pueda realizar una mejor planificación de sus propias políticas públicas o sociales (haciendo la salvedad, claro está, que dicha obligación de informar en ningún caso autoriza al Estado a realizar una aprobación previa, a observar o a censurar el proyecto respectivo)⁽¹⁵⁾.

El TC, sin embargo, ha establecido una interpretación distinta, la misma que en ese extremo se enmarca dentro de la categoría de sentencia interpretativa desestimatoria⁽¹⁶⁾. Según esta interpretación (la cual a partir de esta sentencia debe entenderse como la interpretación correcta por ser, a juicio del tribunal, conforme con la Constitución), la obligación de las ONG de entregar información al Estado, contrariamente a lo aseverado por los demandantes (y a lo que entendemos nosotros), “solo correspondería a aquellas que gozan del beneficio patrimonial, a partir del

ámbito *ratione personae* de la norma, tal como ha sido definido a partir de la presente sentencia”⁽¹⁷⁾.

No compartimos dicha interpretación porque, según lo que hemos podido comprender, esta no se infiere de la literalidad de los citados párrafos segundo y tercero. Es decir, en este caso, no estamos frente a una disposición que tenga al menos dos opciones interpretativas, que es la condición previa para dictar una sentencia interpretativa desestimatoria.

Asimismo, consideramos que esa interpretación no es coherente con otros fundamentos señalados en la misma sentencia, como la afirmación del tribunal de que “los Estados en el Derecho comparado tienen el derecho a comprobar si el objetivo y las actividades de una asociación se ajustan a la legalidad, aunque deben usar esta facultad de una manera compatible con la Constitución (así por ejemplo, no puede denegarse la inscripción en el registro arbitrariamente)”⁽¹⁸⁾, o que no hay duda de que “las debilidades más importantes en la administración de la CTI se han encontrado en la ausencia de políticas y programas nacionales públicos y consistentes basados en las prioridades nacionales. Lo que traía como consecuencia diversos requerimientos particulares de cooperación voluminosos y de baja calidad, negociados sobre la base de iniciativas individuales, sesgadas y aisladas; y que en algunos casos debido a sus debilidades orgánicas y operativas traía como consecuencia la inejecución de dichos fondos, perjudicando las posibilidades de futuros proyectos”⁽¹⁹⁾.

No obstante, en mérito al carácter normativo de las **sentencias interpretativas**, la referida interpretación del TC es vinculante; por lo que, a partir de la expedición de la sentencia objeto de este comentario, debe entenderse que la obligación de registrar sus proyectos, programas o actividades en el Registro de Proyectos que conduce la APCI no alcanza a las ONG cuyos proyectos se gestionen sin ningún tipo de intervención del Estado, ni directa ni mediante privilegios, exoneraciones o utilización de recursos estatales.

Hechas tales precisiones, corresponde ahora referirnos a las materias inscribibles en el Registro de Proyectos y al ámbito de protección del derecho a la vida privada de las personas jurídicas.

Tal como señala el tribunal, la norma impugnada establece que serán objeto de inscripción en el Registro de Proyectos que conduce la APCI:

(14) SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. Ob. cit. Pág. 286.

(15) Ídem.

(16) Sobre las sentencias interpretativas y otros tipos de sentencias normativas véase nuestro trabajo: “¿El Tribunal Constitucional legisla a través de las sentencias normativas?”. En: *Cuadernos Jurisprudenciales*. Año 6, N° 72. Gaceta Jurídica. Lima, junio 2007. Págs. 3 - 20. Asimismo, véase CARPIO MARCOS, Edgar. “Sentencias manipulativas y Derecho Comparado”. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 146. Gaceta Jurídica. Lima enero 2006. Págs. 269-274; y GARCÍA TOMA, Víctor. “El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas-interpretativas (normativas)”. Disponible en http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/2b3dbc748b6bb62663f59958d6207845/LA_INTERPRETACION_CONSTITUCIONAL_3.pdf

(17) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 46.

(18) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 27.

(19) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 31.

- a) Los proyectos, programas o actividades.
- b) La ejecución del gasto que realizan con recursos de la cooperación internacional privada.

En tal sentido, el TC considera que debe determinarse si dichos contenidos afectan el derecho a la vida privada de las personas jurídicas, para lo cual debe tenerse en cuenta que ningún derecho constitucional es ilimitado y que, concretamente, la vida privada de las personas jurídicas es un límite válido del derecho a la información.

Como sabemos, el derecho a la vida privada está prescrito en el artículo 2, inciso 7, de la Constitución que establece que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar. Además, conforme señala el TC, existen otros dispositivos dentro del mismo artículo 2 que se refieren a este tema, como el impedimento de que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (inciso 6); la inviolabilidad de domicilio (inciso 9); el secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados (inciso 10); entre otros⁽²⁰⁾.

De acuerdo a lo manifestado por el TC, el derecho a la vida privada de las personas jurídicas está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad, cuya divulgación o conocimiento por otros ocasiona algún daño; siendo este concepto de daño determinante, pues no basta verificar el acceso de un tercero a dichos datos, sino se deberá corroborar si genera un daño⁽²¹⁾.

Asimismo, según el TC, la vida privada admite algunas intervenciones legítimas, fundamentadas constitucionalmente en el derecho del público a la información; derecho que es concreción subjetiva de los principios constitucionales de publicidad, transparencia y proscripción de la corrupción⁽²²⁾.

El TC no comparte la afirmación de los demandantes de que el principio de transparencia regula la actividad estatal, y no la actividad privada. Según el TC, si bien dicho principio debe ser respetado y realizado, en primer lugar, por los funcionarios públicos, no se debe desconocer su alcance y significación normativa en el ámbito de la sociedad civil, ya que la corrupción y otras formas de funcionamiento irregular ocurren también en las organizaciones privadas, y especialmente en las vinculadas a asuntos de interés público como las ONGD. Entonces, dada la relevancia de los intereses públicos comprometidos, una gestión o

ejecución irregular de las mismas afectan a la colectividad e, desde ese punto de vista, interesan a todos y cada uno de los ciudadanos⁽²³⁾.

Considerando lo manifestado sobre la obligación de inscribir los proyectos, programas o actividades, el TC considera que estos pueden no revestir mayor interés para el gobierno, o incluso su interés puede ser no promoverlos; pero ello no supone que los mismos no revistan interés para la Constitución, o que puedan implementarse al margen o en contra de ella. De allí la necesidad de garantizar su publicidad, la que es tributaria de los principios constitucionales de publicidad, transparencia y proscripción de la corrupción⁽²⁴⁾.

Sin embargo, sobre la obligación de inscribir la ejecución del gasto, el TC considera que aunque es posible aplicar los principios del proceso de ejecución del gasto público, propios del Derecho público, al ámbito privado (como los principios de buena gestión financiera, de publicidad, de racionalidad en la ejecución del gasto, de eficiencia y de economicidad); la traslación de tales principios no puede desnaturalizar ni afectar la autonomía de la voluntad y la privacidad económica de las entidades que gestionan CTI⁽²⁵⁾.

Ahora, según el TC, esta norma pretende que las personas jurídicas del sector no lucrativo que no utilizan recursos públicos y que realizan sus actividades de manera lícita y libre, entreguen al Estado información para su publicidad registral que no se vería satisfecha con una simple “declaración jurada”, sino incluiría la presentación de documentos que sustenten dicha información, como contratos, comprobantes de pago y demás documentos privados. En tal sentido, se configura una vulneración del artículo 2 inciso 7 de la Constitución por lo que corresponde declarar la inconstitucional de este extremo del dispositivo⁽²⁶⁾.

No obstante, el TC establece que no existe impedimento constitucional alguno, en los supuestos en que la ley requiera a estas entidades a levantar la reserva natural que cubre sus relaciones jurídicas privadas, para permitir que el Estado cumpla con alguna función de carácter público, como podría ocurrir, por ejemplo, en la investigación de un delito o en una fiscalización tributaria⁽²⁷⁾.

Sobre este extremo de la sentencia, nótese que el único fundamento para que el TC haya considerado inconstitucional el referido dispositivo es que la información que deberían proporcionar

(20) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 43.

(21) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 44.

(22) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 45.

(23) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamentos 50 y 51.

(24) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 59.

(25) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamentos 60 a 62.

(26) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 63.

(27) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 65.

las ONG respecto a la ejecución de sus gastos no se vería satisfecho con una “declaración jurada”, sino incluiría la presentación de documentos que sustenten dicha información, lo que vulneraría el derecho a la vida privada de las personas jurídicas.

Consideramos que de la norma analizada no se desprende la obligación de las ONG de entregar, junto a una declaración jurada sobre la ejecución de sus gastos, la información sustentatoria correspondiente, como contratos, comprobantes de pago y demás documentos privados. En todo caso, si existía el temor de que alguien interprete que dicha disposición contiene tal obligación (la cual sería inconstitucional), hubiera bastado con que el TC establezca que de tal disposición no puede interpretarse la existencia de la mencionada obligación; máxime si el propio TC ha sustentado en esta misma sentencia que debe evitarse la declaración de inconstitucionalidad de una norma si existe cuando menos una opción interpretativa que sea conforme a la Constitución⁽²⁸⁾, lo cual ha servido de sustento para establecer, vía interpretación, que la obligación de entregar información solo corresponde a las ONG que gozan de algún beneficio patrimonial.

VI. LA SUPUESTA AFECTACIÓN A LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

La presunta afectación a la libertad de contratación fue uno de los aspectos más cuestionados de la Ley N° 28925, desde antes de la interposición de las demandas materia de estos apuntes. De ahí que en nuestro primer análisis sobre esta ley nos hayamos referido a dicho asunto, en los términos que seguidamente resumimos⁽²⁹⁾.

Según 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. La referida “persona”, debemos entenderla como aquella entidad titular de derechos subjetivos, sea esta una **persona natural o una persona jurídica** (como lo son las asociaciones o las ONG).

Esta libertad contractual es coherente con el derecho a la libertad, consagrado por el inciso 24 del mismo artículo 2, 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.

Ahora bien, 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 establecer si otorgar competencias supervisoras o fiscalizadoras a alguna entidad estatal respecto a las ONG, afecta este derecho constitucional.

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. Por tanto, deberían poder contratar libremente, siempre y cuando el objeto del contrato no esté prohibido por ley.

Entonces, en principio, el Estado no puede establecer condiciones o prioridades respecto a los proyectos ejecutados por las ONG con ayuda de la CTI, 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 obtenga el financiamiento respectivo, o si la CTI es otorgada directamente al Estado y este ejecuta los proyectos encargándolos a las ONG, o permitiendo el uso de recursos públicos; en todos estos casos, consideramos que el Estado tiene la potestad de supervisar tales proyectos así como de establecer sus prioridades, ya que es un agente involucrado en tales proyectos.

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 CTI que se gestiona a través del Estado, o que cuenta con su participación o apoyo, consideramos que se subsana la observación más fundada al proyecto de ley original.

Los demandados, además, sustentan jurídicamente su posición en el artículo 62 de la Constitución y sostienen que cuando una entidad ejecutora recibe fondos de su fuente cooperante, estamos ante un contrato privado de donación que, como tal, goza de protección constitucional establecida dicha norma. Entonces, las reglas acordadas en el referido contrato, relativas al destino de los fondos, los montos y desembolsos, los lineamientos de los proyectos a ser ejecutados, zona beneficiaria, e incluso los

“De la norma analizada no se desprende la obligación de las ONG de entregar, junto a una declaración jurada sobre la ejecución de sus gastos, la información sustentatoria correspondiente, como contratos, comprobantes de pago y demás documentos privados”

(28) Incluso, el §4 de la sentencia comentada (STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamentos jurídicos N°s 13 a 17) se titula “Del fundamento constitucional y legitimidad de la sentencia interpretativa a recaer en el presente proceso de inconstitucionalidad”.

(29) SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. Ob. cit. Págs. 287 - 288.

mecanismos de fiscalización pactados, no pueden ser modificadas salvo acuerdo de las partes, ya que el citado artículo 62 no solo establece la intangibilidad de los términos contractuales, sino que excluye a la Administración Pública de la posibilidad de actuar o incidir en ellos.

Al respecto el TC considera que, dado que los recursos de la CTI tienen fines de alta significación económica y social, no es sustentable jurídicamente dejarlos al manejo antojadizo y arbitrario de quienes podrían no asumir con lealtad constitucional la responsabilidad de su gestión. En tal sentido, estos recursos, sin dejar de ser bienes de dominio privado, no pueden ser sometidos exclusivamente a un derecho real de propiedad en el sentido civilista, sino que las reglas de su uso y disposición deben insertarse en el cumplimiento de los fines sociales plasmados en la Constitución. De ahí que, para ejercer un control acorde con las instituciones y valores consagrados por la Constitución, existe este régimen jurídico propio y autónomo de los recursos y fondos de la CTI, que no se funda exclusivamente en la idea de un poder concreto sobre las cosas en el sentido jurídico-civil.

Entonces, el Estado no puede disponer de los recursos y fondos de la CTI, pero sí tiene un deber de garantía y protección mediante una serie de reglas orientadas a su control, supervisión, fiscalización, transparencia y publicidad, ya que los contratos de ejecución de CTI deben establecerse en una relación jurídica privada subordinada al interés público; lo cual no supone una intromisión en un ámbito estrictamente privado, en la medida de que estas entidades conforman un sector “privado social” identificado con un ámbito organizativo diferente tanto del Estado como del mercado, pero no por ello desvinculado a la Constitución⁽³⁰⁾.

De otro lado, si bien las normas impugnadas otorgan a la APCI facultades para actuar indirectamente sobre los términos contractuales de los acuerdos privados entre las entidades ejecutoras y sus fuentes cooperantes a través de la “priorización”; el TC establece que dicha planificación del Sector Público solo puede darse cuando se trate de recursos de la CTI gestionados por el Estado; pero cuando sean recursos que se gestionan desde el Sector Privado, esta habilitación de la Administración solo tendrá carácter indicativo⁽³¹⁾.

En resumen, si bien es cierto la libertad contractual deriva de la ley, no es inconstitucional regular la facultad administrativa de establecer reglas jurídicas por razones de orden público⁽³²⁾.

VII. LA SUPUESTA AFECTACIÓN AL DERECHO DE ASOCIACIÓN

Sobre la presunta afectación al derecho de asociación, anteriormente⁽³³⁾ habíamos señalado que este derecho 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 solo 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 las Constitución y a las leyes. En tal sentido, según la jurisprudencia del TC (incluyendo la sentencia objeto del presente análisis)⁽³⁴⁾, el contenido esencial del derecho de asociación está constituido por:

- a) El **derecho de asociarse**, entendiéndose 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 autoorganización**, que es la posibilidad de que la asociación decida sin ninguna ingerencia su propia organización, que se materializa a través de su estatuto, el cual vincula a todos los asociados. Esta facultad 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.

En ninguna de esas dimensiones debe existir injerencia estatal; es decir, debe operar un casi absoluto abstencionismo estatal, en cuyo caso la intervención del Estado solo podría admitirse ante la afectación del orden legal o de los derechos de terceros.

Dicho esto, considerábamos que el establecimiento de competencias supervisoras o fiscalizadoras a la APCI respecto a las ONG, en principio, no afecta el derecho de asociación, ya que tales competencias no restringen ninguna de las tres dimensiones señaladas⁽³⁵⁾.

Dicha conclusión es confirmada por el TC en esta sentencia, al establecer que “en el presente caso consideramos que de las normas impugnadas no puede derivarse una afectación concreta al contenido de este derecho”. Primero, porque la inscripción en los registros de la APCI no es una condición obligatoria para

(30) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamentos 71 a 73.

(31) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 84.

(32) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 82.

(33) SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. Ob. cit. Pág. 287.

(34) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 89.

(35) SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. Ob. cit. Pág. 287.

ejecutar la CTI (ya que dicha obligación solo corresponde a las ONG que gozan del beneficio patrimonial); en consecuencia, no se ven afectadas aquellas entidades no registradas, pero sí sujetas al régimen civil correspondiente. Segundo, porque las obligaciones que se generan del registro ante la APCI tienen una naturaleza eminentemente autónoma, dado que es la manifestación de voluntad de la entidad respectiva la que determina la inscripción⁽³⁶⁾.

El TC establece que la delimitación de los fines de una asociación no está sujeta a la discrecionalidad del Estado, sino a la consideración de sus miembros, siempre y cuando su objeto no afecte los principios y valores constitucionales. Por tanto, la actuación de la APCI debe ser adecuadamente delimitada a fin de que no se lesione el contenido de este derecho ni se configuren trabas o limitaciones injustificadas, que podrían comportar su disolución, como podría ocurrir en el caso de alguna de las sanciones establecidas en la Ley N° 28925, conforme será analizado seguidamente⁽³⁷⁾.

VIII. SOBRE EL RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES

Según los demandantes, el régimen de infracciones y sanciones incorporado por la Ley N° 28925, vulnera el principio de tipicidad en la previsión de la infracciones administrativas, ya que sanciona conductas expresadas en términos imprecisos, ampliando el margen de discrecionalidad para la Administración.

El TC considera, en principio, que el legítimo ejercicio del derecho de asociación no puede ser sancionado o penalizado ni puede acarrear consecuencias desfavorables⁽³⁸⁾. Pero este derecho no es absoluto y cuando una asociación, por sus actividades o las intenciones que declara expresa o implícitamente en su programa, pone en peligro las instituciones del Estado o los derechos y libertades de otros, la ley en cuestión ratifica la facultad de la Administración Pública competente para proteger estas instituciones o personas. Sin embargo, se deberá verificar en las vías correspondientes la legítima utilización de dicho poder, de forma que se hilvane la necesaria integración entre los privilegios de la Administración y las garantías de los ciudadanos⁽³⁹⁾.

En consecuencia, podrían justificarse algunas limitaciones en el disfrute efectivo del derecho de asociación, siempre con carácter excepcional y previsto en la ley: la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del crimen, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de otros. Las cuales podrían provenir

legítimamente de la administración del Estado, quien será la encargada de verificarlas y aplicar las sanciones que se deriven del incumplimiento⁽⁴⁰⁾.

Asimismo, dentro de esos poderes o privilegios está la potestad sancionadora de la Administración, que la faculta a imponer sanciones a los particulares por las transgresiones del ordenamiento jurídico previamente tipificadas como infracciones administrativas por una norma; para que prevenga y, en su caso, reprima las vulneraciones del ordenamiento jurídico en aquellos ámbitos de la realidad cuya intervención y cuidado le han sido previamente encomendados⁽⁴¹⁾.

Seguidamente, el TC realiza algunas precisiones sobre algunas de las infracciones tipificadas por el artículo 21 de la Ley de Creación de la APCI:

- a) Sobre la infracción establecida en el inciso 1 (no inscribirse o no renovar inscripción en los registros de la APCI), precisa que no existe obligación alguna de inscribirse para las entidades que han renunciado a los privilegios patrimoniales del régimen de la CTI; en consecuencia, la no inscripción ni la falta de renovación del registro no acarrea ninguna sanción, porque al vencer tal registro, los beneficios se extinguirían también, y por tanto, la entidad de que se trate quedaría inmediatamente excluida del régimen de control. En tal sentido, el TC declara literalmente que “quedan excluidos de ser sujetos pasivos de la potestad sancionadora de la APCI:
 - (i) Aquellas entidades que a la fecha de entrada en vigencia de la norma, gozaban de los privilegios y beneficios por haberse inscrito voluntariamente en la APCI, no estarían obligadas a renovar su inscripción una vez vencida. De no hacerlo, no se les impondría una sanción por falta de renovación.
 - (ii) Entidades que gozan de otros beneficios (que no derivan del régimen de la CTI), como la exoneración del Impuesto a la Renta⁽⁴²⁾.

Sobre este último punto, recuérdese lo señalado en el ítem IV respecto a la exoneración del Impuesto a la Renta.

- b) Sobre la infracción establecida en el inciso 9 (orientar los recursos de la cooperación técnica internacional hacia actividades que afecten el orden público o perjudiquen la propiedad pública o privada), precisa que el orden público no es un concepto jurídico elástico o carente de contenido que permita justificar cualquier despropósito. En tal sentido, los

(36) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamentos 94 a 96.

(37) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamentos 92 y 93.

(38) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 97.

(39) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 101.

(40) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 100.

(41) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 102.

(42) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 108.

supuestos de vulneración del orden público deben ser determinados casuísticamente con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y en estricto respeto del principio de legalidad del Derecho administrativo sancionador consagrado en el artículo 2 inciso 24, literal d) de la Constitución, según el cual: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. De esta forma, el TC valida plenamente la constitucionalidad de este supuesto de infracción impugnado⁽⁴³⁾.

Sobre el régimen de sanciones, al analizar el artículo 22 de la Ley de Creación de la APCI, que determina las sanciones que esta entidad puede imponer según la gravedad de la infracción cometida, el TC estima que su inciso d), que establece la sanción de cancelación de la inscripción en los registros referidos en el literal m) del artículo 4, es inconstitucional, ya que “no resulta constitucionalmente válido que a través de esta norma legal se habilite a que una resolución administrativa de la APCI tenga como consecuencia **en la práctica** la disolución de la persona jurídica de las entidades de ejecución de CTI, yendo en contra de la parte final del texto expreso de la Constitución [se refiere a la frase final de su artículo 2 inciso 13, según el cual las asociaciones, fundaciones y demás formas de organización jurídica sin fines de lucro, no pueden ser disueltas por resolución administrativa]”; ya que esta forma de disolución de una entidad asociativa, además de ser distinta a las previstas en el Código Civil, generaría que “las fuentes cooperantes extranjeras se negarían a brindar nuevo financiamiento a aquellas ONGD sancionadas con la cancelación, **marcando con ello la extinción de su actividad**; para lo cual debería requerirse un proceso judicial y no una resolución administrativa”⁽⁴⁴⁾.

Finalmente, estando a la referida declaración de inconstitucionalidad, el TC considera que también resulta inconstitucional la consecuencia prevista en el párrafo siguiente de dicha disposición, en cuanto señala “el directivo, administrador, asesor, representante legal o apoderado de la entidad a quien se le ha cancelado la inscripción en los registros aludidos, no podrá participar directa o indirectamente en otra entidad ejecutora de cooperación internacional, por el plazo de cinco (5) años”⁽⁴⁵⁾.

Cabe anotar sobre esta interpretación del TC que, en puridad, con una eventual cancelación de la inscripción de una ONG (que, como se ha señalado, está generalmente constituida jurídicamente como una asociación o fundación) en los registros conducidos por la APCI, no ocurre la disolución de la persona jurídica, ya

que esta se inscribe en el Registro de Personas Jurídicas de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, sobre la cual la APCI no tiene competencia alguna.

De allí que para justificar su decisión de declarar inconstitucional esa parte de la norma, el TC haya tenido que recurrir al argumento de que como resultado de la aplicación de esa sanción la disolución de la persona jurídica ocurriría “en la práctica”, ya que dicha sanción implicaría “la extinción de su actividad”, debido a que sus fuentes cooperantes extranjeras se negarían a brindar nuevo financiamiento a aquellas ONG. Se trataría, pues, de una disolución de hecho, aunque no de derecho.

Consideramos que tal interpretación del TC es sumamente forzada, más aún cuando el propio TC ha establecido que las ONG perfectamente pueden realizar sus actividades al margen del régimen de la CTI, para lo cual previamente deben renunciar a los beneficios patrimoniales derivados de dicho régimen. ¿Acaso las ONG que no están sometidas al régimen de la CTI ven afectada o menoscabada su condición de personas jurídicas? ¿La desconfianza que generaría en las fuentes cooperantes extranjeras la cancelación de la inscripción de una ONG en los registros de la APCI es una razón jurídicamente sostenible para afirmar que ello genera la disolución de la persona jurídica? En ambos casos consideramos que la respuesta es negativa.

No compartimos, pues, la posición del TC en este extremo. Más bien, consideramos pertinentes los fundamentos del voto singular del magistrado Vergara Gotelli, quien señala que la capacidad sancionadora del Estado a través de la APCI, no hace sino reconocer el ejercicio monopólico de esta potestad por parte del Estado que requiere de mecanismos de coacción para hacer efectivo el cumplimiento de sus exigencias; caso contrario no se trataría de obligaciones impuestas sino de “meras indicaciones”⁽⁴⁶⁾. Al respecto, habíamos considerado anteriormente que el establecimiento de faltas y sanciones era necesario, 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 que requiere de la previa tipificación de las infracciones⁽⁴⁷⁾.

Asimismo, coincidiendo con el citado magistrado, consideramos que esta potestad sancionadora no lesiona el derecho fundamental a la asociación reconocido por el artículo 2, inciso 13 de la Constitución, toda vez que no impone requisitos para su ejercicio sino establece límites que garantizan la no vulneración de otros bienes constitucionales también relevantes para

(43) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamentos 110 y 113.

(44) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 116. El resaltado es nuestro.

(45) STC N° 0009/0010-2007-PI, fundamento 116.

(46) STC N° 0009/0010-2007-PI, voto singular del magistrado Juan Francisco Vergara Gotelli.

(47) SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. Ob. cit. Pág. 287.

la convivencia en sociedad; concretamente, la norma cuestionada (y declarada inconstitucional por la mayoría de votos) no significa un agravio directo al derecho de asociación invocado por los recurrentes.

IX. CONCLUSIONES

1. La Ley de Creación de la APCI, antes de ser modificada por la Ley N° 28925, ya establecía la potestad supervisora, controladora y fiscalizadora de la APCI respecto a la Cooperación Técnica Internacional No Reembolsable (CTI) 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 incorpora tales mecanismos, a través de la creación de nuevos registros y del establecimiento de infracciones y sanciones.
2. Aunque en el presente caso el TC ha declarado la inconstitucionalidad de dos extremos puntuales de la Ley N° 28925, consideramos que, en lo fundamental, se ha confirmado su constitucionalidad. Asimismo, se ha confirmado en todos sus extremos la constitucionalidad de la Ley N° 28875, que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación Internacional No Reembolsable (SIND-CINR).
3. Luego de la aplicación del test de razonabilidad o proporcionalidad, respecto a la supuesta vulneración del principio de igualdad, el TC concluye que la Ley N° 28925 no es discriminatoria y, por tanto, no vulnera el mencionado principio-derecho.
4. El TC considera que la obtención por determinadas entidades de un beneficio patrimonial (como las exoneraciones tributarias) producto de la gestión de CTI para la satisfacción de intereses públicos, hacia los cuales el Estado tiene un especial deber de protección y garantía, justifica el someterse a determinados controles, como la inscripción ante el Registro de Proyectos de la APCI. En tal sentido, como bien lo señala el TC, nada impide que las ONG puedan evitar el régimen de supervisión y control de la APCI, renunciando a los privilegios, beneficios, exoneraciones tributarias (que no incluyen el Impuesto a la Renta), o recursos públicos que recibían; más aún si estos beneficios son, según los demandantes, tan poco relevantes.
5. Sin embargo, el TC excluye al Impuesto a la Renta del razonamiento desarrollado sobre las exoneraciones tributarias, en el sentido de considerarlas como un beneficio patrimonial que justifica el sometimiento a los controles de la APCI. Según el TC, la exoneración del Impuesto a la Renta, a la que pueden acogerse las asociaciones inscribiéndose en el registro de entidades exoneradas manejado por la SUNAT, es un beneficio que no se deriva del régimen de la CTI, por lo que no deviene en un criterio para comprender a las asociaciones dentro del ámbito de aplicación de la Ley N° 28925.
6. Respecto a la obligatoriedad de registrar información en el Registro de Proyectos de la APCI, derivada del tercer párrafo del numeral 3.1 del artículo tercero de la Ley de Creación de la APCI (luego de su modificación por la Ley N° 28925), el TC ha establecido una interpretación vinculante (siendo en este extremo una sentencia interpretativa) según la cual, la obligación de entregar información al Estado solo corresponde a las ONG que gozan de beneficio patrimonial.
7. No compartimos dicha interpretación porque, a nuestro entender, esta no puede inferirse de la literalidad de los párrafos segundo y tercero del numeral 3.1 del artículo tercero de la norma analizada. Lo que entendemos del análisis conjunto de dichos párrafos es que la potestad supervisora de la APCI en todos sus alcances, alcanzaría únicamente a las ONG cuyos proyectos financiados por la CTI se gestionan a través del Estado, o a aquellas que sin gestionarlas con la participación del Estado, hagan 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. Sin embargo, la obligación puntual de inscribir sus proyectos, programas, actividades (o gastos), en el Registro de Proyectos de la APCI, alcanzaría a todas las ONG: las ya mencionadas y, además, aquellas cuyos proyectos financiados por la CTI se realicen sin ningún tipo de intervención del Estado, ni directa ni a través de privilegios, exoneraciones o utilización de recursos estatales.
8. El TC ha determinado que la obligación de entregar información referida a los proyectos, programas o actividades, no afecta el derecho a la vida privada de las personas jurídicas, ni otros derechos constitucionales como el impedimento de que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar, la inviolabilidad de domicilio, o el secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados. Al respecto, el TC considera que tales proyectos, programas o actividades, pueden no revestir mayor interés para el gobierno, o incluso su interés puede ser no promoverlos; pero ello no supone que no revisitan interés para la Constitución, o que puedan implementarse al margen o en contra de ella. De allí la necesidad de garantizar su publicidad, la misma que es tributaria de los principios constitucionales de publicidad, transparencia y proscripción de la corrupción.
9. Sin embargo, sobre la obligación de inscribir la ejecución del gasto, el TC considera que esta norma pretende que las personas jurídicas del sector no lucrativo entreguen al Estado información que incluiría la presentación de documentos que la sustenten, como contratos, comprobantes de pago y demás documentos privados; lo que configuraría una vulneración del artículo 2 inciso 7 de la Constitución por lo que el Tribunal ha declarado inconstitucional dicho extremo de la norma.
10. Por nuestra parte, consideramos que de la norma analizada no se desprende la obligación de las ONG de entregar, junto a una declaración jurada sobre la ejecución de sus gastos, la información sustentatoria correspondiente, como contratos, comprobantes de pago y demás documentos privados, por lo que no debió haber sido declarada inconstitucional. En todo

caso, si existía el temor que alguien interprete que dicha disposición contiene tal obligación (la cual sería inconstitucional), hubiera bastado con que el TC establezca que, de la misma, no puede interpretarse la existencia de la mencionada obligación.

11. Sobre la supuesta afectación a la libertad de contratación el TC ha establecido que si bien es cierto la libertad contractual deriva de la ley, no es inconstitucional regular la facultad administrativa de establecer reglas jurídicas por razones de orden público.
12. El TC también ha confirmado que el establecer competencias supervisoras o fiscalizadoras a la APCI respecto a las ONG, no afecta el derecho 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 autoorganización.
13. Respecto al régimen de infracciones y sanciones, el TC realiza algunas precisiones. Sobre la infracción establecida en el inciso 1 del artículo 21 de la Ley de Creación de la APCI (no inscribirse o no renovar inscripción en los registros de la APCI), precisa que no existe obligación de inscribirse para las entidades que han renunciado a los privilegios patrimoniales del régimen de la CTI; en consecuencia, la no inscripción ni la falta de renovación del registro acarrea sanción, porque al vencer tal registro, los beneficios se extinguirían también, y por tanto, la entidad de que se trate quedaría inmediatamente excluida del régimen de control. En tal sentido, están excluidos de ser sujetos pasivos de la potestad sancionadora de la APCI: las ONG que a la fecha de entrada en vigencia de la norma, gozaban de los privilegios y beneficios por haberse inscrito voluntariamente en la APCI, no estando obligadas a renovar su inscripción una vez vencida, por lo que, de no hacerlo, no se les impondría una sanción por falta de renovación; así como las entidades que gozan de otros beneficios (que no derivan del régimen de la CTI), como la exoneración del Impuesto a la Renta.
14. Sobre la infracción establecida en el inciso 9 del artículo 21 de la referida ley (orientar los recursos de la cooperación técnica internacional hacia actividades que afecten el orden público o perjudiquen la propiedad pública o privada), el TC precisa que los supuestos de vulneración del orden público deben ser determinados casuísticamente con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y en estricto respeto del principio de legalidad del Derecho administrativo sancionador consagrado en el artículo 2 inciso 24, literal d) de la Constitución, según el cual nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.
15. Sobre la sanción establecida en el inciso d) del artículo 22 de la referida ley, el TC estima que no resulta constitucional que a través de esta norma legal se habilite a que una resolución administrativa de la APCI tenga como consecuencia “en la práctica” la disolución de la persona jurídica de las entidades de ejecución de CTI, yendo en contra de la parte final del artículo 2, inciso 13 de la Constitución, según el cual las organizaciones jurídicas sin fines de lucro, no pueden ser disueltas por resolución administrativa. A juicio del TC, esta sanción tendría como consecuencia que las fuentes cooperantes extranjeras se negaran a brindar nuevo financiamiento a las ONG sancionadas con la cancelación, marcando con ello la extinción de su actividad.
16. Consideramos sobre el particular, que una eventual cancelación de la inscripción de una ONG en los registros conducidos por la APCI, no implica en modo alguno la disolución de la persona jurídica, ya que esta se inscribe en el Registro de Personas Jurídicas de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, sobre la cual la APCI no tiene competencia alguna.
17. De allí que, para justificar su decisión, el TC haya tenido que recurrir al argumento de que como resultado de la aplicación de esa sanción la disolución de la persona jurídica ocurriría “en la práctica”, ya que implicaría “la extinción de su actividad”, debido a que sus fuentes cooperantes extranjeras se negarían a brindar nuevo financiamiento a aquellas ONG.
18. No compartimos dicha interpretación por parecernos muy forzada, más aún cuando el propio TC ha establecido que las ONG pueden realizar sus actividades al margen del régimen de la CTI, para lo cual pueden renunciar a los beneficios patrimoniales derivados de dicho régimen. En tal sentido, la desconfianza que generaría en las fuentes cooperantes extranjeras la cancelación de la inscripción de una ONG en los Registros de la APCI, no nos parece una razón jurídica sostenible para afirmar que ello genera la disolución de la persona jurídica.