



Análisis sobre la constitucionalidad de las modificaciones a la Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional

CARLO MAGNO SALCEDO CUADROS*

Resumen

El presente trabajo analiza la sentencia del Tribunal Constitucional sobre las modificaciones a la ley de creación del APCI, normas que se refieren también a la fiscalización y el registro de las ONGs. Si bien el autor se encuentra de acuerdo con varios de los alcances de la mencionada sentencia, también plantea algunos cuestionamientos a las interpretaciones del Colegiado.

Sumario: I. Introducción. II. El caso. 1. Los argumentos de los demandantes. 2. Los argumentos de la contestación de la demanda. 3. Alcances de la sentencia del Tribunal Constitucional. III. ¿Qué son las ONG u ONGD? IV. La APCI y los alcances de la supervisión que ejerce. V. La supuesta afectación al derecho-principio de igualdad ante la ley. VI. La supuesta afectación al derecho a la vida privada, a la autodeterminación informativa y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. 1. Alcances de la obligatoriedad de registrar información en el Registro de Proyectos. 2. Materias inscribibles en el Registro de Proyectos y ámbito de protección del derecho a la vida privada de las personas jurídicas. VII. La supuesta afectación a libertad de contratación. VIII. La supuesta afectación al derecho de asociación. IX. Sobre el régimen de infracciones y sanciones. X. Conclusiones.

I. Introducción

Como lo señalamos en otra oportunidad, la aprobación de la Ley N.º 28925, a través de la cual el Congreso de la República modificó la Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional, Ley N.º 27692, fue sumamente polémica¹.

En efecto, antes de su aprobación, el proyecto de ley generó una aguda polarización entre sus partidarios, quienes consideraban que era necesario que el Estado supervise las actividades de las ONG en la medida en que desempeñan roles de interés público y social, y sus detractores, que “denunciaron” que el referido proyecto 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.

En ese sentido, por ejemplo, la influyente ONG internacional Human Rights Watch, manifestó que el proyecto de ley proponía estable-

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

1 Un análisis sobre la referida norma legal, antes de la interposición de las demandas de inconstitucionalidad que originaron el proceso cuya sentencia es objeto de este estudio, fue realizado en nuestro trabajo “¿Una ley contra las ONG?”. En: *Actualidad Jurídica*, N.º 160, Lima: Gaceta Jurídica, marzo de 2007, pp. 283-288.

cer 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 interfiera en las actividades de las ONG, al otorgarle a la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (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 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.

Poco después, el Congreso de la República aprobó la controvertida Ley N.º 28925, siendo promulgada el 7 de diciembre de 2006. Sin embargo, a nuestro entender, la ley finalmente aprobada tiene marcadas diferencias respecto al proyecto de ley original.

Realizado un primer análisis de la norma en cuestión, consideramos que, desde sus inicios, la Ley de Creación de la APCI ya establecía la potestad supervisora, controladora y fiscalizadora de este órgano estatal respecto a la cooperación internacional no reembolsable canalizada a través de las ONG; aunque no establecía mecanismos idóneos para ejercer dicha supervisión. En tal sentido, uno de los objetivos de la Ley N.º 28925 fue hacer efectiva la referida potestad supervisora, a través de la creación de nuevos registros y del establecimiento de infracciones y sanciones².

Asimismo, concluimos que el establecimiento de competencias supervisoras o fiscalizadoras a la APCI respecto a las ONG, no afecta el derecho fundamental de asociación reconocido por el inciso 13 del artículo 2 de la Constitución, dado que no restringe ninguna de las tres dimensiones del derecho de asociación consideradas por el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en reiterada jurisprudencia: el derecho de asociarse, el derecho de no asociarse y la facultad de auto organización³.

También consideramos que el proyecto de ley original, que hacía extensivos a todas las ONG los mecanismos de supervisión y control que se pretendían implementar, así como la potestad del Estado de “priorizar” la cooperación internacional, de haberse aprobado en sus términos originales hubiera afectado el derecho constitucional a la libre contratación; sin embargo, a nuestro juicio, el texto finalmente aprobado por la Ley N.º 28925, que circunscribe la potestad supervisora del Estado a la cooperación internacional que se haya sido obtenida gracias a la intervención del Estado o cuando las actividades realizadas por las ONG sean apoyadas de alguna manera por el Estado, no afecta el derecho a la libre contratación, ya que, en 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. En tal sentido, concluimos que es legítimo que el Estado realice actos de fiscalización sobre la ejecución de los proyectos de cooperación internacional no reembolsable, siempre y cuando haya participado como socio, aval o contraparte para que la

2 SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. “¿Una ley contra las ONG?”, cit., p. 288.

3 *Ibidem*.

ONG haya podido obtener el financiamiento; asimismo, debería poder fiscalizar la ejecución de los proyectos gubernamentales encargados por el mismo Estado a las ONG o cuando haya contribuido a la ejecución del proyecto⁴.

Respecto al Registro de Proyectos creado por la Ley N.º 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 de información necesaria para que pueda realizar una mejor planificación de sus políticas públicas o sociales⁵.

Finalmente, señalamos en esa ocasión que el debate público realizado sobre el tema, contribuyó a que la ley finalmente aprobada supere varias de las observaciones que se le habían formulado; de modo que la Ley N.º 28925, a nuestro juicio, no contenía aspectos que afecten derechos constitucionales⁶.

Como es de amplio conocimiento público, un conjunto de ciudadanos vinculados a las ONG y diversos congresistas cuestionaron la constitucionalidad de la Ley N.º 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.º 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.

II. El caso

1. Los argumentos de los demandantes

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 Ramos⁷ y más de 5000 ciudadanos (Exp. N.º 0009-2007-PI/TC). La otra demanda fue interpuesta por 30 Congresistas de la República (Exp. N.º 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.º 28925, Ley que modifica la Ley de Creación de la APCI, N.º 27692, así como de los artículos 2 y 5 de la Ley N.º 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 los siguientes principios o derechos constitucionales, por las consideraciones que seguidamente reseñaremos:

- El derecho o principio de igualdad ante la ley.

4 Ibidem.

5 Ibidem.

6 Ibidem.

7 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 la vida privada.
- El derecho a la autodeterminación informativa.
- El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.
- El derecho a la libertad de contratación.
- El derecho de propiedad.
- El derecho a la libertad de asociación.
- 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.
- El principio de tipicidad de las sanciones administrativas.

Según los demandantes, anteriormente sólo 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 *a través de instancias estatales peruanas*, mientras que en los demás casos dicha inscripción era facultativa. Es decir, lo que cuestionan los demandantes es que, con la entrada en vigencia de las normas impugnadas, se exija que tales entidades se inscriban en dicho Registro, no sólo cuando la cooperación técnica 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.

Siguiendo con la mencionada línea argumentativa, los demandantes señalan que la participación del Estado a través de los beneficios, privilegios y exoneraciones que se conceden a algunos proyectos de las entidades que ejecutan cooperación técnica internacional es mínima o poco significativa. En tal sentido, la existencia de alguna semejanza no es suficiente para justificar el mismo trato a situaciones distintas; siendo 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 sólo porque la primera es activa y la segunda pasiva, sino porque en éste último caso, no se trata de privilegios significativos, sino más bien ínfimos.

En tal sentido, a juicio de los demandantes, el artículo 1 de la Ley N.º 28925 (al modificar el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley de Creación de la APCI), 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.

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 cooperación internacional privada, en un registro que conduce la APCI (el denominado Registro de Proyectos).

Sobre dicha disposición, que obliga a las ONG a registrar sus proyectos, programas o actividades que ejecuten con recursos privados de la Cooperación Técnica Internacional, sin ninguna participación del Estado, los demandantes consideran que a través de ella se pretende que las orga-

nizaciones 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, así como del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

Siempre según los demandantes, la transparencia en la actuación de las entidades de cooperación técnica internacional está garantizada por mecanismos privados de autorregulación, no de imposiciones que provengan desde el Estado. Sin perjuicio de ello, continúan los demandantes, 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.

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 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 supervisor del cumplimiento de los contratos celebrados entre entidades privadas, en donde nada tiene que hacer el Estado más que permitir la libertad de contratación.

Respecto a la vulneración a la libertad de asociación y del derecho a participar en la vida política, económica, social y cultural de la nación, 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 los demandantes que el artículo 9 de la Ley N.º 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 las infracciones administrativas.

2. Los argumentos de la contestación de la demanda

El Congreso de la República, a través de su procuraduría, contesta las referidas demandas expresando, fundamentalmente, lo seguidamente reseñado.

En cuanto a las presuntas vulneraciones del derecho a la vida privada, del derecho de autodeterminación informativa o del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, la demandada considera que las mismas quedan desvirtuadas dado que la información que se consigna en el registro que conduce la APCI no está referida a datos íntimos o sensibles, sino se trata de una información estrictamente relevante para un registro de carácter público e informativo, el cual se ordena en un marco de transparencia.

Por el contrario, señala la Procuraduría del Congreso de la República, la norma cuestionada, al ordenar la publicación de programas, proyectos, actividades y la ejecución de gasto de los recursos de la cooperación técnica internacional en el registro de la APCI, promueve el libre y pleno ejercicio del derecho fundamental de la libertad de información y difusión y de esta forma fomenta una cultura democrática. Asimismo, dicha disposición tienen la finalidad de contar con una relación ordenada de entidades que gestionan cooperación técnica internacional, así como conocer las áreas en las que dicha cooperación se dirige para que el Estado pueda verificar donde no mantiene una suficiente participación.

Respecto de la presunta vulneración del derecho de igualdad ante la ley, la demandada mani-

fiesta que la característica objetiva y común para establecer este tratamiento uniforme es que, en la ejecución de actividades con cargo a recursos de la cooperación técnica internacional, el Estado participa a través de la gestión de los recursos o al otorgar privilegios como exoneraciones, beneficios tributarios, o recursos públicos. En tal sentido, la norma no establece ninguna obligación de registrarse para efectos de la fiscalización por la APCI a aquellas entidades que gestionan cooperación técnica internacional sin participación del Estado o que no deseen hacer uso de algún privilegio. Asimismo, la norma impugnada no impide que quienes deseen renunciar a los privilegios (exoneraciones o inmunidades) de las que gozaban puedan hacerlo y en consecuencia, dejar de ser sujetos de fiscalización.

3. Alcances de la sentencia del Tribunal Constitucional

El TC consideró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad acumulada; al declarar la inconstitucionalidad de los siguientes extremos de Ley N.º 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”.

Cabe señalar que el referido numeral establece lo siguiente (siendo las partes subrayadas las modificaciones realizadas por el artículo 1 de la Ley N.º 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 22º 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.”

Es decir, 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 (se refiere al Registro de Proyectos), 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.º 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.º 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”

Sobre este extremo de la sentencia, es menester señalar que el artículo 9 de la Ley N.º 28925 incorpora 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 de un nuevo título (Título V: Infracciones y Sanciones). En tal sentido, el artículo 21 incorporado por el artículo 9 de la Ley N.º 28925, 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 artículo 9 de la Ley N.º 28925, determina las sanciones derivadas de las infracciones mencionadas, siendo estas, según la gravedad de la infracción cometida, 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.

De lo manifestado se concluye que 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, referidos o derivados de la cancelación de la inscripción en los registros conducidos por la APCI.

En todo lo demás, la demanda es desestimada, por lo que se confirma la constitucionalidad del resto de la Ley N.º 28925; así como la de la Ley N.º 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; aunque antes resulta pertinente definir a qué nos referimos cuando hablamos de las ONG.

III. ¿Qué son las ONG u ONGD?

Como lo señalamos en nuestro anterior análisis sobre la constitucionalidad de la Ley N.º 28925⁸, las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) u Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo (ONGD), son la parte del más importante de la denominada 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. De hecho, son su parte más institucionalizada y organizada.

Las ONG u ONGD aparecieron en nuestro país en un contexto de intensa movilización política y de cambio social, entre las décadas de los sesenta y ochenta, basados en un discurso desarrollista. Desde sus orígenes se han dedicado y se siguen dedicando a las siguientes tareas:

– Provisión de diversos bienes y servicios públicos y cuasi públicos, usualmente a favor de los sectores más pobres de la sociedad, sustituyendo tanto el mercado como el Estado cuando han fallado previamente en suministrar dichos bienes y servicios. De este modo han estado cerca de los sectores populares, teniendo con ellos una suerte de alianza estratégica.

– Promoción del desarrollo, mediante el fortalecimiento del capital social a través de la educación social popular. Con ello, han contribuido a elevar las capacidades de la gente para actuar más eficientemente dentro del mercado, o para integrarla al mercado.

– Investigación académica y aplicada, labor en la que han llegado a ser tan o más importantes que las Universidades.

– Defensa de los derechos humanos, dentro de cuyos objetivos han luchado por lograr la equidad social en temas como la equidad de género.

– Protección del medio ambiente.

– Diseño y ejecución de proyectos de desarrollo social, habiendo llegado a constituirse en ejecutores de programas gubernamentales, como los programas de FONCODES (Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social del Perú); habiendo acumulado una rica y amplia experiencia en los temas de políticas sociales.

– Generación de propuestas de políticas sociales, basadas en un relativo conocimiento acumulado y dotadas de factibilidad.

– Canalización de recursos provenientes de la filantropía internacional, con lo cual han con-

8 SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. Op. cit., pp. 283-285.

tribuido y contribuyen a aumentar los recursos financieros destinados a la satisfacción de las demandas sociales.

Es decir, el rol fundamental de las ONG u ONGD ha sido y es promover el desarrollo de los sectores sociales pobres, tanto urbanos como rurales. Esta labor de promoción social ha sido posible gracias al auxilio de la cooperación internacional.

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

Jurídicamente, las ONG u ONGD no tienen un status legal definido en nuestra legislación, por lo que asumen generalmente la forma jurídica de asociaciones 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. En tal sentido, las ONG desempeñan una función de interés social y público, libremente asumida por sus asociados.

IV. La APCI y los alcances de la supervisión que ejerce

En el mes de abril de 2002, por mandato de la Ley N.º 27692, se creó la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI) como organismo público descentralizado adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores.

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.”

Cabe destacar que antes de su modificación por la Ley N.º 28925, dicha norma ya establecía la potestad de la APCI de supervisar y fiscalizar la cooperación internacional no reembolsable, así como la correcta utilización de los recursos que reciben las ONGD domiciliadas en el país; tan es así que mediante el numeral 3.3 del artículo tercero (numeral incorporado por el artículo 2 de la Ley N.º 28386 y que no ha sido modificada por la Ley N.º 28925), se establece que: “El control, supervisión y fiscalización de la Cooperación Internacional no reembolsable y la correcta utilización de los recursos que reciben las organizaciones no gubernamentales de desarrollo domiciliadas en el país, está a cargo del Director Ejecutivo de la APCI...”

Es decir, la posibilidad que tiene la APCI de supervisar a la cooperación técnica internacional no reembolsable, es una potestad que ya había sido atribuida a dicha agencia de cooperación desde el momento mismo de su creación, en abril de 2002. Asimismo, la Ley N.º 28386, vigente desde el 14 de noviembre de 2004, le añadió a la referida potestad supervisora, la de controlar y fiscalizar dicha cooperación internacional, así como la correcta utilización de los recursos que reciben las ONGD domiciliadas en el país⁹.

⁹ SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. Op. cit., p. 285.

Por otro lado, la Ley N.º 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.*”

En tal sentido, cabe destacar que, mediante la modificación aprobada por la Ley N.º 28925, se ha circunscrito la potestad supervisora de la APCI únicamente a la cooperación internacional no reembolsable que se gestiona a través del Estado, o a aquella que sin estar gestionada con la participación del Estado, haga uso de privilegios tributarios, exoneraciones, recursos estatales o cuando la entidad cooperante originaria sea un organismo bilateral o multilateral del que el Estado es parte.

Al circunscribir la potestad supervisora de la APCI a la cooperación internacional gestionada a través del Estado, el texto aprobado por la Ley N.º 28925 pone la discusión en un escenario distinto al ocurrido antes de su aprobación, en cuyo contexto la discusión se centraba en la posibilidad que tendría el Estado de supervisar a cualquiera de las ONG o de establecer prioridades sobre sus proyectos¹⁰.

Por nuestra parte, consideramos que si el Estado ha tenido algún nivel de intervención que haya permitido o facilitado la obtención de la cooperación internacional para la ejecución de un proyecto, sea por haberse constituido en contraparte o socio de la ONG, o sea porque ha decidido ejecutar el proyecto a través de una ONG, 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 estatales¹¹.

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 lo cual ha obtenido el correspondiente financiamiento de la cooperación internacional, 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.

V. La supuesta afectación al derecho-principio de igualdad ante la ley

Como hemos adelantado, los demandantes cuestionan el hecho que la Ley N.º 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 cooperación técnica internacional que, según ellos,

10 Ibidem.

11 Ibidem, p. 286.

se encuentran en situaciones distintas: las ONG cuyos proyectos (financiados por la cooperación técnica internacional) 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 cooperación técnica internacional, es cualitativamente distinta de la que se despliega al brindar exoneraciones y privilegios; no sólo porque la primera es activa y la segunda pasiva, sino porque en éste último caso, no se trata de privilegios significativos, sino más bien ínfimos. Por tal motivo, los demandantes consideran que esta disposición infringiría el principio de igualdad jurídica.

Sobre el particular, el TC, en primer término, delimita la igualdad como derecho y la igualdad como principio constitucional, señalando que la igualdad como derecho fundamental 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. 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)¹².

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 proscribiera 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 razonables¹³.

Luego, con el objeto de determinar si en un caso concreto un trato desigual es o no discriminatorio y, por 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*¹⁴.

Aplicado el *test* de igualdad al presente caso, el Tribunal concluye lo siguiente¹⁵:

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), corresponde determinar 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 (cooperación técnica internacional) es idónea.

En tal sentido, puede concluirse que una de las finalidades esenciales del Estado social y de-

12 STC Exp.N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 20.

13 STC Exp.N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 20.

14 STC Exp.N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 21.

15 STC Exp.N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 22.

mocrático de Derecho es promover el desarrollo integral del país, y que su legitimidad radica en alcanzar el progreso social y económico de la Nación; 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.

De ahí que, según el Tribunal, 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 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.

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 Tribunal 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”¹⁶.

Asimismo, el TC considera necesario establecer que el artículo 1 de la Ley N.º 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.

Finalmente, a criterio del TC, dicha medida no es gravosa ni 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 a ello acceder a los privilegios y beneficios otorgados 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 se verían obligados a someterse a la fiscalización y control desarrollados a través de dicha agencia estatal.

En este punto, sin embargo, es necesario 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. En efecto, 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, “que duda cabe, es un beneficio que no se deriva del régimen de la CTI, y que sólo responde al trato diferenciado que nuestro ordenamiento tributario les dispensa con relación a otro tipo de contribu-

16 STC Exp.N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 22. El subrayado es nuestro.

yentes, 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) Respecto al *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.

Sobre el particular, el TC reitera su posición señalada en abundante jurisprudencia, de que 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, 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 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.

En conclusión, para el TC, 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.º 28925 no es discriminatoria, y, por tanto, no vulnera el mencionado principio-de-recho¹⁷.

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 lo 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 tributarios (que no incluyen el Impuesto a la Renta), o recursos públicos que recibían; más aún si estos beneficios son tan poco relevantes.

VI. La supuesta afectación al derecho a la vida privada, a la autodeterminación informativa y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados

Los demandantes también cuestionan la disposición que obliga a las ONG a inscribir sus proyectos, programas o actividades, y la ejecución del gasto que realizan con recursos de la cooperación internacional privada, sin ninguna participación del Estado, en el Registro de Proyectos que conduce la APCI.

Los demandantes consideran que a través de dicha disposición se pretende que las ONG brinden

17 STC Exp.N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 23.

al Estado información que no contiene un interés público o social que justifique objetivamente su intromisión; lo cual a su entender vulnera el derecho a la vida privada, así como del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

1. Alcances de la obligatoriedad de registrar información en el Registro de Proyectos

Cabe señalar sobre el particular, en primer término, que existe un problema de 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.º 28925), que 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, el “párrafo precedente” (el segundo párrafo) señala que:

“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.”

En este párrafo, consideramos, se alude a entidades que se encuentran en dos supuestos distintos:

a) Aquellas que gestionan cooperación internacional sin la participación de los organismos del Estado; y

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

De acuerdo con 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.”¹⁸

Vale decir, según lo que entendemos del análisis conjunto de los párrafos segundo y tercero de la norma mencionada, la potestad supervisora de la APCI en todos sus alcances, alcanzaría únicamente a las ONG que gestionan sus proyectos financiados por la cooperación internacional 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 cooperación internacional se realicen sin ningún tipo de intervención del Estado, ni directa ni a través de privilegios, exoneraciones o utilización de recursos estatales.

En el mismo sentido lo han interpretado 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 que este pueda realizar una mejor planificación de sus propias políticas públicas o sociales (haciendo la salvedad,

18 SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. Op. cit., p. 286.

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)¹⁹.

Sobre este particular, sin embargo, el TC, mediante la sentencia comentada, ha establecido una interpretación distinta, la misma que en ese extremo se enmarca dentro de la categoría de *sentencia interpretativa desestimatoria*²⁰. 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 que entendemos nosotros), “sólo correspondería a aquéllas 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.”²¹

No compartimos dicha interpretación porque, a nuestro juicio, la misma no se infiere de la literalidad de los párrafos segundo y tercero del numeral 3.1 del artículo tercero de la norma analizada. 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)”²², o que no hay duda 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.”²³

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.

2. Materias inscribibles en el Registro de Proyectos y 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:

19 *Ibidem*.

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

21 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 46.

22 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 27.

23 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 31.

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

En tal sentido, el TC considera pertinente determinar si dichos contenidos afectan el derecho a la vida privada de las personas jurídicas, para lo cual señala que 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 otros²⁴.

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 daño²⁵.

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 corrupción²⁶.

Sobre el principio de transparencia, el TC no comparte la afirmación de los demandantes de que este principio regula la actividad estatal, y no la actividad privada. Al respecto, dicho Tribunal considera que si bien dicho principio debe 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; ya que la corrupción y otras formas de funcionamiento irregular ocurren tanto en las instancias del Estado como 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 los mismos afectan a la colectividad, y desde ese punto de vista, interesan a todos y a cada uno de los ciudadanos²⁷.

Teniendo en consideración 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 dichos proyectos, programas o actividades 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 misma que es tributaria de los referidos principios constitucionales (publicidad, transparencia y proscripción de la corrupción)²⁸.

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, que pertenecen al ámbito 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

24 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 43.

25 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 44.

26 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 45.

27 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamentos 50 y 51.

28 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 59.

traslación de tales principios no puede desnaturalizar ni afectar la autonomía de la voluntad y la privacidad económica de las entidades que gestionan CTI²⁹.

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 dispositivo³⁰.

No obstante, el TC deja claramente establecido 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 tributaria³¹.

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 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.

Sin embargo, 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 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 Constitución³², lo cual ha servido de sustento para establecer, vía interpretación, que la obligación de entregar información sólo corresponde a las ONG que gozan de algún beneficio patrimonial.

VII. La supuesta afectación a libertad de contratación

Consideran los demandantes que las normas cuestionadas vulneran el derecho a la libre contratación, ya que 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 esta entidad gubernamental puede priorizar la CTI, por lo que podría orientar los recursos de esta cooperación a los fines de la política estatal, aún cuando fueran distintos a los acordados por el donante y la entidad ejecutora.

La presunta afectación a la libertad de contratación fue uno de los aspectos sobre el que más insistieron los detractores de la Ley N.º 28925, desde antes de la interposición de las demandas

29 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamentos 60 a 62.

30 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 63.

31 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 65.

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

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 resumimos³³.

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 constitucional, cuya consecuencia es que las personas pueden actuar según su libre albedrío, dentro de los parámetros del ordenamiento jurídico, lo cual se resume en el axioma jurídico según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

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 haberse aprobado en la Ley N.º 28925 un texto que circunscribe las potestades de la APCI de supervisar y de establecer prioridades a la cooperación internacional no reembolsable que se gestiona a través del Estado, o que cuenta con su participación o apoyo, consideramos que se subsanó 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 mecanismos de fiscalización pactados, no pueden ser modificadas salvo acuerdo de las partes, ya que el citado artículo 62 no sólo 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, debido a que los recursos y fondos de la CTI están afectos a fines de alta significación económica y social, no es sustentable jurídicamente derivarlos y dejar-

33 SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. Op. cit., pp. 287-288.

los al manejo antojadizo y arbitrario de quiénes podrían no asumir con lealtad constitucional la responsabilidad de su gestión. En tal sentido, estos recursos y fondos, 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 ostenta una situación subjetiva de disposición 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, y no exclusivamente de carácter sinalagmático; lo cual no supone una intromisión en un ámbito estrictamente privado, en la medida 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 Constitución³⁴.

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 la referida planificación del sector público sólo puede darse cuando 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 indicativo³⁵.

En resumen, el TC establece en esta parte de su sentencia 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 público³⁶.

VIII. La supuesta afectación al derecho de asociación

Respecto a la supuesta vulneración a la libertad de asociación y del derecho a participar en la vida política, económica, social y cultural de la nación, 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.

Sobre la presunta afectación al derecho de asociación, anteriormente³⁷ 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 sólo el derecho de asociarse, sino también el de establecer la organización propia del ente constituido, así como la delimitación de sus finalidades, con sujeción a las Constitución y a las leyes. En tal sentido, según la jurisprudencia del TC (incluyendo la sentencia objeto del presente análisis)³⁸, el contenido esencial del derecho de asociación está constituido por:

34 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamentos 71 a 73.

35 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 84.

36 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 82.

37 SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. Op. cit., p. 287.

38 STC 0009/0010-2007-PI, fundamento 89.

a) El *derecho de asociarse*, entendiendo por tal a la libertad de las personas para constituir asociaciones, así como la libertad de pertenecer a aquellas ya constituidas.

b) El *derecho de no asociarse*, es decir, el derecho de no ser obligado a formar parte de una asociación o la libertad para dejar de pertenecer a la asociación.

c) La *facultad de auto organización*, es decir, la posibilidad de que la asociación decida libremente, sin ninguna ingerencia, su propia organización, que se materializa a través de su estatuto, el cual vincula a todos los asociados. El principio de auto organización permite encauzar el cumplimiento de los fines y objetivos de la asociación, de la manera más conveniente a los intereses de las personas adscritas a ella.

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

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 sus tres dimensiones: el derecho de asociarse, el derecho de no asociarse, ni la facultad de auto organización³⁹.

Dicha conclusión es confirmada por el TC en esta reciente sentencia, al señalar 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 ejecutar la CTI (ya que dicha obligación sólo 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 inscripción⁴⁰.

De otro lado, TC establece que 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. Por tanto, 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, como podría ocurrir en el caso de alguna de las sanciones establecidas en la Ley N.º 28925, conforme será analizado seguidamente⁴¹.

IX. Sobre el régimen de infracciones y sanciones

Según los demandantes, el régimen de infracciones y sanciones incorporado por la Ley N.º 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.

Sobre el particular, el TC, antes de analizar específicamente el régimen de infracciones y sanciones establecido por la cuestionada ley, establece algunas cuestiones generales. Así, considera, en principio, que el legítimo ejercicio del derecho de asociación no puede ser sancionado o

39 SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. Op. Cit., p. 287.

40 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamentos 94 a 96.

41 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamentos 92 y 93.

penalizado ni puede acarrear consecuencias desfavorables⁴². 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 ciudadanos⁴³.

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 incumplimiento⁴⁴.

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 encomendados⁴⁵.

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*), el TC 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 control⁴⁶.

En tal sentido, el Tribunal, “para mayor claridad” 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.*⁴⁷

Sobre este último punto, recuérdese lo señalado en el ítem V de este estudio (específicamente en la parte que reseñamos lo manifestado por el TC sobre el subprincipio de necesidad), sobre la exoneración del Impuesto a la Renta.

b) Sobre la infracción establecida en el inciso 9 (*orientar los recursos de la cooperación técnica*

42 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 97.

43 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 101.

44 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 100.

45 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 102.

46 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 108.

47 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 108.

internacional hacia actividades que afecten el orden público o perjudiquen la propiedad pública o privada), el TC precisa que el orden público no es un concepto jurídico elástico o carente de contenido que permita justificar cualquier despropósito. En tal sentido, 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”. De esta forma, el TC valida plenamente la constitucionalidad de este supuesto de infracción impugnado⁴⁸.

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, a juicio del TC, 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.”⁴⁹

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. Es decir se trataría de una disolución de hecho, aunque no lo sea 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

48 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamentos 110 y 113.

49 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 116. El subrayado es nuestro.

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 efectiva el cumplimiento de sus exigencias; caso contrario no se trataría de obligaciones impuestas sino de “meras indicaciones”⁵⁰. 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 misma que requiere de la previa tipificación de las infracciones⁵¹.

Asimismo, coincidiendo con el magistrado Vergara Gotelli, 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 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.

Finalmente, estando a la declaración de inconstitucionalidad de la sanción de cancelación de la inscripción en los Registros de la APCI, 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”⁵².

X. Conclusiones

1. La Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional, desde sus inicios, ya establecía la potestad supervisora, controladora y fiscalizadora de la APCI respecto a la cooperación internacional no reembolsable canalizada a través de las ONG; sin embargo, no establecía mecanismos idóneos, desde el punto de vista de los objetivos de la ley, para ejercer dicha supervisión. En tal sentido, la Ley N.º 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.º 28925, en lo fundamental, se ha confirmado su constitucionalidad. Asimismo, se ha confirmado en todos sus extremos la constitucionalidad de la Ley N.º 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, en cuanto se refiere a la supuesta vulneración del principio de igualdad, el TC concluye que la Ley N.º 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 intere-

50 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, voto singular del magistrado Juan Francisco Vergara Gotelli.

51 SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. Op. cit., p. 287.

52 STC Exp. N.º 0009/0010-2007-PI, fundamento 116.

ses 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. 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, renunciado a los privilegios, beneficios, exoneraciones tributarios (que no incluyen el Impuesto a la Renta), o recursos públicos que recibían; más aún si estos beneficios son 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 norma impugnada.

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.º 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 sólo corresponde a las ONG que gozan de beneficio patrimonial.

7. No compartimos dicha interpretación porque, a nuestro entender, la misma 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 dichos proyectos, programas o actividades 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 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 corresponde declarar la inconstitucionalidad de dicho extremo del dispositivo.

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 cual la norma 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 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. Asimismo, el TC ha confirmado que el establecimiento de competencias supervisoras o fiscalizadoras a la APCI respecto a las ONG, no afecta el derecho fundamental de asociación reconocido por el inciso 13 del artículo 2 de la Constitución, dado que no restringe ninguna de las tres dimensiones del derecho de asociación: el derecho de asociarse, el derecho de no asociarse y la facultad de auto organización.

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 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, 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 asociaciones, fundaciones y demás formas de organización jurídica sin fines de lucro, no pueden ser disueltas por resolución administrativa. A juicio del TC, esta forma de disolución de una entidad asociativa tendría como consecuencia 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.

16. Al respecto consideramos 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 ya que nos parece 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. 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 jurídicamente sostenible para afirmar que ello genera la disolución de la persona jurídica.