

Hacia la Búsqueda de la Regulación de las OSC's: control social o control económico del Estado/Gobierno?

Beatriz Parodi Luna
Asociación Peruana ExAlumnos del IDLO (APEIDLO)
beatrizparodi@gmail.com

Resumen

En la actualidad, en América Latina, nuevamente enfrentamos desafíos derivados de cuestionamientos por parte del Estado respecto de la actuación de las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC's), en especial respecto de aquéllas que reciben Cooperación Técnica Internacional, por el uso y manejo de dichos recursos hacia proyectos de "interés público o social". El caso peruano no está ajeno a ese contexto general y, por tanto, se han dado modificaciones a normas legales existentes, concretamente a las funciones de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional-APCI destinadas a establecer mecanismos de fiscalización a las actividades de tales organizaciones. Dicha reforma legal ha generado un debate público y jurídico, que en la actualidad en el Perú se ha traducido, inclusive, en una acción de inconstitucionalidad en curso; cuyo debate nos lleva a plantearnos una pregunta central: ***¿Cuál debe ser el rol del Estado frente a las OSC?, ¿Cómo lograr un "adecuado" balance entre Transparencia de las OSC y Fiscalización del Estado?*** El presente trabajo analiza, desde el punto de vista legal, a partir de la experiencia vigente en el Perú, el rol y/o influencia del marco regulatorio en este debate, considerando que el marco legal suele traducir una política pública. Así, en este caso, si en verdad existe una "política" (¿?) del Estado en la búsqueda de mayor transparencia y legitimidad de las OSC; bajo el principio general contenido en la Constitución Política del Perú que el "Estado orienta el desarrollo del país". Por tanto, el presente trabajo de investigación está dentro del rubro de ensayo, esto es, reflexiones de carácter teórico (especialidad jurídica), pero también desarrollado a partir de la práctica profesional y trabajo de campo realizado como consultora legal e investigadora en temas del Tercer Sector, desde hace más de 15 años.

I. MARCO CONCEPTUAL: ALCANCES DEL PRESENTE TRABAJO

El presente trabajo se enfoca en la actuación de las denominadas Organizaciones No Gubernamentales u Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo receptoras de Cooperación Técnica Internacional, de acuerdo a la denominación que se utiliza concretamente en el Perú; a las que, en adelante llamaremos simplemente ONG'S.

Tradicionalmente se ha dicho que las ONG's se definían en términos de lo que no son: no son gubernamentales (del Estado), no son lucrativas y, de ahí, que formen parte del vasto universo integrado por organizaciones del Tercer Sector, diferente a los clásicos dos primeros Sectores, el Sector Público (identificado con el Estado) y el Sector Privado o empresarial (identificado con las entidades lucrativas: sociedades comerciales, entre otras).

A partir de la redefinición de los roles tradicionalmente asignados a estos tres grandes Sectores en las tres últimas décadas, se aprecia la articulación o integración, bajo diferentes modalidades, del Estado, las empresas y las OSC'S (como parte de ellas las ONG'S). En este devenir, como se indica en la Presentación General del evento, claramente las ONG'S han

pasado “de la protesta a la propuesta”, generándose alianzas entre el Estado que “delega” determinadas funciones y las empresas socialmente responsables, con las ONG’S, en la ejecución de programas o proyectos de desarrollo o de interés público.

Al mismo tiempo, resurgen, sin embargo, debates y/o “enfrentamientos” históricos bajo una “demanda pública” de mayor transparencia y legitimidad en la actuación de las ONG’S. En el caso del Perú dicha demanda, sin embargo, se da fundamentalmente en el ámbito de captación y aplicación de recursos, originados en la Cooperación Técnica Internacional y de no respecto de la actuación de las OSCs en su conjunto.

II. EL MARCO REGULATORIO (LEGAL) COMO EXPRESION DE POLITICA PUBLICA RESPECTO DEL ROL DE LAS OSC EN EL DESARROLLO NACIONAL

El marco legal en general, está destinado a regular la coexistencia del conjunto de actores individuales o colectivos, públicos o privados, permitiendo su actuación de manera ordenada. Desde una perspectiva de análisis económico de derecho, el marco legal permite reducir los costos de transacción en el mercado. Desde una perspectiva pública o del Estado, permite cumplir, fortalecer o promover “finalidades públicas” o de “interés social”.

De este modo, por ejemplo, si se quiere promover las actividades de las OSC’s, el marco legal tributario se suele identificar como un instrumento de promoción importante, a través del otorgamiento de beneficios o exoneraciones tributarias especiales (típicamente exoneración del Impuesto a la Renta) a este tipo de organizaciones, toda vez que se asume que este mecanismo de renuncia fiscal tiene efectos redistributivos, al contribuir al fortalecimiento de organizaciones sin fines de lucro que coadyuvan en la provisión de bienes y servicios de interés social, de manera complementaria al Estado o, inclusive, en actividades o sectores en donde el Estado no participa.

Sin embargo, la creación de incentivos fiscales no es – ni debería ser – el único medio para promover y/o fortalecer a las OSC’s, debiéndose considerar la creación de marcos legales que establezcan una cobertura para la adecuada actuación de este tipo de organizaciones, considerando su naturaleza privada y, en especial, como expresión del derecho fundamental de libertad de asociación y participación ciudadana.

Así, el marco regulatorio debe procurar establecer las reglas fundamentales que permitan dar identidad legal a este tipo de organizaciones, bajo la creación de tipos de personas jurídicas comprehensivas de la variedad de expresiones organizativas que se revelan en el denominado Tercer Sector. A partir de ello, establecer las normas para su adecuado funcionamiento: naturaleza de sus miembros; tipos de órganos sociales y las pautas fundamentales para su gestión: régimen de toma de decisiones, competencias básicas, impugnación de acuerdos sociales; provisión de su patrimonio. Igualmente, el sistema de adquisición de personalidad jurídica no ha de depender de sistemas de concesión o autorización gubernativa, que implique discrecionalidad de la autoridad administrativa/estatal de turno a través de resoluciones autoritativas o concesionales; promoviéndose, en tal sentido, el mecanismo de inscripción registral o calificación de legalidad por una autoridad especializada, como mecanismo para su nacimiento como persona jurídica, esto es, sujeto autónomo de derechos y obligaciones.

De este modo, un entorno legal que regule, pero que a la vez permita la flexibilidad en la definición de su estructura organizativa interna y en la realización de sus actividades, traduce una política de promoción respecto de la OSC, ya que establece las pautas necesarias para su definición y actuación, a la vez que deja también espacio a la autorregulación, como expresión misma de la libertad de asociación.

No obstante, en determinados contextos, se suele afirmar que la existencia de marcos regulatorios flexibles no contribuye al establecimiento de reglas claras y precisas que regulen la actuación de las OSC's y, por tanto, que contribuyan a su transparencia y visibilidad; en especial cuando la actuación de este tipo de organizaciones involucra la utilización de recursos de Cooperación Técnica Internacional destinados a la ejecución de proyectos de desarrollo o interés social, en donde el Estado reivindica una participación más activa en aras de cautelar el beneficio de la colectividad.

Frente a la escasa regulación de las OSC's y, en especial, de las ONG's, el Estado levanta la bandera de la defensa del interés público, la cautela del desarrollo nacional y hasta la necesidad de salvaguardar la seguridad nacional; cuando se puede apreciar que en el fondo nos enfrentamos a entidades "incómodas" a determinado gobierno de turno y/o que captan un importante flujo de recursos del exterior.

No cabe duda que resulta saludable que las ONG's y, en general, entidades del Tercer Sector se manejen bajo criterios de transparencia y visibilidad frente a la sociedad en su conjunto, lo cual contribuirá, sin duda, a su legitimidad, no sólo frente al Estado, cuanto especialmente frente a los "beneficiarios finales" (comunidades y población objetivo en general), a favor de los cuales realizan sus actividades o se esgrime la bandera de la defensa de sus derechos. Sin embargo, al mismo tiempo, se trata de organizaciones privadas, surgidas bajo la cobertura jurídica general de la libertad de asociación, para el logro de sus objetivos, y de la libertad de contratación, a fin de establecer los convenios con sus fuentes cooperantes y alianzas con otros actores, para el desarrollo de sus proyectos.

¿Cuál debe ser, entonces, el balance entre las necesidades de transparencia de las OSC's y el rol fiscalizador o supervisor del Estado en la actuación y cumplimiento de objetivos sociales de este tipo de entidades?

Al respecto, consideramos que en la medida que las OSC's en general y, en especial, las ONG's accedan a recursos o beneficios/exoneraciones del Estado (por ejemplo, exoneraciones tributarias, participación en programas públicos, transferencia de recursos públicos), sí se justificaría el establecimiento por parte del Estado de mecanismos que garanticen la transparencia en sus actividades y aplicación de recursos a la finalidad prevista (presentación de información sobre aplicación de recursos o proyectos sociales que ejecuten, que pudieran ser inclusive de acceso público); sin que ello implique vulnerar el derecho a la privacidad de tales organizaciones así como desconocer el régimen de libertad constitucional de asociación. Así, se pueden considerar los siguientes mecanismos: establecimiento de registros administrativos especiales (ante la Administración Tributaria, si hablamos de exoneración de Impuesto a la Renta; por ejemplo); presentación de información sobre aplicación de recursos y/o ejecución de proyectos.

A este nivel, es importante rescatar el rol de la autorregulación, como expresión de la libertad de asociación de las OSC's, a fin de establecer voluntariamente las pautas para su actuación en general y, de manera específica, para la ejecución de proyectos sociales o de desarrollo a

su cargo. En efecto, en el caso peruano, si bien la regulación (Código Civil) en materia de asociaciones civiles (figura más utilizada por las entidades del Tercer Sector) es bastante flexible y quizás hasta omisa en muchos aspectos relevantes de la vida social de este tipo de organizaciones, es importante que, a través de sus estatutos o reglamentos internos, se establezcan disposiciones que regulen aspectos importantes vinculados a los siguientes temas: conflictos de intereses, lineamientos internos para el manejo de proyectos. Igualmente, el establecimiento de redes, de adhesión voluntaria, a través de las cuales se establezcan códigos de conducta común a sus miembros sería una buena fórmula que contribuiría a una mayor transparencia y claridad respecto del rol y actuación de las OSC's.

III. LA EXPERIENCIA ACTUAL EN EL PERU.- ROL DEL APCI

3.1. Cuál es la tipicidad legal de las ONG's en el Peru?

En el Perú, las denominadas ONG's (Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo) no son un tipo especial de persona jurídica, sino que se constituyen formalmente bajo las figuras legales de la asociación y fundación (reguladas en el Código Civil), de la cual la más utilizada es la asociación civil, dada la flexibilidad de su regulación.

El nombre de ONG en la legislación peruana se refiere a una "calificación administrativa" derivada del Registro denominado "Registro de Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo Receptoras de Cooperación Técnica Internacional (ONGD-PERU)", constituidas en el Perú, a cargo actualmente de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional - APCI, que es la entidad rectora de la Cooperación Técnica Internacional adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores.

El Reglamento de la Ley de Cooperación Técnica Internacional (Decreto Legislativo N° 719) del Perú dispone que caracteriza a estas organizaciones el tener finalidad no lucrativa y realizar acciones de desarrollo que involucran cooperación técnica internacional en una o más de las modalidades señaladas en la Ley. Es decir, no todo tipo de personas jurídicas sin fines de lucro (asociaciones o fundaciones) constituidas en el Perú, podrán acceder a la inscripción en dicho registro administrativo; sino en la medida que: (i) ejecuten programas o proyectos de desarrollo y (ii) canalicen cooperación técnica internacional (fuentes cooperantes). La inscripción en dicho Registro tiene una vigencia de dos años, renovable, previa presentación anual de la información pertinente sobre las actividades realizadas, con indicación de los proyectos o actividades a los que se destinaron los recursos recibidos por cada fuente cooperante; así como de la información respecto a los dos años siguientes, cuando se solicite la renovación.

3.2. Cuál es el contexto general de la relación Estado-ONG's en el Perú en los últimos años?

Como hemos señalado anteriormente, el Código Civil del Perú regula de manera muy flexible y, quizás escasa (son sólo 19 artículos) a las asociaciones civiles. A su vez, cuando realizan acciones que involucran Cooperación Técnica Internacional existe una regulación específica, vinculada con un registro administrativo a cargo del APCI.

De este modo en el caso de ONG's no hay, en general, una regulación expresa respecto del tipo de actividades económicas, políticas o de *lobby* que pueden realizar este tipo de entidades; así

como respecto de la obligatoriedad de presentar balances u otro tipo de documentos financieros. Por tanto, la realización de actividades de las ONG's es bastante amplia, siempre que se respeten los límites legales generales siguientes: (i) no se vulnere la finalidad no lucrativa que caracteriza a las asociaciones civiles, (ii) se trate de actividades comprendidas o derivadas de su objeto social (principio de especialidad en materia de personas jurídicas); y (iii) no se atenten contra el orden público, las buenas costumbres o normas imperativas. Tampoco existe regulación legal expresa sobre la composición de los órganos directivos de este tipo de organizaciones o conflictos de intereses.

Por otra parte, a lo largo de los últimos años, ha habido en el Perú diversos intentos por fiscalizar o controlar la actividad y, más concretamente, la utilización de recursos de las ONG's; inclusive, en algunos casos, con propuestas de establecer hasta topes de remuneraciones a sus directivos, por considerarse la vulneración de la finalidad no lucrativa en el caso de asociados que ocupaban cargos directivos o gerenciales en una ONG. Sin embargo, durante la década de los 90's, correspondiente al gobierno de Fujimori, si bien éste mantuvo relaciones de hostilidad contra ciertas ONG, especialmente en el campo de los derechos humanos y defensa de la democraciaⁱ, ello no se tradujo en el establecimiento de normas legales destinadas a su control, manteniéndose el mismo régimen legal, a nivel del Código Civil y, en especial, de la legislación de Cooperación Técnica Internacional. No obstante, tampoco se dieron normas que promovieran su actuación; específicamente no se generaron mayores incentivos de carácter tributario.

Dentro de este contexto legal y de situación general en la relación ONG's-Estado, es importante anotar el rol promotor e innovador de las ONG's; especialmente para cubrir espacios donde el Estado no ha querido o no ha podido ingresar. De este modo, se atribuyen a las OSC's en general, y como parte de ellas a las ONG's, las siguientes contribuciones: (i) provisión de servicios "públicos" o de interés social, en áreas como desarrollo urbano o rural, especialmente en la contribución para la generación de recursos propios vía actividades económicas sostenidas, microfinanzas, educación, salud; (ii) innovación; (iii) *advocacy* o atención pública de problemas y promoción de cambios; caso de fomento de transparencia en actos eleccionarios, derechos humanos, temas de género; (iv) creación de líderes; (v) fortalecimiento de la democracia y de la sociedad civil.ⁱⁱ

Pese a dichas fortalezas, se suele anotar que una limitación o debilidad importante, que interesa especialmente dentro del marco legal anotado en el Perú, es el tema relativo a la "rendición de cuentas" (*accountability*) de las OSC's en general. Si bien las ONG's más importantes, en términos de su reconocimiento público o trayectoria institucional, tienen desarrollados mecanismos de transparencia (se encuentran registradas en el registro de ONG's de APCI y, por tanto, presentan sus planes y proyectos en forma periódica a dicha entidad; llevan contabilidad y balances al día; tienen desarrollados mecanismos de información pública, por ejemplo, a través de páginas webs propias), " (...) la mayoría de estas entidades no ha desarrollado mecanismos de rendición de cuentas confiables o duradero, el problema parece estar asociado a las características de la sociedad peruana en general"ⁱⁱⁱ.

En efecto, muchas ONG's actúan en función de proyectos específicos marcados, a su vez, por las tendencias de las fuentes cooperantes del exterior y, por tanto, no han desarrollado lineamientos generales de carácter institucional; igualmente los mecanismos de control se libran a las propias decisiones de sus directivos y/o asociados. No existe, por tanto, una cabal y generalizada conciencia de la importancia de crear mecanismos de fiscalización y rendición de cuentas, que contribuyan a su fortalecimiento institucional, más allá de los mecanismos de

rendición de cuentas, presentación de informes o similares establecidos en los respectivos convenios con sus fuentes cooperantes para la ejecución de un proyecto determinado.

3.3.Contenido e intenciones de la reforma legal realizada en el Perú

La debilidad en cuanto a la falta de rendición de cuentas de las ONG's en el Perú ha sido aprovechado, sin duda, por el Estado, a fin de justificar modificaciones legales para el control de sus actividades. “Curiosamente” tales modificaciones se dan de manera específica respecto del manejo de recursos de la Cooperación Técnica Internacional No Reembolsable (donaciones); lo cual traduce, en el fondo, un interés económico por el control de estos recursos por parte del Estado, en aras de la defensa del interés público y la promoción del desarrollo nacional.

En efecto, en el mes de diciembre del 2006, se dictó la Ley Nro. 28925, la cual no es una norma modificatoria de la ley general de Cooperación Técnica Internacional (Decreto Legislativo Nro. 719); sino que es una norma modificatoria de la Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional – APCI (Ley Nro. 27692), a fin de reforzar las funciones de dicha entidad y el carácter obligatorio de los registros administrativos a su cargo.

Cabe indicar que el proyecto de dicha norma legal modificatoria fue objeto de diversas críticas, fundamentalmente referidas a que la misma vulneraba derechos fundamentales como la libertad de asociación y contratación y derecho a la privacidad. No obstante haberse realizado algunos ajustes, lo fundamental de dicha ley fue mantenido e, inclusive, a la fecha, se ha dictado el Reglamento de Infracciones y Sanciones.

¿Cuáles son las principales modificaciones de la Ley Nro. 28925 que han merecido, inclusive, una demanda de inconstitucionalidad en giro?

- En primer lugar, dicha Ley refuerza el objeto del APCI, como ente rector de la cooperación internacional, no sólo estableciendo como funciones el de conducir, programar, organizar y supervisar la cooperación internacional no reembolsable, sino introduciendo como función el “priorizar” dicha cooperación técnica, “en función de la política nacional de desarrollo”. Este es uno de los aspectos centrales que han sido cuestionados, pues se trata de una función que interviene claramente en las relaciones jurídicas privadas – en la medida que no participe el Estado o haya transferencia de recursos estatales –, como son los convenios que celebran las fuentes cooperantes con las ONG's, en calidad entidad ejecutoras, y en donde se establecen, en virtud de la autonomía de voluntad, el ámbito de acción de los proyectos, compromisos de las partes, mecanismos de rendición de cuentas, entre otros aspectos propios de una regulación contractual privada.
- La norma se aplica, en principio a las entidades en general (no dice ONG's solamente) que gestionan cooperación internacional con la participación de los organismos del Estado; pero, luego, se incluye a aquellas entidades que hagan uso de algún privilegio, beneficio tributario o exoneración, utilicen “de alguna forma” recursos estatales, o que la entidad cooperante originaria sea un organismo bilateral o multilateral del que el Estado sea parte.

Sobre este punto, como hemos indicado anteriormente, coincidimos en que el Estado tenga una función supervisora – y, para tal efecto, pueda establecer un registro administrativo especial – cuando transfiere recursos o concede algún privilegio o

exoneración a favor de este tipo de entidades; sin embargo, no encontramos la misma justificación – salvo el interés económico del Estado/gobierno por el control de los recursos en aras del “interés público” - cuando se trata de convenios privados entre una fuente multilateral (caso BID, Banco Mundial) y una ONG ejecutora, la cual en función de su trayectoria institucional, ha accedido a ser beneficiaria de una donación directa de este tipo de fuentes multilaterales.

- Sin perjuicio de lo anterior, también se incluye en la norma “para fines de transparencia” a otras entidades que gestionan cooperación internacional, para los efectos de inscribirse en un registro especial que ha sido creado por APCI, de carácter público e informativo, donde se debe identificar cada proyecto, programa o actividad, así como la ejecución del gasto. Inclusive, “por excepción” se aplican las sanciones administrativas creadas por esta norma, concretamente la de multa.

En su defensa sobre este punto, la APCI ha señalado que dicho registro se refleja en un formato a presentar a APCI (publicado en la web: www.apci.gob.pe) muy general y que, por tanto, no existe razón que justifique la “negativa” de las ONG’s para publicitar sus proyectos; esgrimiendo, para tal efecto, la bandera de la transparencia. Si bien a la fecha dicho formato o registro puede tener un contenido mínimo, nada obsta para que en un futuro dicho formato pueda cambiar o pueda ser la puerta para una no justificada intervención estatal en una actividad esencialmente privada. La necesaria transparencia – que nadie niega – no puede, por esencia, tener un origen compulsivo.

- Se establece, para las entidades comprendidas en el ámbito de la Ley, la obligatoria inscripción en el Registro de ONGD (Registro de Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo Nacionales receptoras de Cooperación Técnica Internacional), para el caso de entidades constituidas en el Perú. Para el caso de las entidades constituidas en el exterior, se aplica el Registro Nacional de Entidades e Instituciones Extranjeras de Cooperación Internacional (ENIEX).

La inscripción en dichos registros es obligatoria para ejecutar cooperación técnica internacional, independientemente de la naturaleza jurídica de la fuente cooperante.

El incumplimiento de la obligación de inscribirse en dichos registros o no renovar su inscripción ha sido tipificado como infracción administrativa y sujeta a las sanciones administrativas de amonestación, multa, suspensión temporal de los beneficios que otorga el registro (referidos fundamentalmente a la devolución del Impuesto General a las Ventas-IGV en la adquisición de bienes y servicios en el país) y cancelación del registro.

- Inclusive la norma resulta “intimidante” respecto de las personas vinculadas a la gestión y hasta asesoría de las ONG’s en el Perú, ya que establece de manera general que “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 años”.
- Finalmente, como aspectos relevantes de esta norma legal, merece especial atención la determinación como infracción y, por tanto, sancionable, el “orientar los recursos de la cooperación técnica internacional hacia actividades que afecten el orden público o perjudiquen la propiedad pública o privada”. Como sabemos el concepto de orden público o “perjuicio” de la propiedad puede ser fácilmente interpretado o adecuado, de acuerdo a los intereses de turno de la entidad administrativa correspondiente.

Igualmente se incorpora como infracción sancionable el “hacer uso indebido de los recursos y donaciones de la cooperación técnica internacional o aplicar los mismos a

finest distintos para los cuales fueron proporcionados”; siendo dicha infracción “invasiva” de relaciones jurídicas privadas.

3.4. La acción de inconstitucionalidad

Como respuesta a la expedición de la Ley Nro. 28925 antes indicada, un grupo importante de ciudadanos, liderado por representantes de ONG`s ha presentado una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Perú contra determinados artículos de dicha norma legal. A la fecha de presentación del presente trabajo, se ha llevado a cabo la audiencia pública de informe oral; esperándose en el próximo mes la sentencia correspondiente. En todo caso, de seleccionarse el presente trabajo, esperamos comentar en el evento el resultado y alcances de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú.

El objetivo de dicha norma no es cuestionar la necesidad de transparencia y, en tal sentido, no se cuestiona en sí misma la inscripción en el Registro de ONG`s a cargo del APCI, que existe desde hace varios años (anteriormente a cargo del SECTI-Secretaría Ejecutiva de Cooperación Técnica Internacional) y la presentación de informes. De hecho, muchas ONG`s se encuentran inscritas en el registro actual a cargo del APCI y presentan sus informes de proyectos, fuentes cooperantes y otra información requerida por APCI. Lo que se cuestiona fundamentalmente es la obligatoriedad de dicho registro impuesta por el Estado y que conlleva a sanciones que afectan su actuación, cuando no exista una causa objetiva; tal como era anteriormente en que se interpretaba que dicho registro era obligatorio cuando se trataba de cooperación canalizada a través de instancias del Estado. Al mismo nivel, se cuestiona el establecimiento como “función pública” no justificable de la facultad de “priorización” a cargo del APCI y el consecuente establecimiento de infracciones sancionables de ciertas conductas originadas típicamente en relaciones privadas entre la fuente cooperante y la ONG ejecutora.

Es importante anotar, para efectos de este trabajo, que la citada demanda de inconstitucionalidad ha ubicado un conjunto de principios y/o derechos constitucionales, sustentados igualmente en tratados internacionales suscritos por el Perú, que dicha norma legal ha vulnerado; los cuales, en resumen, se ilustran a continuación:

- a) **Principio constitucional de igualdad**, el cual exige que se otorgue “trato igual a los iguales, pero desigual a los desiguales”, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú.

Es decir, la norma cuestionada estaría ubicando en el mismo nivel de control y fiscalización, a entidades privadas que ejecutan Cooperación Técnica Internacional (en adelante CTI) gestionada a través de instancias estatales, y que ya se encontraban sometidas al control y fiscalización de la APCI, con aquellas entidades que gestionan y ejecutan CTI de manera privada; esto es, de manera directa con sus fuentes cooperantes (sean entidades privadas o fuentes multilaterales: BID, Banco Mundial), tratándose dichas relaciones fundamentalmente de contratos o convenios privados (básicamente cooperación no reembolsable; legalmente donaciones)

- b) **Derecho a la vida privada o “privacidad”** de las ONG`s que reciben CTI que no reciben ningún tipo de beneficio estatal o beneficio tributario, al obligarlas a inscribir sus proyectos, programas y actividades, y la ejecución de sus gastos, en un registro público a cargo de la APCI.

Sobre el particular, se ha considerado que se trata de una intervención del Estado en la esfera de privacidad institucional cuya ilegitimidad se hace evidente al no obedecer al cumplimiento de ninguna función pública, como podría seguir el seguimiento o monitoreo de recursos públicos (que pertenecen al Estado y, por tanto, al conjunto de ciudadanos que dicho Estado “representa”) o derivado de una fiscalización tributaria, como consecuencia que el Estado - vía exoneración o beneficio tributario – ha contribuido en el fomento de las actividades de las ONG’s.

Adicionalmente, la citada demanda argumenta que esta situación lleva a que se vulneren otros derechos fundamentales como son el **derecho a la autodeterminación informativa** (derecho a mantener control sobre el uso y tratamiento de la información privada que concierne a cada individuo) y el **derecho al secreto e inviolabilidad de los documentos privados**.

- c) **Derecho a la libertad de contratación**, toda vez que la citada Ley faculta a la Administración Pública a “*priorizar*” el destino de los fondos privados de la CTI, desconociendo los fines y proyectos específicos a los que el donante, en uso de su libertad de contratación y autonomía de voluntad, ha decidido destinar sus recursos, y que han quedado plasmados en un acuerdo contractual; que inclusive puede estar regido por legislación extranjera.

Este tema, en nuestro criterio, resulta fundamental, pues revela la “intención política” del Estado, respecto al control de los recursos de la CTI que se canalizan a través de las ONG’s y que explicaría el por qué se incluyó, en un mismo nivel, a las ONG’s que canalizan recursos del Estado, reciben beneficios tributarios, con aquéllas que canalizan cooperación internacional de fuentes bilaterales o multilaterales.

Por otro lado, la norma faculta a la APCI a intervenir e incidir en contratos privados de donación legítimamente celebrados entre particulares, al permitirle hacer un ilegítimo “*seguimiento, supervisión y evaluación*” de los programas que éstos deciden ejecutar, a aplicar “*medidas correctivas*” ante su incumplimiento, e incluso a sancionar el “*uso indebido*” de los recursos de la CTI, convirtiendo a la APCI en una entidad supervisora del cumplimiento de acuerdos netamente privados

- d) **Libertad de asociación**, y como consecuencia de ello, también el **derecho a la participación en la vida política, económica, social y cultural de la nación**, al imponerles a las entidades de CTI, la obligación de inscribirse en diversos registros administrativos, como una condición para ejecutar sus proyectos, programas y actividades.

Si bien se puede argumentar legalmente que las normas cuestionadas no impiden que se constituyan e inscriban en Registros Públicos como personas jurídicas (concretamente, bajo la figura legal de asociaciones civiles o fundaciones), es evidente que el establecer la obligación de inscribirse en dichos registros administrativos, como condición necesaria para operar, vulnera su posibilidad de actuación y, en buena cuenta, el libre ejercicio de su derecho de asociación, más allá de su creación formal.

No hay que olvidar sobre este punto que la libertad de asociación comprende un haz importante de manifestaciones, que se reflejan no sólo en la libertad de asociarse, sin previa aprobación administrativa; sino también de poder desarrollar su objeto social o “interés asociativo”.

IV. REFLEXIONES FINALES

Las bondades de un marco legal flexible y muy abierto, como en el caso del Perú, a nivel de la regulación de las asociaciones civiles (tipo legal más utilizado en el ámbito de las OSC's y, en particular, de las ONG's), suele ser un aliado favorable para promover o, de otro modo, no limitar la actuación de este tipo de organizaciones. No obstante este beneficio puede, en contextos políticos adversos, convertirse en su propia amenaza; especialmente si no se encuentra generalizado e interiorizado una conciencia o política de rendición de cuentas (*accountability*), que sustente su transparencia no sólo ante el Estado sino también ante el conjunto de actores involucrados, en especial a la “población beneficiaria” a la que las ONG's dicen representar o actuar en su favor.

De este modo, en aras de lograr la transparencia y bajo la reivindicación general de la potestad pública de promover el desarrollo nacional reconocida en la Constitución Política del Perú, se propician reformas legislativas a fin de no sólo supervisar sino hasta “priorizar” las actividades de las ONG's, en concreto de la gestión de la Cooperación Técnica Internacional No Reembolsable.

En este sentido, nos preguntamos si en el fondo esta “bandera reivindicativa” es expresión de una política pública de fomento o desarrollo nacional o, en realidad, constituye un mecanismo de control y reorientación en la ejecución del flujo de recursos provenientes de la Cooperación Internacional.

Ello nos lleva a la pregunta inicial de *¿Cómo lograr un “adecuado” balance entre Transparencia de las OSC y Fiscalización del Estado?* Dicha respuesta, más que legal, está vinculada a la definición del rol del Estado frente a las Organizaciones de la Sociedad Civil en su conjunto, lo cual, ciertamente, traduce una respuesta de contenido político; siendo el marco legal un instrumento o medio de expresión de dicha política.

Así, en lo que concierne al marco legal, más allá de los intereses de turno de determinado gobierno, éste está llamado a establecer claramente las causas o motivos habilitantes que justifiquen – de manera objetiva y sin vulnerar derechos fundamentales- la supervisión del Estado a las actividades de las ONG's y OSC's en general.

Pero toca, también, a las propias OSC's en su conjunto establecer los mecanismos de autorregulación que contribuyan a una mayor transparencia y visibilidad en su actuación; lo que en definitiva contribuirá a fortalecer su continuidad e institucionalidad.

Bibliografía

De Belaunde, Javier y Beatriz Parodi, “Legislación vigente para el sector privado y sin fines de lucro en el Perú”, en Oliveira, Anna Cynthia (compiladora), en: “Marco regulador de las organizaciones de la sociedad civil en Sudamérica”, International Center for Not-for-Profit Law, Esquel Group Foundation, BID y PNUD, 1997.

De Belaunde, Javier y Beatriz Parodi, “Marco legal del sector privado sin fines de lucro en el Perú”, en “Apuntes 43”, segundo semestre 1998, Lima: CIUP, 1998.

Méndez, José Luis (Coordinador), “Organizaciones civiles y Políticas Públicas en México y CentroAmérica”, México: ISTR-Academia Mexicana de Investigación de Políticas Públicas A.C., 1998.

Portocarrero, Felipe; Cynthia Sanborn; Hanny Cueva y Armando Millán, “Más allá del individualismo: el tercer sector en el Perú”, Lima: CIUP, The Johns Hopkins University, 2002.

Notas

ⁱ Tomado del libro “Más allá del individualismo: el tercer sector en el Perú”. Felipe Portocarrero, Cynthia Sanborn, Hanny Cueva, Armando Millán. Centro de Investigación de la Universidad El Pacífico. Lima. 2002

ⁱⁱ Criterios tomados del libro “Más allá del individualismo: El Tercer Sector en el Perú”, ver nota 1.

ⁱⁱⁱ “Más allá del individualismo: el tercer sector en el Perú”, Ibid. Página 261.