

Lima, 31 de Octubre de 2006

Señores:
GRUPO PROPUESTA CIUDADANA
Presente.-

Atención: Sr Javier Azpur Azpur
Coordinador Ejecutivo

En relación a la consulta que me ha sido planteada cabe señalar que, dada la extensión y trascendencia de las modificaciones introducidas a la Ley N° 27692, que crea y regula las funciones de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional APCI, se hace necesario un análisis más prolijo, que permita sustentar con todo detalle y solidez, las distintas observaciones o cuestionamientos que cabría formular a su texto y que, a mi juicio, debieran merecer una pronta rectificación de la aprobación que el pleno del Congreso de la República le otorgara en días pasados, en una primera votación. No obstante ello y teniendo en consideración la premura con la que se me ha solicitado una opinión preliminar en torno al indicado proyecto normativo, he optado por exponer a continuación los aspectos de fondo que, a mi criterio, sirven de base para poner en cuestión varios de los contenidos del proyecto, los mismos que detallo en la parte final de este documento.

Son varios los aspectos comprendidos en el proyecto de ley que suscitan discusión o cuestionamiento, no solamente por la idoneidad o pertinencia de su contenido, sino por lo que, cuando menos algunos de ellos, implican como contravención al marco constitucional vigente en torno los derechos de asociación y a la libre contratación entre las personas, en general, así como a la creación y desarrollo de las personas jurídicas no lucrativas en particular. En efecto, en este último extremo, la Constitución de 1993, al igual que la anterior de 1979, consagró el derecho fundamental de toda persona para asociarse y crear "...diversas formas de organización sin fines de lucro, sin autorización previa" sin más exigencia que el hacerlo conforme a ley, señalando además que tales organizaciones no pueden ser disueltas por resolución administrativa. (Art.2° inciso 13)

De otro lado, al referirse el mismo texto constitucional a la libertad para contratar (Art.2° inciso 14), establece también, como única condición para su ejercicio, que la finalidad sea lícita y que no se contravenga normas de orden público.

De esa manera, tanto la anterior como la actual Constitución, han definido el marco de actuación de los particulares para el ejercicio de los indicados derechos, en un margen muy amplio de discrecionalidad, propio del ámbito privado. En función ello, se entiende que los particulares pueden actuar con absoluta discrecionalidad, sin más límites que los contemplados en el propio texto constitucional.

En la misma dirección, el título preliminar del Código Civil de 1984, norma base de todo el derecho privado, consagra en su artículo 5° del título preliminar que: "es nulo el

acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o las buenas costumbres”, estableciendo así una pauta clara para la delimitación del derecho de los particulares cuando de crear organizaciones no lucrativas o contratar se trata, ésta es, la de no contrariar orden público o buenas costumbres.

En correspondencia a tal enunciado, los artículos del mismo código que abordan las formas de disolución de las personas jurídicas de naturaleza no lucrativa, contemplan – en los supuestos en los que esa voluntad provenga de una intervención estatal- un procedimiento jurisdiccional para definir o resolver la procedencia de tal disolución, cuyo trámite compete demandar al Ministerio Público o al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, en su caso. En cualquiera de tales supuestos, el pedido de disolución debe estar sustentado en causales que objetivamente permitan afirmar que la persona jurídica se encuentra en situación que contraviene el orden público o las buenas costumbres.

En tal sentido, la libertad asociativa y la de contratación, constituyen derechos fundamentales cuyo ejercicio no admite más límites que los que la propia Constitución ha previsto. Así, conforme a la doctrina constitucional prevaleciente, el profesor Guillermo Escobar sostiene: “cuando de derechos fundamentales se trata, las intervenciones han de encontrar justificación constitucional (...) si los derechos fundamentales gozan, por definición, de rango constitucional, sólo en normas del mismo rango podrá encontrarse la justificación de lo que, también por definición, son afectaciones a las inmunidades y facultades que integran su contenido.”¹

De lo dicho, queda claro que no basta que una ley consagre supuestos de afectación a derechos fundamentales por la administración, para que éstos puedan ser admitidos como legítimos. Se trata de que tales supuestos encuentren fundamento previamente en el propio texto constitucional y, adicionalmente, que la ley en cuestión cumpla también con una exigencia específica de las leyes que afectan derechos: la claridad o certeza en la intervención.

Al respecto, el mismo autor, refiriéndose a una sentencia del Tribunal Constitucional español, señala: “ ...Aún teniendo un fundamento constitucional y resultando proporcionadas las limitaciones (en rigor intervenciones) del derecho fundamental establecidas por una ley, éstas pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación (...) Y al producirse ese resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica” (Sentencia 292/2000)²

En consecuencia , teniendo presente que el control administrativo que se pretende ejercer desde la APCI, comprende a personas jurídicas que por su naturaleza se ubican en el ámbito del derecho privado y bajo los parámetros de protección constitucional anteriormente descritos, queda claro que la ley con la que se desea modificar las

¹ Escobar Roca Guillermo: “Introducción a la Teoría Jurídica de los Derechos Humanos” Centro de iniciativas de Cooperación al desarrollo (CICODE) Universidad de Alcalá, 2004 pag..112

² Ibid, Pag. 108

funciones y competencias de dicha entidad gubernamental, no puede transgredir los márgenes establecidos por la Constitución, al señalar los límites para el ejercicio de los derechos fundamentales relativos a la libre asociación y contratación.

El texto del proyecto de ley que he tenido a la vista sin embargo, contradice o puede ser entendido en contradicción, con varios aspectos del indicado marco constitucional. Ello tiene especial relevancia, cuando se trata de otorgar a la APCI atribuciones o competencias en rubros tales como los siguientes:

- **Priorizar** la cooperación internacional no reembolsable... “en función de la política nacional y el interés público.....” (Art. 3° , numeral 3.1)
- “Dictar las medidas correctivas que considere necesarias” (Art. 4° , literal f)
- Conducir un registro de observancia **obligatoria** para ejecutar cooperación técnica internacional, **independientemente de la naturaleza jurídica de la fuente cooperante.** (Art. 4° inc.m)

Al margen de los aspectos descritos, tiene especial relevancia lo dispuesto en el artículo 21° del proyecto, referido a la determinación de infracciones. En efecto, tales supuestos deben ser objeto de una revisión cuidadosa, toda vez que varios de ellos han sido redactados de manera imprecisa o abierta, vulnerando así los principios de reserva legal e interdicción de la arbitrariedad, que deben orientar la actuación de todo órgano de la administración.

Mención aparte merece la facultad de aplicar como sanción la cancelación del registro para ejecutar cooperación técnica internacional, toda vez que, por las características de las personas jurídicas comprendidas, esta sanción equivale a una suerte de extinción de las mismas, contraria al mandato constitucional que las protege contra medidas de esa naturaleza.

Sin duda, existen otros importantes aspectos a considerar que, por la brevedad de este documento, no ha sido posible abordar. No obstante ello, quedo a su disposición para proceder a una ampliación del mismo, si así lo estimasen necesario.

Atentamente

Walter Albán Peralta
Reg. CAL N° 8043