



**ESTUDIO REGIONAL SOBRE  
MARCOS REGULATORIOS DE LAS  
ORGANIZACIONES DE LA  
SOCIEDAD CIVIL EN AMÉRICA LATINA**

Paula Raccanello Storto | Septiembre, 2014

**Mesa de Articulación de Plataformas Nacionales y  
Redes Regionales de América Latina y el Caribe**

**Proyecto Regional “Mesa de Articulación y sus aliados del sur  
aumentan sus capacidad de incidencia y diálogo  
con gobiernos y sector privado”  
2013- 2014**

---

*Este documento se ha realizado con la ayuda financiera de la Unión Europea.  
El contenido de este documento es responsabilidad de la Mesa de Articulación y en modo  
alguno debe considerarse que refleja la posición de la Unión Europea.*

---

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>7</b>
Capítulo 1	
<b>CONTEXTO INTERNACIONAL</b> .....	<b>14</b>
Capítulo 2	
<b>MARCOS CONSTITUCIONALES Y LIBERTAD DE ASOCIACIÓN</b> .....	<b>20</b>
Capítulo 3	
<b>PARTICIPACIÓN, CIUDADANÍA Y CONTROL SOCIAL</b> .....	<b>26</b>
<i>Participación a Nivel Local</i> .....	<i>27</i>
<i>Control Social y Cuentas Públicas</i> .....	<i>28</i>
<i>Acceso a la Información</i> .....	<i>30</i>
<i>Acciones Judiciales en Defensa del Interés Público</i> .....	<i>30</i>
<i>Articulación entre las OSCs y los Estados y las OSCs en la creación de ambientes favorables al desarrollo de las mismas</i> .....	<i>31</i>
<i>Incidencia e Iniciativas Independientes</i> .....	<i>32</i>
Capítulo 4	
<b>LEGISLACIÓN GENERAL SOBRE LAS ORGANIZACIONES</b> .....	<b>36</b>
<i>Normas Relativas al Derecho Civil y Comercial</i> .....	<i>36</i>
<i>Normas Relativas al Derecho Tributario</i> .....	<i>46</i>
<i>Normas Relativas al Derecho Administrativo</i> .....	<i>49</i>
Capítulo 5	
<b>PROPUESTAS Y CONCLUSIONES</b> .....	<b>60</b>
<i>No-interferencia, Participación y Financiamiento como Dimensiones del Derecho Fundamental de la Libertad de Asociación</i> .....	<i>60</i>
<i>Derecho Fundamental de la Personalidad Jurídica Sin Fines de Lucro</i> .....	<i>61</i>
<i>No retroceso</i> .....	<i>61</i>
<i>Régimen Jurídico de Derecho Privado de las OSCs en las relaciones de financiamiento público</i> .....	<i>63</i>
<i>Propuestas</i> .....	<i>64</i>
<i>No interferencia</i> .....	<i>64</i>
<i>Participación</i> .....	<i>66</i>
<i>Financiamiento</i> .....	<i>67</i>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>72</b>

## INTRODUCCIÓN

Sabemos que el surgimiento de las Organizaciones de la Sociedad Civil y su actuar en beneficio de los intereses de sus miembros, de la participación, así como de la garantía y protección de derechos y bienes comunes no es un fenómeno reciente. Al día de hoy, las Organizaciones de la Sociedad Civil asumen, nuevamente, un papel primordial que se ejerce a través de iniciativas independientes de participación, control social y formación de alianzas intersectoriales dirigidas a la defensa y garantía de derechos.

Basándose en la importancia de tales Organizaciones, la Mesa de Articulación de América Latina y El Caribe y sus aliados del sur, entidad que congrega plataformas, asociaciones y redes nacionales de OSCs de varios países latinoamericanos, ha desarrollado, con apoyo de la Unión Europea, un proyecto titulado *“Mesa de Articulación de ALC y sus aliados del sur aumentan su capacidad de incidencia y diálogo con gobiernos y el sector privado”*, cuyo objetivo es diagnosticar la situación y promover, a partir del perfeccionamiento de capacidades y políticas dirigidas hacia la sustentabilidad, un ambiente propicio para la acción de las OSCs de la región.

El presente Estudio Regional, como parte integrante del referido proyecto, tiene como objetivo presentar, comparativa y sistemáticamente, los principales análisis y conclusiones en relación a los marcos regulatorios de las tres subregiones estudiadas, es decir, considerando la legislación aplicable a las OSCs en cada uno de los países de la región y los mecanismos de los que se dispone para posibilitar la participación de los ciudadanos.

En este sentido, el presente estudio comprenderá el análisis comparado de la información reunida a partir de los Estudios Subregionales sobre los marcos jurídicos de las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSCs) del Cono Sur, de América Andina y de América Central, los cuales presentan: la caracterización general de las condiciones jurídicas, analizando en que medida estas cumplen los parámetros internacionales sobre ambientes habilitantes; informaciones tanto sobre los aspectos comunes que son transversales a las regiones, como aquellos que son diferenciadores de los países o regiones; reflexión política sobre los actuales marcos jurídicos que favorecen la configuración de ambientes habilitantes para las OSCs; apreciación de nuevas propuestas que existan en la región tendientes a favorecer el funcionamiento de las OSCs; y ejes de acción hacia una propuesta regional sobre los marcos jurídicos que favorezcan ambientes habilitantes para las OSCs, siendo éstos clasificados entre aquellos de medio y largo plazo, de acuerdo con la capacidad de incidencia de estas organizaciones y cuanto favorecen, o no, la vinculación colaborativa entre los Estados Nacionales y las

OSCs como agentes de desarrollo.

Las informaciones que constan en este informe se basan en un minucioso trabajo colectivo de recolección y análisis de datos y del esfuerzo técnico conjunto de un selecto grupo de consultores especializados en los respectivos países, en el marco del proyecto **“Mesa de Articulación de ALC y sus aliados del sur aumentan su capacidad de incidencia y diálogo con gobiernos y el sector privado”** durante el año 2013 y de su posterior compilación en tres informes subregionales: **(I) del Cono Sur y Brasil**<sup>1</sup>, que abarca el análisis de los marcos regulatorios de Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay – elaborado por Felipe Viveros (Acción – Asociación Chilena de Organismos no Gubernamentales); **(II) de la Región Andina**<sup>2</sup>, compuesto por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela – elaborado por Luis Castillo Paulino (Asociación Nacional de Centros de Investigación, Promoción Social y Desarrollo, ANC – Perú); y **(III) De América Central y México**<sup>3</sup>, que estudia la legislación de México, Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua – elaborado por Patricia Lucki (Fundación para el Desarrollo de la Innovación de Centroamérica).

Es importante destacar que el presente trabajo no tiene la finalidad de reproducir las informaciones de los estudios subregionales recién citados, ni tampoco busca profundizar las investigaciones realizadas o las informaciones de los países. Lo que pretende es solamente recalcar, en el formato de una síntesis comparada, los puntos de mayor relevancia que fueron analizados, tomando en cuenta los objetivos primordiales del proyecto de la Mesa. Buscando la confirmación de entendimientos entre los contenidos sintetizados en las etapas subregionales, se creó la oportunidad de consultas y aclaraciones junto a los respectivos informantes subregionales.

De este modo, lo que buscamos es darle mayor centralidad a las informaciones sobre los marcos jurídicos de los países estudiados que contribuyen o imponen barreras al desarrollo de las Organizaciones de la Sociedad Civil – OSCs.

Un desafío que surgió en la elaboración de este estudio, al comparar, sistematizar e identificar puntos en que los marcos jurídicos de los países contribuyen o bien imponen barreras al desarrollo de las Organizaciones de la Sociedad Civil, es que cada informe subregional utilizó metodologías y sumarios propios.

Ante esto, para darle visibilidad al presente estudio, nos propusimos el siguiente sumario, el cual fue utilizado como base para los trabajos de sistematización del material y análisis comparado:

<sup>1</sup> Viveros, Felipe. “Síntesis Comparativa: Marcos Jurídicos de las Organizaciones de la Sociedad Civil en los Países del Cono Sur y Brasil”, Asociación Chilena de Organismos No Gubernamentales - ACCIÓN, documento preparado para el Proyecto Regional Mesa de Articulación de América Latina y el Caribe y sus Aliados del Sur, Santiago, 2014.

<sup>2</sup> Paulino, Luis Castillo; Huaman, Josefina. “Estudio sobre los Marcos Jurídicos de las Organizaciones no Gubernamentales en la Región Andina”, Asociación Nacional de Centros de Investigación, Promoción Social y Desarrollo, ANC – Perú, Lima, 2014.

<sup>3</sup> Lucki, Patricia. “Marcos Jurídicos de la Participación Ciudadana y las Organizaciones no Gubernamentales en México, Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua”, Fundación para el Desarrollo de la Innovación de Centroamérica, Guatemala, 2014.

**1. Contexto Internacional:** presentación del contexto internacional en relación a la Libertad de Asociación y algunos análisis y datos internacionales sobre el marco regulatorio de las OSCs en el mundo.

**2. Marcos Constitucionales y Libertad de Asociación:** en este apartado presentaremos el contexto internacional y los marcos constitucionales de la Región de América Latina sobre las OSCs y el tratamiento dado a la Libertad de Asociación relatados en los informes subregionales.

**3. Participación, Ciudadanía y Control Social:** este apartado contiene los puntos más relevantes de los informes subregionales sobre el marco legal de la participación ciudadana y existencia de mecanismos estructurantes de participación, de la democracia directa o semidirecta, y del control social ejercido por los individuos y por las OSCs, incluyendo referencias de buenas prácticas y dificultades para su concretización.

**4. Legislación General sobre las Organizaciones:** esta parte del estudio trata sobre los principales puntos destacados en las legislaciones de los países en relación a las OSCs, a partir de las informaciones disponibles en los informes subregionales. Con la finalidad de facilitar la comparación y análisis, hemos subdividido este apartado en otros tres, a partir de las áreas del Derecho que inciden sobre las OSCs, que son: (i) Normas Relativas al Derecho Civil y Comercial; (ii) Normas Relativas al Derecho Tributario; y (iii) Normas Relativas al Derecho Administrativo.

• **Normas Relativas al Derecho Civil y Comercial**

Agrupa las informaciones generales relativas a las normas de Derecho Civil y Comercial a partir del contenido de los informes subregionales, tales como la creación y funcionamiento de las entidades, tipos jurídicos (asociaciones, fundaciones), normas de gobernanza de las OSCs, necesidad o no de autorización para el funcionamiento, capacidad legal, patrimonio, financiamiento, desarrollo de actividades económicas.

• **Normas Relativas al Derecho Tributario**

Expone informaciones generales sobre las normas relacionadas al tratamiento tributario de las OSCs. En este punto, son abordados temas como inmunidades y exenciones, incentivos fiscales a las donaciones, impuestos incidentes sobre las actividades de las OSCs, y la efectividad de los procedimientos administrativos existentes para la obtención de las exenciones, inmunidades e incentivos fiscales.

• **Normas Relativas al Derecho Administrativo**

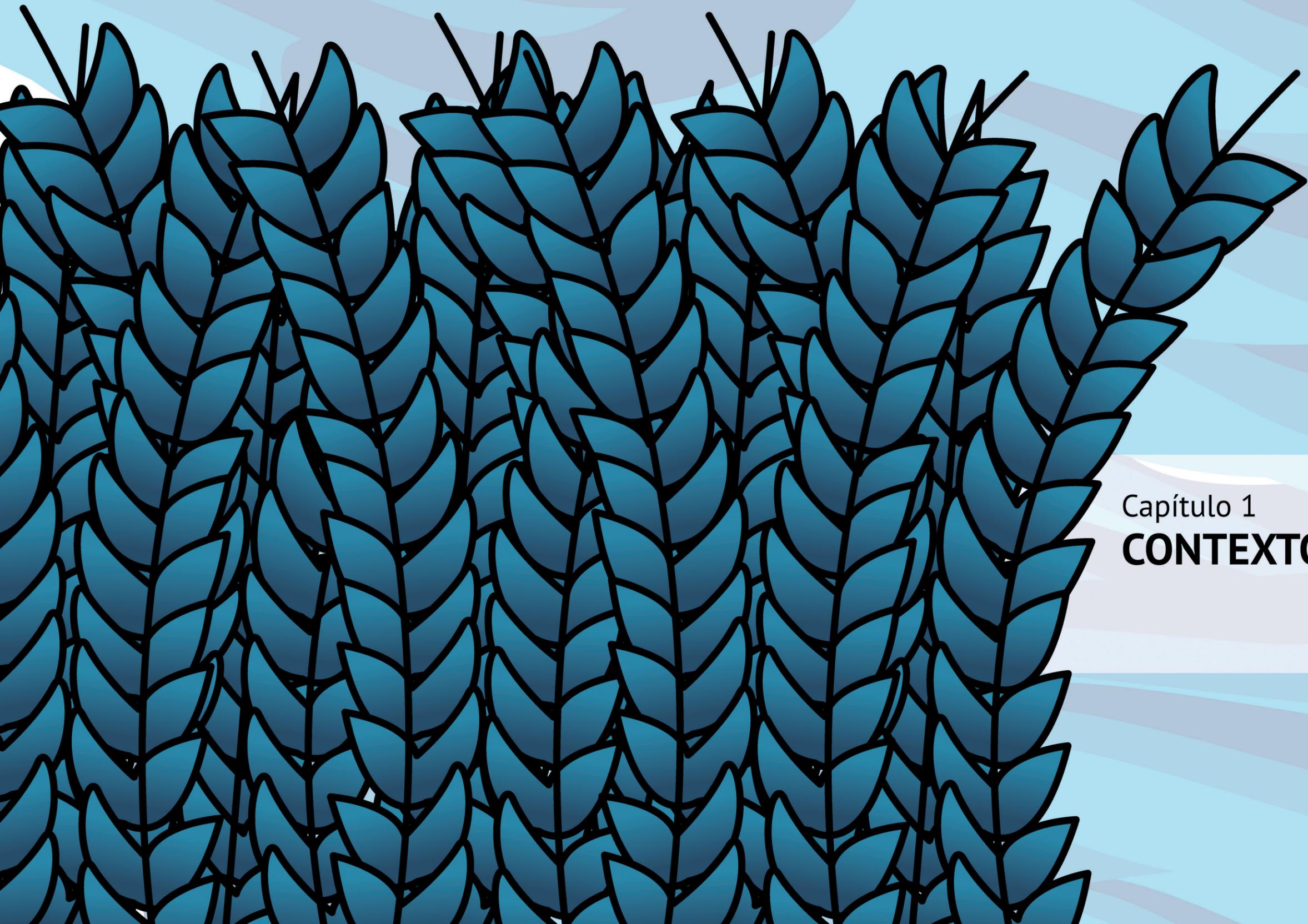
Presenta informaciones generales sobre las normas de derecho público en aspectos no tributarios, relacionados a las OSCs, tales como las normas que regulan la interacción

entre las OSCs y el Estado, fiscalización, financiamiento público y legislación penal.

**5. Propuestas y Conclusiones:** este Capítulo presenta algunas reflexiones políticas y propuestas para fomentar la formación de ambientes habilitantes al desarrollo de las OSCs y su relación con los gobiernos y el sector privado. Hemos incluido en este ítem una apreciación sobre las propuestas de proyectos de ley, anteproyectos e iniciativas ciudadanas que constan en los informes subregionales, así como también realizaremos un análisis y una propuesta regional de iniciativas a ser desarrolladas para tal fin.

**6. Bibliografía:** constan las referencias bibliográficas utilizadas en la elaboración del presente estudio.

Nuestra expectativa es que los contenidos presentados aquí en relación a los marcos jurídicos de las OSCs en las subregiones estudiadas, contribuyan hacia la formulación de propuestas de reformas legales u otras mediadas que posibiliten, cada vez más, el ejercicio de Libertad de Asociación, fomentando, articuladamente, la acción de las OSCs, de manera independiente, autónoma y sustentable.



Capítulo 1

# **CONTEXTO INTERNACIONAL**

## Capítulo 1.

## CONTEXTO INTERNACIONAL

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ONU) establece en su artículo 20 que “*Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas*” y que “*Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación*”.

Del mismo modo, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en su artículo 16, expresa la Libertad de Asociación, estableciendo que “*Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole*” y que “*El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás*”.

Es menester de la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizar casos de violaciones de estos derechos luego que la jurisdicción nacional de los países miembros no resuelva. En el caso de Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua, que son parte del Sistema de Integración Centroamericana (SICA)<sup>4</sup>, del cual también participan Belice, Costa Rica, Panamá y República Dominicana, hay también posibilidades de discusión en la Corte Centroamericana de Justicia.

Es importante registrar que, en septiembre de 2010, fue creada una Relatoría Especial por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, con el objetivo de estudiar la temática de las libertades de reunión pacífica y de asociación. El primer informe salido a la luz establece las mejores prácticas y cuestiones para

orientar a los Estados en la promoción y protección de las libertades de reunión y de asociación pacíficas, tanto en el plano formal, como en el plano material. Este documento, presentado por el relator especial Maina Kiai, el día 20 de junio de 2012, durante la vigésima sesión del Consejo, en Ginebra: (i) reconoce que el derecho a la Libertad de Asociación abarca el análisis del trato dado por los países hacia las organizaciones de la sociedad civil, como también a los partidos políticos, sindicatos, entidades religiosas, entre otras organizaciones privadas e independientes del Estado; (ii) indica que la principal dificultad enfrentada por estas organizaciones en diversos países del mundo es el control estatal anterior a sus creaciones, toda vez que se condicione su instalación y funcionamiento a la necesidad de “autorizaciones” públicas; (iii) ratifica que los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación cumplen un papel decisivo en el surgimiento y existencia de sistemas democráticos eficaces, en la medida que son favorables al diálogo, a la tolerancia, al pluralismo y a la abertura de espíritu, a partir de los cuales son respetados los grupos minoritarios y opiniones divergentes; y (iv) igualmente constata que el derecho a la Libertad de Asociación está ligado a la capacidad de acceso de las organizaciones a fondos y recursos financieros.

Durante la Asamblea General del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, ocurrida el 27 de septiembre de 2012, fue editada la Resolución que reconoce la importancia cardinal de una sociedad civil global libre y auto-organizada, y la Libertad de Asociación como un elemento para su configuración, manteniendo así la continuidad de trabajo de la relatoría y reforzando su importancia<sup>5</sup>. De este modo, en abril de 2013, fue presentado el segundo informe temático al Consejo de

<sup>4</sup> El protocolo de Tegucigalpa, de 1991, el cual instituye la SICA dispone un Comité Consultivo como “el órgano de la sociedad independiente y autónoma, organizada a fin de reforzar la integración, el desarrollo y la democracia en América Central”, debiendo “promover la participación activa de la sociedad civil, de modo que el proceso de integración responda eficazmente a las realidades, necesidades e intereses de la población de la región”, guiándose para tal fin por los principios de la regionalidad, representación, participación, autonomía, solidaridad y equidad.

<sup>5</sup> La resolución indica que el respeto a los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, en relación a la sociedad civil, contribuye en dirección de enfrentar y dar solución a desafíos y cuestionamientos que son importantes para la sociedad, tales como el medioambiente, el desarrollo sostenible, la prevención de la criminalidad, el tráfico humano, la capacitación de mujeres, la justicia social, la defensa del consumidor y para la garantía de todos los derechos humanos.

Derechos Humanos de la ONU, elaborado por el Sr. Maina Kiai, el cual trataba del derecho de las OSCs a buscar, garantizar y utilizar recursos financieros de fuentes nacionales e internacionales. Como continuación de estos trabajos, el Sr. Maina Kiai, en octubre de 2013, expuso ante la Asamblea General de la ONU su tercer informe temático, el cual discute cómo las libertades de reunión y de asociación son pertinentes para el proceso democrático, durante y entre las elecciones, así como se constituye como un medio vital para la participación de individuos y grupos de individuos en asuntos públicos. Finalmente, en el mes de junio de 2014, el autor presentó al Consejo de Derechos Humanos de la ONU un informe sobre los desafíos enfrentados por grupos sociales en mayor situación de riesgo, o que se encuentran al margen de la sociedad, ya sea en razón de las barreras que cotidianamente enfrentan, o bien en relación al ejercicio de sus derechos de libertad pacífica de reunión y asociación.

Los informes presentados siguen una línea temática que obedece, de cierta forma, a la lógica evolutiva que normalmente se comprueba en los procesos de afirmación de derechos humanos: una etapa inicial de reconocimiento formal y positivación en el ámbito global, una segunda etapa de internalización y, por último, la subsecuente extensión de esta esfera general hacia la protección de grupos específicos. A pesar de los avances alcanzados hasta ahora, en particular en los que se refieren a la afirmación de la Libertad de Asociación y de los derechos fundamentales de las OSCs en el contexto internacional, inclusive habiendo transcurrido 4 años desde la creación de la Relatoría Especial, la realidad nos ha mostrado que su trabajo continúa siendo actual y necesario.

En este sentido, la segunda edición del Informe “**Protegiendo a la Sociedad Civil**” (“*Protegendo à Sociedade Civil*”), de coautoría entre el *International Center for not-for Profit Law – INCL*, y el *Word Movement*

*of Democracy Secretariat at the National Endowment for Democracy (NED)*, publicado en 2012, ofrece informaciones sobre el gran número de gobiernos, no solamente los de índole autoritario, que están usando medidas legales y reglamentarias para restringir a la sociedad civil; medidas que este informe analiza y clasifica en seis categorías: (1) barreras a la entrada; (2) barreras al funcionamiento; (3) barreras a la expresión y defensa; (4) barreras a la comunicación; (5) barreras a la creación; y (6) barreras a los recursos.

El Informe arriba citado afirma que el impacto de medidas legales restrictivas va más allá de las organizaciones e individuos que inmediatamente se sujetan a ellas, produciendo un decaimiento de la sociedad civil de forma más amplia y más difícil de medir. Finalmente, el texto describe una tendencia prevalente en el contexto de los regímenes autoritarios y semiautoritarios hacia una regulación más dura y punitiva a las organizaciones de la sociedad civil, existiendo, todavía, razones de preocupación también en las democracias desarrolladas o consolidadas, citando, por ejemplo, el caso de Argentina, donde la ley permite la disolución de una OSC cuando se estima “necesario” o es “relevante para el interés público”, o el ejemplo de los Estados Unidos, donde grupos de libertades civiles han relatado el cierre de instituciones de caridad supuestamente asociadas a grupos terroristas, así como la violación del sigilo telefónico y de correspondencia.

De forma específica en relación a la barrera a los recursos, el Informe asevera que la ley puede ser usada con fines de restringir la capacidad de las OSCs para garantizar los recursos necesarios, transformándose esto en un verdadero obstáculo en vías del financiamiento; igualmente presenta un catálogo ilustrativo de normas que establecen estas barreras en diversos países, autoritarios y democráticos, que van desde Venezuela, Egipto, Zimbabue, hasta Argentina y Estados Unidos.

Se comprueba, por lo tanto, la existencia de una tendencia internacional de recrudescimiento en la legislación de los países en relación a las OSCs.

Del mismo modo, en el ámbito global, aumenta la preocupación relativa a que la regulación de los países sobre las Organizaciones de la Sociedad Civil no se constituya como una barrera al desarrollo de este segmento, en concordancia a la Libertad de Asociación. Esto ya que, la existencia de OSCs libres, plurales e independientes tiene directa correlación con la garantía y preservación de la democracia, en un mundo cuyos desafíos a enfrentar dependen de una mejor interacción entre gobierno y sociedad.

Tales organizaciones se dedican a los temas más diversos, no solamente en los países en que se constituyeron, sino también como verdaderos sujetos de derecho internacional, facilitando la integración de la población de los diferentes países en los temas relacionados al desarrollo, la ciencia, la ayuda humanitaria, cuestiones ambientales y climáticas, el combate contra el hambre, la lucha contra la corrupción, propiciando, de este modo, que sus respectivas colaboraciones ocurran en la esfera internacional, incluso en algunos casos, con acento y representación junto a organismos internacionales.

En palabras de Eduardo Szasi, “Las ONGs son sujetos de derecho de la misma manera que las organizaciones intergubernamentales, ya que ellas han sido creadas por sujetos de derecho internacional legítimos en una típica relación de representación, en la condición de organismos previstos por la ley y encargados de funciones determinadas, los cuales, con observancia de deberes y responsabilidades, fueron diseñados por sus constituyentes “con la competencia necesaria para que esas funciones sean efectivamente realizadas”<sup>6</sup>

Ocurre que, a pesar de su reconocimiento histórico y de la relevante función social que ejercen, el escenario en

el que se encuentran insertas las OSCs en los países estudiados – lo cual nos parece similar a lo que se verifica en las más diversas partes del mundo – no siempre los Estados se han mostrado favorables al fomento y a la continuidad de su trabajo. Obstáculos políticos, “clientelismos”, arbitrariedades legislativas y el poder discrecional estatal son algunas de las barreras muchas veces impuestas por el propio Estado.

Algunos factores destacan cuando buscamos explicar las razones para este endurecimiento de la legislación de los Estados en relación a las OSCs.

Una de ellas es la insuficiencia de mecanismos tradicionales de representatividad de las personas en la política. Las Organizaciones de la Sociedad Civil (en América Latina, especialmente durante las dictaduras militares), pasaron a ser identificadas como espacios alternativos de participación política. Sin embargo, con la redemocratización y la incorporación de mecanismos de consulta y participación de las OSCs en el proceso de toma de decisión política, éstas pasaron a ser vistas por un segmento de la sociedad como instituciones formales de participación, muchas veces burocráticas y limitadas. El desinterés de los jóvenes por los partidos políticos y procesos electorales sería parte de este fenómeno. El incremento de otras formas de participación también.

Otro factor decisivo es la universalización de *internet*. Las redes son ambientes de interacción y ambientes de participación, en las cuales las manifestaciones no son planificadas y no existe un punto central que oriente la movilización. De este modo, el ambiente virtual permite que las personas sean escuchadas sin intermediarios. Según la opinión del sociólogo brasileño Augusto de Franco<sup>7</sup>, los medios de comunicación e *internet* favorecen la interactividad de modo que los eventos comienzan a ocurrir en tiempo real. La llamada fenomenología de la interacción permitió que las diversas manifestaciones públicas de ocupación de

las calles ocurridas en diferentes partes del mundo durante los últimos años (Túnez, Egipto, São Paulo, Madrid, Venezuela, entre otras), hayan evidenciando claramente el hecho que las regulaciones estatales no son suficientes para atender las demandas que surgen en la sociedad.

Una tercera razón, de índole regulatoria, es la existencia de normas más represivas de combate al terrorismo después del 11 de septiembre. Tal como indica el Informe “*Counter-terrorism, ‘policy laundering’ and the FATF: legalising surveillance, regulating civil society*”, publicado en 2012, por el *Transnational Institute*, la creación de un sistema internacional de control del lavado de dinero y el combate al terrorismo (Financial Action Task Force – FATF) enaltece a países que aplican legislación represiva contra estos fenómenos.

El sistema arriba referido, bajo el argumento de que las OSCs son vulnerables a los abusos cometidos por acciones terroristas, exige que las organizaciones sean registradas y estén legalmente obligadas a dar cuenta de lo que hacen a los gobiernos, es decir, que suministren informaciones y se amparen al poder de la policía.

El autor del estudio, Ben Hayes, señala que el FARF, en sus acciones de monitoreo, critica la posición de los gobiernos en relación a la recepción de recursos desde el exterior a través de OSCs, evaluándolos de forma negativa. Coincidentemente, países como Arabia Saudita, Túnez y Egipto, los cuales poseen una legislación extremadamente rígida y represiva, recibieron un alto puntaje según las evaluaciones realizadas.

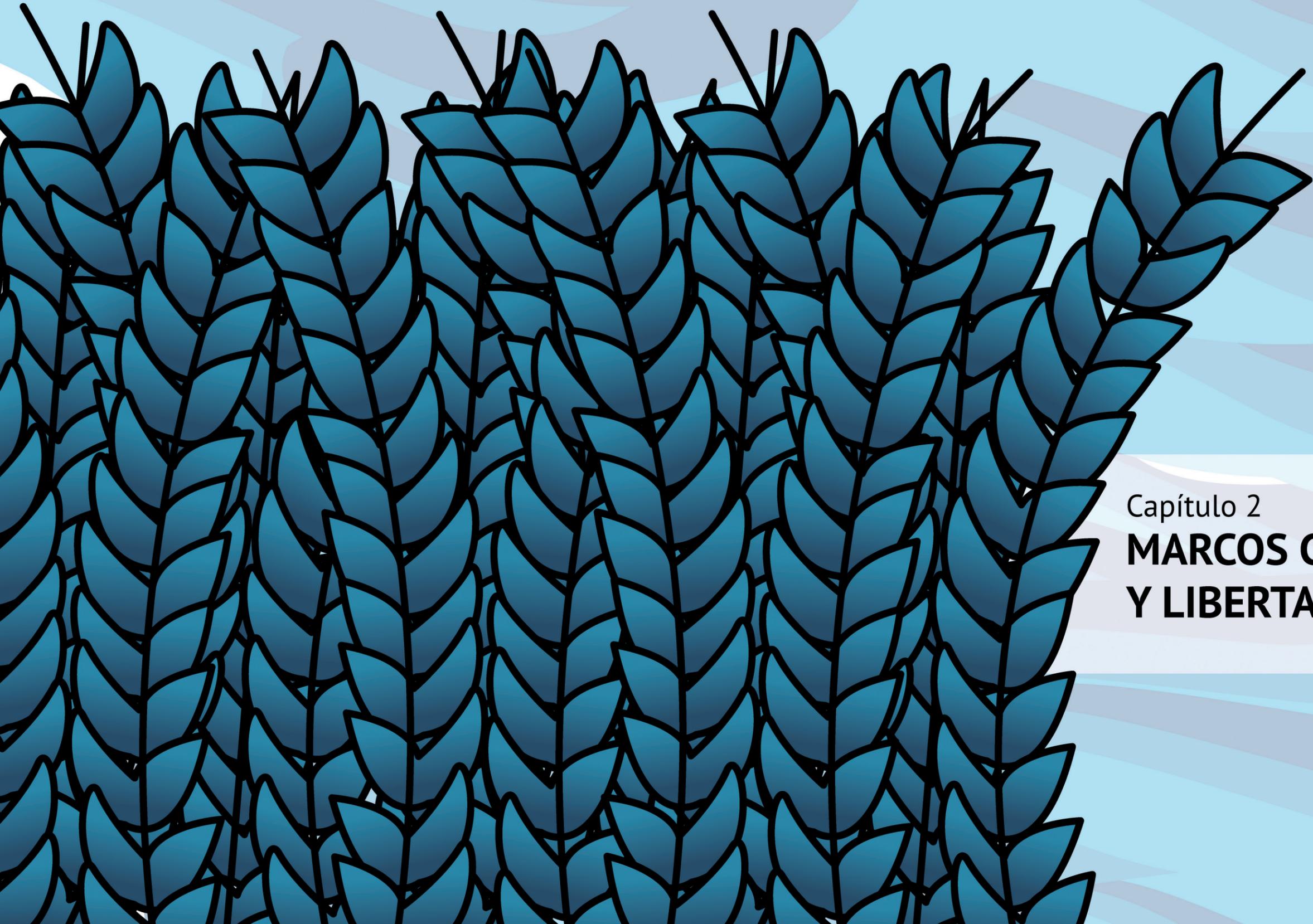
Existe, pues, una coalición internacional de OSCs que desde su formación ha estado trabajando encauzada en perpetrar acciones de incidencia hacia la FATF para que sus intervenciones de monitoreo respeten los padrones internacionales relacionados al goce de la Libertad de Asociación.

En relación a la existencia de una acción escalada de parte de gobiernos autoritarios contra grupos que promueven la visión occidental de la democracia liberal, la cual no estaría solamente ligada a la realización de elecciones regulares, sino también al debate pluralista público, es que hacemos referencia al reciente artículo publicado en el sitio de *internet* de la revista *The Economist*, el 13 de septiembre de 2014.<sup>8</sup> Según esta revista, Hungría, Azerbaiyán, México, Paquistán, Rusia, Sudán y Venezuela son países que, durante los últimos dos años, han aprobado leyes que impactan a las OSCs que reciben financiamientos extranjeros. Y aun, aproximadamente una docena de países estarían planificando hacerlo, incluyendo a Bangladesh, Egipto, Malasia y Nigeria. Las ONGs direccionadas a la construcción de la democracia o derechos humanos son las más afectadas, pero la represión también afecta a organizaciones activas en otras áreas, como la salud pública.

<sup>6</sup> Szasi, Eduardo. NGOs: Legitimate Subjects of International Law. Leiden: Leiden University Press, 2012, p 277. Traducción Libre de la relatora, desde el original en inglés: “NGOs are subject of law to the same extent that intergovernmental Organizations are, because they were created by legitimate subjects of international law under a typical principal-agent relationship as rational-legal bodies entrusted with certain functions, which, with the attendant of duties and responsibilities, were clothed by its constituencies “with the competence required to enable those functions to be effectively discharged.”

<sup>7</sup> TEDx Liberdade – Advancing our world through Civil Society Action - The Power of Together. São Paulo, 2014. Disponible en <http://www.tedxliberdade.com/>. Último acceso: 15/08/2014.

<sup>8</sup> “More and more autocrats are stifling criticism by barring non-governmental organisations from taking foreign cash” <http://www.economist.com/news/international/21616969-more-and-more-autocrats-are-stifling-criticism-barring-non-governmental-organisations?fsrc=nlw%7Chig%7C11-09-2014%7C5356c0-52899249e1cca7a0e1%7CLA>



Capítulo 2

**MARCOS CONSTITUCIONALES  
Y LIBERTAD DE ASOCIACIÓN**

Capítulo 2.**MARCOS CONSTITUCIONALES Y LIBERTAD DE ASOCIACIÓN**

Generalmente, las Constituciones de la región de América Latina reconocen concomitantemente a las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSCs), junto a los derechos y libertades de asociación, de reunión, el derecho a la libertad de opinión y de expresión, la libertad religiosa, el derecho a la información, entre otros derechos civiles y políticos fundamentales ligados a la ciudadanía.

Tal como fue señalado en el Informe de la Región Andina, en algunos países el derecho constitucional de asociación nació históricamente ligado al derecho de reunión. Más tarde, en algunos países estos dos derechos fueron separados, constituyéndose el derecho de asociación como una naturaleza vinculante del derecho, expresado en la reunión de individuos con intereses comunes y afines específicos. Al mismo tiempo, los derechos constitucionales de libertad de expresión, de acceso a la información pública y de participación evolucionaron hacia sus expresiones actuales, especialmente durante el siglo XX.

Sobre este tema, la Corte Interamericana ya se ha manifestado en el caso *Escher y otros vs. Brasil*<sup>9</sup>, en el sentido que, a diferencia de la libertad de asociación, el derecho de reunión no implica necesariamente la creación de participación en una entidad o en una organización, pero sí puede manifestarse como una unión esporádica o congregación con la finalidad de alcanzar los más diversos fines, siempre que estos sean pacíficos y acordes a la Convención. La libertad de asociación presupone el derecho de reunión, el cual se caracteriza por habilitar a las personas para crear o participar en entidades u organizaciones con el objetivo de actuar colectivamente en la consecución de los más diversos fines, siempre y cuando estos sean legítimos.

La constitución mexicana ha previsto en su artículo 9º, que no se puede restringir el derecho de reunión pacífica o de asociación para cualquier fin lícito, pero solamente los ciudadanos de la República pueden asociarse para participar en asuntos políticos.

La Constitución de Guatemala dispone en su artículo 34 que el derecho de asociación es libre, y que nadie está obligado a reunirse o formar grupos o asociaciones de autodefensa o similares.

La Constitución de El Salvador afirma, en su artículo 7, que el pueblo de El Salvador tiene derecho a asociarse libremente y de reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier propósito legal, y que nadie puede ser obligado a ser parte de una asociación, siendo prohibida la existencia de grupos armados de carácter político, religioso o sindical.

La Constitución de Honduras, por su parte, establece en el artículo 80 que cualquier persona o asociación de personas tiene el derecho de realizar solicitudes a las autoridades – ya sea por motivos de interés general o específico –, y de obtener respuestas dentro del plazo legal.

La Constitución de Nicaragua expresa, en su artículo 49, el derecho de organización de los trabajadores de la ciudad y del campo, de mujeres, jóvenes, agricultores, profesionales, productores, técnicos, comunidades costeras, artesanos, intelectuales, artistas, religiosos, y de los habitantes en general, sin discriminación, con el fin de alcanzar sus aspiraciones de acuerdo a sus intereses y participar en la construcción de una nueva sociedad. El texto garantiza igualmente que tales organizaciones serán auto-organizadas de acuerdo a la voluntad participativa y electora de los ciudadanos. Asimismo,

tienen una función social y pueden o no tener carácter partidista, de acuerdo con su naturaleza y finalidad.

Existiendo un amplio reconocimiento a la legitimidad de acción, la Constitución de Nicaragua contiene disposiciones que la diferencian de todas las demás, pues concede al Congreso Nacional la competencia de otorgar personalidad jurídica a las asociaciones civiles, tal como consta en el artículo 138, párrafo 5º.

La Constitución de Bolivia, por su parte, asegura, en su artículo 7º, “c”, que el pueblo boliviano tiene el derecho a la libertad de reunión y de asociación, de forma pública o privada, con fines legales, y que el Estado garantiza a los bolivianos el derecho a la libertad de expresión, opinión e información, rectificación y respuesta, así como el derecho de expresar libremente ideas por cualquier medio, sin censura previa.

La Constitución ecuatoriana igualmente mantiene dentro de un único orden los derechos de asociación y reunión, al establecer, en su artículo 66 que todos tienen el derecho de asociarse, reunirse y manifestarse libre y voluntariamente. También reconoce el derecho de expresar pensamientos libremente, en todas sus formas.

La Constitución peruana consigna dos tipos de derechos diferenciados de asociación y reunión, en su artículo 2º, cuando garantiza el derecho de asociación, de construir fundaciones u otras formas de organización jurídica sin fines de lucro, así como el derecho de reunirse pacíficamente, sin armas. Al mismo tiempo, reconoce el derecho a la libertad de información, de opinión, de expresión y divulgación de ideas a través de la palabra o de la imagen verbal o por escrito, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización o censura u otro tipo de impedimento.

La Constitución de Colombia, en su artículo 38, garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de

diferentes actividades que las personas realizan en la sociedad, así como la libertad de reunión y manifestación pública pacífica de cualquier tipo de personas, siendo apenas facultad de la ley el establecimiento explícito de los casos que pueden limitar el ejercicio de este derecho (art. 37). Garantiza igualmente a todos la libertad de demostración y divulgación de sus pensamientos y opiniones, para transmitir y recibir informaciones verdaderas e imparciales, y establecer medios de comunicación social (art. 20).

La Constitución venezolana establece en el artículo 51 que todos tienen derecho de asociarse con fines legales, en conformidad a la ley, y que toda persona tiene derecho de reunirse públicamente, o de forma privada, sin autorización y en ausencia de armas (art. 52). Afirma que todos tienen derecho a expresar sus pensamientos, ideas u opiniones libremente, ya sea de forma oral o por escrito, o por cualquier otra forma de expresión, y usar para esta finalidad todos los medios de comunicación y divulgación, sin censura (art. 57).

En Argentina, su Constitución reconoce el derecho de todos los ciudadanos a asociarse con una finalidad útil, en acuerdo con la leyes que regulan su ejercicio, abraz las redes son ambientes de interacción y ambientes de participación ando tanto el derecho de asociación, como el derecho de no asociación (art. 14).

La Constitución brasileña reconoce, en el artículo 5º, tanto la libertad de reunión pacífica como la libertad de asociación para la realización de actividades lícitas, excluyendo la acción armada, civil o militar, contra el orden constitucional y grupos del Estado democrático. Son cuatro las dimensiones en que la Libertad de Asociación ha sido explicitada en la Constitución brasileña: (I) el derecho a crear organizaciones asociativas y cooperativas; (II) la libertad que cualquier persona tiene de adherir a asociaciones, como también la de no ser forzada a hacerlo; (III) el derecho a no ser

<sup>9</sup> Caso *Escher y otros vs. Brasil*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de julio de 2009.

obligado a permanecer asociado; y, finalmente, (iv) el derecho a la disolución voluntaria de una asociación. En Paraguay, la libertad de asociación está prevista por la Constitución, bajo el argumento de que cada persona es libre de asociarse y sindicalizarse con fines lícitos, así como también nadie está obligado a pertenecer a una asociación particular. La libertad de asociación está limitada sólo por la prohibición de formar sociedades y/o asociaciones de carácter paramilitar secretas (art. 42).

La Constitución uruguaya establece el principio de libertad general (art. 7º), según el cual, todos los habitantes del país tienen derecho a crear instituciones u organizaciones. Garantiza expresamente los derechos a la libertad de expresión, reunión y asociación, afirmando que todos tienen derecho a asociarse, independientemente de la finalidad, siempre y cuando no sea con fines ilícitos ya previstos en la ley.

La Constitución de Chile garantiza a todas las personas el derecho a asociarse, sin autorización previa, siendo requisito para tener personalidad jurídica que las asociaciones sean instauradas en conformidad a la ley. Expresa que nadie puede ser obligado a ser parte de una asociación, y prohíbe que las finalidades de las mismas sean contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado (art. 39). Es importante registrar que el Informe del Cono Sur y Brasil establece que la mayoría de los países de la región han pasado por recientes reformas constitucionales de naturaleza democrática (Brasil en 1988; Paraguay en 1992; Argentina en 1994; Uruguay en 1996), con excepción de Chile, cuya Constitución consta del año 1980, habiendo sido promulgada por el régimen militar, instalando así una "particular combinación institucional de autoritarismo político y neoliberalismo económico y social".

Todas las Constituciones de la región reconocen la Libertad de Asociación como uno de los derechos políticos fundamentales de ciudadanía. De este modo,

las OSCs de cada uno de los países estudiados pueden encontrar auxilios a la protección de sus actividades en los tratados internacionales de derechos humanos, cuya vigencia, en cada contexto, depende de las normas propias de recepción jurídica en el derecho interno. Las Constituciones latinoamericanas están generalmente basadas en principios, o sea, establecen principios generales de derecho que deben ser respetados y son necesarios para la aprobación y el desarrollo de leyes secundarias. Se promueve o restringe a través de estas leyes el ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

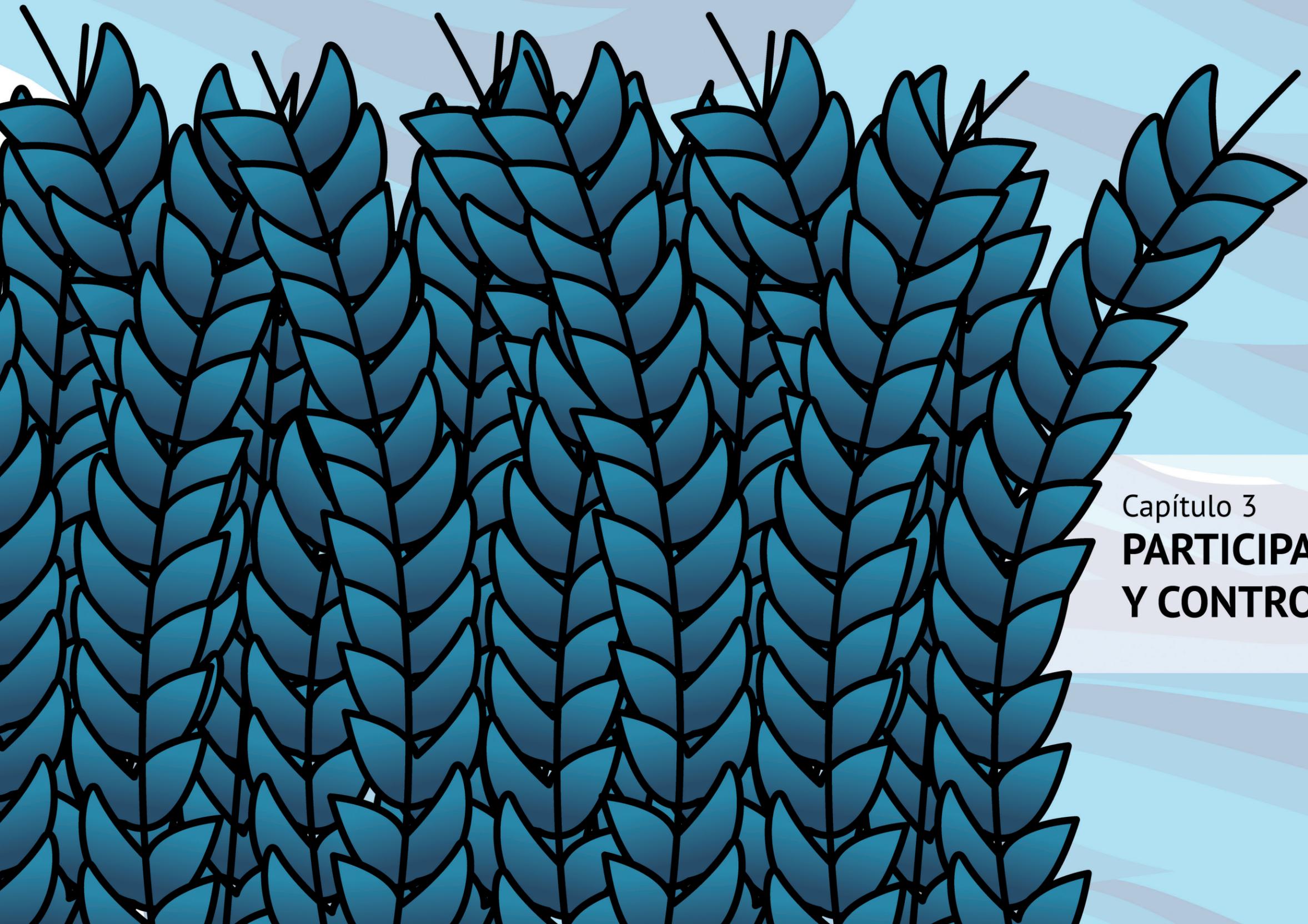
Asimismo, las Constituciones de la región de América Latina garantizan también otros derechos fundamentales que permiten el cometido de la sociedad civil y sus organizaciones, incluyendo la libertad de conciencia, las libertades de expresión y de opinión, la libertad de reunión, el derecho de ser informado, de obtener informaciones y elaborar informes, entre otros.

De acuerdo con el análisis de Felipe Viveros<sup>10</sup>, en el informe relativo a la región del Cono Sur y Brasil, las informaciones sobre los textos constitucionales estudiados, las cuales pueden parecer un conjunto formal de datos, representan un considerable avance en relación a la realidad de algunos años anteriores, cuando la región se caracterizaba por la existencia de regímenes autoritarios y sus normas típicas, que restringían e incluso suspendían los derechos fundamentales de las personas, entre ellas, las relacionadas con las organizaciones sociales y sus líderes.

Se torna evidente que la previsión formal en el texto de las respectivas Constituciones de los países de la región no es suficiente para garantizar la inexistencia de excesos, amenazas o represión por parte de los Estados contra las OSCs, las cuales se identifican como violaciones a sus derechos. Mientras, su identificación depende de la observación atenta de las realidades

locales, considerando que, una vez caracterizada cualquier violación y/o falla en la observancia de tales derechos de parte de los países, es posible accionar las Cortes Internacionales de Derechos Humanos para denunciarlas.

<sup>10</sup> Autor del Informe de la Subregión del Cono Sur y Brasil.



Capítulo 3

**PARTICIPACIÓN, CIUDADANÍA  
Y CONTROL SOCIAL**

Capítulo 3.**PARTICIPACIÓN, CIUDADANÍA Y CONTROL SOCIAL**

Los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en la mayor parte de los países de la región garantizan la participación política, como está consignado en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La insuficiencia de los mecanismos tradicionales de la democracia representativa en los días de hoy representa una cuestión global. Si bien por un lado esta insuficiencia favorece la formación de redes y ambientes no formalizados de participación, por otro lado también facilita la creación de mecanismos institucionales innovadores para la participación de las OSCs.

Las Constituciones de la Región de América Latina reconocen la participación ciudadana como una forma legítima de acción en los asuntos públicos. La mayoría de los países igualmente cuentan con leyes nacionales que establecen la organización de la participación institucional.

De este modo, es posible verificar en la región latinoamericana el aumento de los instrumentos institucionales de participación ciudadana, ya sea por medio de mecanismos de democracia directa, como también a través de mecanismos indirectos de consulta y deliberación (consejos, comités, audiencias públicas, auditorías sociales, planes comunitarios y presupuestos participativos).

Entendemos como democracia directa a aquellos mecanismos a partir de los cuales los procesos de decisión no contemplan la idea de delegación de poder, por lo tanto, las personas deciden colectivamente los temas que son más relevantes para el conjunto. Se pueden destacar como tales el referéndum, el plebiscito, las consultas vinculantes,

las iniciativas populares de leyes y la revocación de los mandatos de representantes electos.

La democracia participativa deriva de esta idea, que considera el reconocimiento, incluso cuando existe delegación de poder, de que es legítimo y deseable para el mejor ejercicio de los mandatos de los representantes que los ciudadanos interesados en determinados temas participen, acompañen, monitoreen y evalúen en conjunto al Poder Público constituido.

El Informe sobre América Central, al determinar los factores que han estimulado la participación ciudadana, cita al estudioso Jean Paul Vargas, quien identificó los siguientes cuatro factores: (i) la exigencia que los municipios y localidades presenten procesos de participación ciudadana en los proyectos, como condición de acceso a los recursos junto a los gobiernos centrales; (ii) la influencia de las agencias de cooperación internacional que también realizan este tipo de exigencia; (iii) el apoyo de las OSCs de desarrollo a este tipo de iniciativa en las localidades; (iv) con menos frecuencia, la promoción espontánea de los gobiernos o de las instituciones de desarrollo local. (Informe América Central, p. 10).

Tal como indica Patricia Lucki, los mecanismos de participación muchas veces no son consecuencia de una propuesta espontánea de los ciudadanos, quienes, cuando son llamados por los gobiernos a formar parte de los procesos de construcción de las políticas, tienden a ocupar espacios más dirigidos hacia la comprensión de cómo las políticas funcionan, legitimando así las decisiones de los gobiernos figurados como “objetos” de la participación, en vez de asumir un papel más protagónico, como “sujetos” de participación.

No se trata pues de restar importancia al hecho de la participación ciudadana en los espacios previstos establecidos por los Estados en el ciclo de las políticas públicas, sino de reconocer la limitación de esta acción en el sentido de promover cambios más profundos.

La participación social debe abrir espacios hacia el cambio de las relaciones de poder, y no limitarse a los espacios previstos, buscando así la incidencia y el control social en los asuntos relacionados no sólo con políticas sociales, sino también interviniendo en el modelo de desarrollo económico, en espacios informales, articuladamente con toda la sociedad, incluyendo a las universidades, sindicatos, intelectuales y otras organizaciones y dirigentes comprometidas con el desarrollo de la democracia.

Tomando como eje esta acción participativa, hemos agrupado en este capítulo las principales prácticas relatadas en la región, tomando como base el tipo de actividad que desarrollan.

**PARTICIPACIÓN A NIVEL LOCAL**

En los informes queda de manifiesto que la participación ciudadana en la región tiene mucho más tradición a nivel local.

El Informe sobre América Central coloca bastante énfasis en la participación local. Inclusive, llega a mencionar la clasificación adoptada en México, donde las disposiciones dirigidas hacia la comprensión de demandas locales y colectivas son denominadas como “participación comunitaria”.

Guatemala es un país que se destaca por poseer una amplia previsión en relación a mecanismos de participación local, tal como lo consigna el Código Municipal. La Ley de los Consejos de Desarrollo

Urbano y Rural, integrados por las OSCs a través de la participación en los Consejos Comunitarios de Desarrollo, formados por una Asamblea Comunitaria y Órganos de Coordinación, permite la formulación, acompañamiento y proposición de políticas y prioridades de inversión en las regiones. En las localidades guatemaltecas que tengan al menos una comunidad indígena se les garantiza la existencia de los Consejos Asesores Indígenas.

Ya en Honduras también se reconoce la amplia participación, permitiendo la existencia de instancias locales como contexto privilegiado para que esta ocurra. La Ley de Participación Ciudadana de 2006 estipula la existencia de consejos nacionales y municipales, llamando la atención hacia la garantía de representación de los mecanismos locales, de barrios y aldeas, a través de las llamadas Mesas Comunitarias de Participación.

El Salvador también cuenta con una previsión participativa en el Código Municipal, a través de los Consejos Municipales, Consultas Públicas y asociaciones comunitarias, con las cuales los Consejos Municipales tienen la obligación de reunirse de forma periódica.

La Ley de Participación Ciudadana de Nicaragua dispone de instancias federales, regionales y locales, las cuales permiten la asociación de habitantes como agentes importantes en la participación local, pudiendo éstos, incluso, recibir recursos para la construcción de determinadas obras.

En el caso de Venezuela, la llamada Ley del Poder Popular establece que las organizaciones de poder popular pueden ser creadas libremente por los ciudadanos y están aptas para participar en las diferentes instancias que forman el sistema de comunas, lo cual es definido como esencial en vista de la construcción de un “nuevo modelo de sociedad socialista”, participando en ella los ciudadanos, entidades comunitarias y sociales,

pero en las que “no participan las ONGs”, de acuerdo al Informe de la Región Andina. Del mismo modo, llama la atención en este sistema la existencia de la llamada Justicia Comunal, la cual busca la solución no litigante de conflictos derivados directamente del ejercicio al derecho de participación.

En los casos de Paraguay, Chile y Bolivia, la Ley establece la obligatoriedad de que cada municipio establezca formas de participación, involucrando políticas públicas y presupuestos, a través de la formación de consejos locales de organización de la sociedad civil, con carácter consultivo, formado por representantes de OSCs y también de otras instituciones de interés en la localidad, como sindicatos, gremios y promotores del desarrollo económico, social y cultural de las colectividades, instancias que opinan sobre las propuestas de políticas y ejecuciones presupuestarias, entre otras materias de relevancia local que son presentadas por los municipios.

Las “audiencias públicas” a nivel municipal también son establecidas como mecanismos por la leyes de estos países, en las cuales los participantes tienen derecho a cuestionar, debatir, opinar y enviar propuestas. La legislación y las prácticas de audiencias públicas en el caso de Argentina son notadas como relevantes, en especial en la experiencia de Rosario.

La Constitución de Brasil establece que las políticas sociales son de competencia preponderante de las localidades y que la participación es una de sus directrices. De este modo, es posible destacar en el contexto brasileño la proliferación de consejos e iniciativas participativas locales más vinculadas al área social. Igualmente, se ha observado el incremento de espacios y articulaciones dirigidos hacia la participación en temas ligados al acceso a la información y la transparencia, así como también a propuestas para los modelos de desarrollo local.

Es de suyo advertir que la idea de participación está

ligada a una forma de ejercicio de la democracia. Sin embargo, a partir de un análisis del punto de vista económico, más ligado a la eficiencia, es posible demostrar que los bienes comunes son mejor conducidos por la propia comunidad. La especialista Elinor Ostrom analizó diversos estudios de caso sobre la gestión de bienes comunitarios en su obra “Governing the Commons”<sup>11</sup>, determinando que, entre otras variables, los bienes comunes tendientes a la escasez son mejor gestionados cuando su manejo depende de un grupo de personas directamente impactadas por la gestión de aquel bien, a partir de reglas creadas por el propio grupo, bien adaptadas a las necesidades y condiciones locales, y respetadas por terceros, incluso por las autoridades externas. En este tipo de organización, objeto del estudio de Ostrom, existe igualmente un sistema de monitoreo de los miembros del grupo, realizado por el propio grupo, el cual dispone de mecanismos de resolución de conflictos de bajo costo, a través de un sistema jerarquizado de sanciones. Las organizaciones responsables por la gestión son típicamente organizaciones de la sociedad civil, con un carácter más comunitario y ligado a la promoción del desarrollo económico y social, garantizando la preservación del medioambiente, a través de la gestión de un bien común.

### CONTROL SOCIAL Y CUENTAS PÚBLICAS

Los instrumentos de participación en políticas públicas y control social permiten la incidencia, gestión y control sobre las políticas públicas, lo cual es un tipo de acción que las organizaciones de la sociedad civil realizan con frecuencia, en vista de su representatividad y direccionamiento hacia el interés público.

La mayoría de los Estados nacionales reconoce la participación ciudadana como disposición constitucional.

En México este tipo de participación se clasifica como

“participación social”, buscando mejores condiciones para la implementación de una política específica o para algún segmento de la población.

En Brasil es dable destacar la previsión de control social de representantes de organizaciones de la sociedad civil en el proceso de elaboración, implementación y evaluación de diferentes políticas públicas reguladas especialmente en la década de 1990, lo cual tuvo como resultado una creciente presencia y acción de la sociedad civil en Consejos de Políticas Públicas, contemplando la presencia de tales mecanismos no solamente en las políticas de interés social, sino también en leyes que regularon sectores de la infraestructura, especialmente aquellos relacionados con servicios públicos<sup>12</sup>.

La ley chilena exige que todos los órganos de la administración involucren a los “consejos de la sociedad civil”, de carácter consultivo, el cual será compuesto “de manera diversificada, representativa y pluralista” por miembros de organizaciones de la sociedad civil.

En el caso uruguayo fueron creados, por iniciativa administrativa, los consejos que actúan de manera participativa en materias de interés público, especialmente en el ámbito de la asistencia social, llamando en especial la atención el trabajo de promoción de los derechos de los niños desempeñado por el INAU Instituto del Niño y del Adolescente del Uruguay.

El deber de realizar rendición de cuentas públicas de parte los Estados está prevista en todos los países de la región.

Las Leyes de Bolivia, Perú, Colombia y Ecuador le otorgan bastante importancia a las acciones de control social y de cuentas públicas, enfocándose principalmente en cuestiones presupuestarias y de priorización de políticas públicas. La legislación boliviana reconoce ampliamente la participación de diferentes agentes, fijando que esta

debe organizarse de forma orgánica y comunitaria, con la disposición de las Mesas de Diálogo como mecanismos de articulación en las localidades. En el caso de Ecuador, llama la atención el carácter vinculante de las deliberaciones del Consejo de Participación Ciudadana y de Control Social, como también la disposición de financiamiento con recursos presupuestarios.

En Perú podemos destacar el enfoque hacia las políticas públicas y al control social, a través de la participación de los Consejos de Coordinación Local y de los Comités de Vigilancia, como también las Mesas de Concertación, al nivel local y nacional, de Combate a la Pobreza.

El modelo colombiano consigna la existencia del Consejo Nacional y de los Consejos Territoriales de Planificación, con la participación de trabajadores y representantes de los sectores económico, social, ecológico, educativo, cultural y comunitario, a través de mecanismos de supervisión y control social y rendición de cuentas públicas.

En Chile la Ley establece la regularidad de información hacia la ciudadanía sobre la gestión pública, planes, programas, políticas públicas y ejecución presupuestaria, estableciendo la posibilidad que la ciudadanía en general pueda realizar sus propias observaciones y recomendaciones, sobre las cuales la Administración pública tiene el deber de manifestarse. La citada ley chilena de participación ciudadana establece la obligatoriedad de que tales informaciones estén disponibles a través de medios electrónicos.

El acceso a la información pública es reconocido por leyes de acceso a la información en la mayoría de los países de la región, los cuales establecen el deber de transparencia activa de parte de los Estados.

Las consultas públicas son igualmente mecanismos de relación participativa entre los órganos públicos y los

<sup>11</sup> OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, pp. 1-28 e pp.103 a 142.

<sup>12</sup> Ley de Recursos Hídricos (Ley 9.433/ 97); Telecomunicaciones (Ley Nacional de Telecomunicaciones – Ley 9.472/97); Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley 8.069/90), LOAS – Ley Orgánica da Asistencia Social (Ley 8.742/93); Ley Rouanet (Ley 8313/91), citando algunas.

ciudadanos, a través de los cuales el Estado selecciona los temas que someterá a consulta no-vinculante a la sociedad. Sin embargo, a pesar de ser un mecanismo interesante, que la elección temática provenga del Estado y que tenga un carácter no-vinculante pueden comprometer su efectividad.

### ACCESO A LA INFORMACIÓN

El derecho de acceso a las informaciones públicas ha sido previsto en las respectivas constituciones nacionales, siendo implementado por medio de leyes específicas en la mayor parte de los países de la región. Esta faceta de interacción entre las entidades de la organización de la sociedad civil se relaciona con la implementación de una garantía constitucional de derecho político ligado a la libertad de participación, traducido en el deber del Estado de implementar la creación y regulación de estos espacios de participación.

Es posible afirmar, entonces, que el deber de los Estados es relacionarse con las organizaciones de la sociedad civil garantizando su libertad de existir, actuar y manifestarse; creando espacios públicos para el ejercicio de la ciudadanía; y difundiendo las buenas iniciativas que contribuyan al desarrollo de la sociedad.

### ACCIONES JUDICIALES EN DEFENSA DEL INTERÉS PÚBLICO

Brasil posee una amplia diversidad de acciones institucionales tendientes a la defensa del interés público, como la llamada Acción Popular (*Ação Popular* - la cual puede ser propuesta por cualquier ciudadano en temas específicos), la Acción Civil Pública (*Ação Civil Pública*), el *Habeas Data*, el Mandato de Requerimiento (*Mandado de Injunção*), la Acción Directa de Inconstitucionalidad (*Ação Direta de Inconstitucionalidade*) y la Acción de Incumplimiento del Precepto Fundamental (*Ação de*

*Descumprimento de Preceito Fundamental*).

Las OSCs utilizan acciones judiciales y administrativas como parte de las estrategias movilizadoras, con el fin de dar mayor visibilidad a estos temas. En los casos de Uruguay y Argentina las “Acciones de interés público” se aproximan a la Acción Civil Pública brasileña, constituyéndose como un ámbito de participación para las OSCs a través de argumentos políticos y jurídicos y la creación de hechos políticos, permitiendo al Poder Judicial participar en el proceso de políticas públicas, en el sentido de resguardar la Ley y la Constitución. Cuando el Poder Judicial protagoniza su propia acción y decide temas que clásicamente serían de competencia institucional de otros Poderes del Estado, asume una postura activista (activismo judicial).

En Brasil las OSCs tienen legitimidad activa para interponer acciones civiles públicas en aras de la protección al medioambiente, al consumidor, del orden económico, a la libre competencia, del patrimonio cultural y de otros derechos difusos y colectivos. En Chile, este tipo de acción existe en función de la legislación ambiental y del derecho del consumidor.

En Argentina, ha sido mencionada la acción judicial propuesta por las OSCs que generan alteración en las normas de elección de los Ministros de la Corte Suprema, y la creación de un programa público de discusión, subsidios técnicos y mejoramiento de las prácticas democráticas que vinculan a los ciudadanos con el gobierno local, centrándose en la rendición de cuentas, la cultura cívica, y la participación en políticas públicas.

La acción judicial también es afectada por la participación de las OSCs que representan a los grupos afectados, así como también por las clínicas jurídicas universitarias, defensores públicos, abogados y entidades de derechos humanos.

### ARTICULACIÓN ENTRE LAS OSCs Y LOS ESTADOS Y LAS OSCs

### EN LA CREACIÓN DE AMBIENTES FAVORABLES AL DESARROLLO DE LAS MISMAS

El ejemplo brasileño es identificado como un caso de éxito en la alianza entre OSCs y un departamento del Estado, con un equipo altamente especializado, situado en la Presidencia de la República del país, administrado por la Secretaría General de la Presidencia de la República que ha desarrollado, en conjunto con la sociedad civil, un plan de acción para mejorar el marco regulatorio de las OSCs. Esto, a partir de dos perspectivas principales: normativa y de conocimiento. De este modo, las acciones desarrolladas apuntaron hacia la modificación y creación de leyes y normas infralegales, así como también hacia la realización de capacitaciones, informaciones, estudios e investigaciones – divulgación de informaciones relacionadas al universo de las organizaciones de la sociedad.

Existen pues muchos factores que pueden ser identificados con el fin de lograr una buena evaluación de la experiencia brasileña, entre los cuales es posible destacar los siguientes:

- La acción realizada por las OSCs direccionadas a obtener el compromiso del gobierno con la agenda aun durante el proceso electoral;
- La existencia de un hecho político importante que suscitó la referida iniciativa (en el caso de Brasil, los escándalos de corrupción que involucraron a falsas ONGs, llegando incluso a la caída de ministros);
- La ascensión del tema como prioritario a través de la alta gestión pública (Ministro Gilberto asumió este tema como una de las prioridades de la SGPR);
- La formación de un grupo de trabajo con representantes comprometidos tanto de parte del

gobierno, como de la sociedad civil;

- La elección de un equipo altamente especializado y entendido tanto en relación a los derechos, como a las dificultades de las OSCs en Brasil y en el plano internacional (Laís de Figueredo, asesora especial responsable por la agenda, es la abogada especialista en Derechos de las OSCs e investigadora del área), quienes produjeron muchos estudios, análisis y material de información que auxiliaron la formación de la pauta y la toma de decisiones;

- La escucha y participación de representantes de diferentes áreas del gobierno en ruedas de conversación y grupos de trabajo interdisciplinarios, entre gestores de políticas públicas, órganos de control, tribunales de cuentas, recaudadores tributarios, etc. Estas discusiones posibilitaron la alineación y toma de decisiones en relación a la pauta, pero también constituyó un proceso permanente de formación de servidores públicos en el plano federal en consonancia con la pauta de las OSCs. También viabilizó reuniones bilaterales con los Ministros y más de 250 reuniones con diferentes órganos y sectores públicos;

- La creación de ambientes de discusión de la agenda y la interacción permanente comprendiendo a representantes de diferentes áreas del gobierno, de los órganos de control y recaudación, de las OSCs, investigadores, abogados, profesionales y especialistas internacionales, tomando en cuenta que más allá de una serie de encuentros y discusiones, se realizaron dos seminarios internacionales con la participación de especialistas internacionales, incluso de América Latina.

Todos estos elementos presentes en la misma iniciativa proporcionaron no solamente profundización, sino

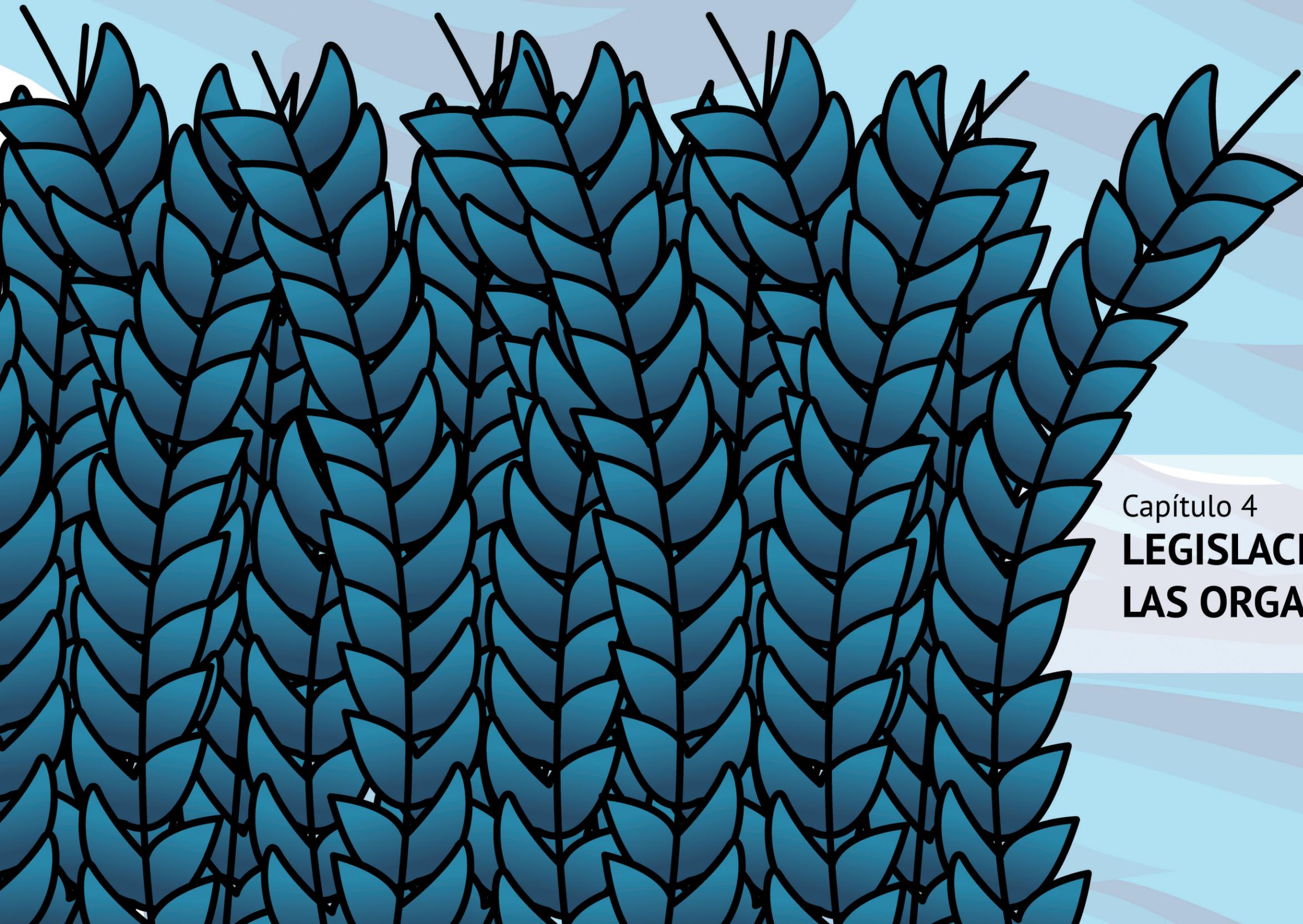
también el intercambio y alineación de informaciones, constituyéndose un rico espacio de capacitación mutua y mayor comprensión, adecuado para la elaboración de alternativas y propuestas más viables de ser implementadas.

### **INCIDENCIA E INICIATIVAS INDEPENDIENTES**

En América Latina existen vestigios de lo que se puede concebir como instrumentos de democracia directa en zonas consideradas “libres del capitalismo”, constituidas por grupos sociales con monedas locales y alguna independencia del mercado. A pesar de ser excepcionales, son formas políticas de participación autónoma e independiente de la sociedad en la configuración de formas alternativas de organizaciones sociales y económicas.

En relación a la participación e influencia de las OSCs (lobby y advocacy), estas actividades son reconocidas, sin embargo ninguno de los informes de los países destacó la existencia de regulaciones de tales prácticas en la legislación.

A pesar de todos los desafíos hacia la concretización de una participación efectiva, estos son mecanismos de gran importancia en el control social de las políticas de gestión pública, proporcionando la democratización del conocimiento de tales políticas y la difusión de información pública pretendida por los tratados de derechos humanos que las instituyen, así como también por las Constituciones de los países.



Capítulo 4

**LEGISLACIÓN GENERAL SOBRE  
LAS ORGANIZACIONES**

## Capítulo 4. LEGISLACIÓN GENERAL SOBRE LAS ORGANIZACIONES

En el presente capítulo expondremos los puntos destacados en la legislación de los países en relación a las OSCs, partiendo de las informaciones disponibles en los estudios subregionales. En vista de facilitar la comparación y análisis, este ítem fue subdividido en tres partes, a partir de las áreas del Derecho que involucra, siendo estas:

- Normas Relativas al Derecho Civil y Comercial
- Normas Relativas al Derecho Tributario
- Normas Relativas al Derecho Administrativo

### NORMAS RELATIVAS AL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Los diversos países analizados en los estudios subregionales desarrollaron procesos de codificación civil, como consecuencia de la tradición hispano-romana, portuguesa y canónica, desde la mitad del siglo XIX hasta los inicios del siglo XX. Estos códigos le daban a las personas jurídicas un trato disociado en relación a la figura de sus socios o de los asociados individuales considerados. De este modo, en toda la región estudiada, la legislación civil reconoció y personificó a las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSCs) como sujetos de derecho, dotados de personalidad jurídica<sup>13</sup>.

A pesar que las OSCs contaban con personalidad jurídica, el goce de la Libertad de Asociación se fue volviendo más complejo y adquiriendo nuevos contornos, toda vez que las condiciones necesarias para su ejercicio fueron enriquecidas a partir de otras fuentes, es decir, otras leyes y regulaciones, así como por la jurisprudencia administrativa y judicial.

Según un comentario extraído desde el estudio subregional de América Central, pero que tiene aplicación hacia América Latina como un todo, las normas jurídicas de los países estudiados consisten en normas especializadas, desprendidas de los Códigos Civiles y que han sido redactadas a partir de una clara inspiración liberal, teniendo al individuo o a las personas como centro de las relaciones jurídicas, clasificándolas como naturales o jurídicas, siempre iguales ante la ley.

En este sentido, no es importante que una asociación organice un número determinado de personas objetivando el favorecimiento de la sociedad como un todo. Para la ley civil, en cambio, la relevancia de las entidades sin fines de lucro es la misma que se le confiere a las sociedades mercantiles constituidas bajo la única y exclusiva finalidad de generar y distribuir lucros. Nuevamente de acuerdo al estudio de América Central<sup>14</sup> el referido concepto individualista ha evolucionado hacia otras áreas del Derecho, como por ejemplo en el Derecho de Familia, en cuyo contexto el Estado se hace presente a favor de la infancia y de la mujer. Ante tal contexto, es necesario que la misma atención sea conferida a las OSCs, con el objetivo de buscar “(...) una nueva norma jurídica que tenga como paradigma la idea que los ONG’s constituyen una parte importante de la sociedad civil y que con su accionar desempeña las funciones que por limitaciones propias del mismo, el Estado no puede cumplir”.

Esto significa que el reconocimiento de las OSCs como sujetos de derecho y objeto de protección especial le cabe a los Estados, por medio de la edición de leyes que faciliten su creación, inscripción y funcionamiento.

<sup>13</sup> A pesar de la tradición de estabilidad que es propia de la codificación civil, las referidas legislaciones sufrieron alteraciones parciales o totales. El Código Civil argentino, por ejemplo, tiene su actual fisonomía desde la reforma de 1968; Paraguay ha sido reformado en 1985; Uruguay en 1994. Brasil promulgó su Nuevo Código Civil en 2001 y en Chile pasó por un proceso de reforma en 2011, influenciando especialmente materias relacionadas con las personas jurídicas sin fines de lucro.

<sup>14</sup> Informe América Central y Caribe p. 66

De modo general, la actual legislación de los países estudiados no comporta criterios rígidos para la clasificación de las Organizaciones de la Sociedad Civil.

En América Latina, la legislación básica sobre las OSCs consta en sus respectivos Códigos Civiles, en los cuales, reconociendo que se trata de organizaciones sin fines de lucro, las clasifican como asociaciones, fundaciones o sociedades civiles (en Chile se denominan “corporaciones”), determinando la forma de adquisición de su personalidad jurídica (por concesión o autorización), el contenido mínimo de los estatutos, los derechos y deberes de sus integrantes y la estructura mínima de gobernanza.

Las asociaciones y corporaciones se constituyen a través de la unión de personas alrededor de una finalidad lícita de interés común, pública o privada. Ya que las legislaciones nacionales no comportan la distinción relativa a la naturaleza del juego de intereses, es necesario reconocer aun la existencia de figuras asociativas cuya creación viene al encuentro de la atención a otras necesidades sociales específicas, como por ejemplo las iglesias y organizaciones religiosas, las organizaciones sindicales, estudiantiles y profesionales, entre otras. Igualmente, recordamos que las asociaciones que son de interés para este informe son sólo las que actúan en la perspectiva del interés público.

En el caso de las fundaciones éstas se amparan en reglas específicas de cada país, siendo muy diversas entre sí. Sin embargo, generalmente, éstas se configuran a partir de la manifestación de la voluntad de un fundador, y también a partir de un patrimonio que es afectado con el objetivo de dar cumplimiento a determinado fin no lucrativo y no económico, y de interés público. En general, las fundaciones son vigiladas o su actividad es fiscalizada por algún órgano determinado, con el objetivo que la voluntad del fundador sea mantenida, y ocurra la correcta aplicación de los recursos, como

por ejemplo, el Ministerio Público, en Brasil, y la Superintendencia de Fundaciones, en Perú, ligada al Ministerio de Justicia. Finalmente, en Venezuela, una vez reconocida la personalidad jurídica, las fundaciones quedan expuestas a la vigilancia del Estado, a través de los denominados Jueces de Primera Instancia<sup>15</sup>.

En Ecuador es posible verificar una peculiaridad interesante. En el caso que el fundador no haya manifestado su voluntad, es responsabilidad del Presidente de la República suplir esta falta. Una situación semejante podemos verla en Colombia, donde el ejercicio de complementar el texto del estatuto es responsabilidad del presidente de la Unión.

Aun en relación a los marcos jurídicos sin fines de lucro reconocidos por la legislación, es dable destacar en Chile, en especial ante el tema de la participación social, las llamadas organizaciones comunitarias, las cuales expresan “*el asociativismo vecinal o territorial de base*”.

Tal como aclara Felipe Viveros, estas organizaciones se desarrollan como consecuencia de un fenómeno social y cultural fruto de la tradición asociativa paralela que, desde principios del siglo XX, se desarrolló en los ámbitos de vivienda y vida cotidiana en el país, especialmente en barrios y localidades populares y de clase media, pero que se universalizó en todo el territorio nacional. En oposición a la figura clásica de las corporaciones y fundaciones sin fines de lucro, cuya constitución dependía de un trámite administrativo largo, complejo y costoso, junto al Ministerio de Justicia (el cual limitaba el acceso de organizaciones pequeñas, de escasos recursos, de alcance normalmente local o comunitario y localizadas regularmente fuera de la capital), las organizaciones comunitarias territoriales y funcionales se crean, desarrollan y son controladas en la esfera municipal.

Yendo más allá de los límites de los Códigos Civiles,

<sup>15</sup> Informe Andino, p. 33

es que resaltamos en América Central a Honduras, Nicaragua y México.

Honduras y Nicaragua poseen una legislación que ha reconocido y conceptualizado a las OSCs como: “(...) un agente que colabora con el Estado hacia el Desarrollo de la sociedad”.<sup>16</sup>

La Ley Especial de Fomento para las Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo (ONGD) de Honduras considera una definición de Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo en su artículo 2º: “Artículo 2. Para efectos de esta ley se entenderá por organización no gubernamental de desarrollo (ONGD): toda entidad de carácter privado, apolítica en el sentido partidario, sin fines de lucro y sin objetivos preponderantemente gremiales, laborales o religiosos; con diferentes objetivos que contribuyan al desarrollo humanitario e integral de la población y otros afines, definidos por sus integrantes. Son creadas independientemente de los gobiernos locales, regionales y nacionales, así como también de organismos internacionales de cooperación bilateral o multilateral.”

La Ley que regula a las OSCs en Guatemala (Decreto 2/2003) trata sobre las estructuras de las asociaciones, fundaciones y organizaciones no gubernamentales, como también del concepto de Organizaciones No Gubernamentales hacia el Desarrollo (ONGD)<sup>17</sup>.

Ya en el caso mexicano es posible resaltar la figura jurídica denominada Institución de Asistencia Privada (IAP), la cual es comprendida como una entidad con personalidad jurídica y de patrimonios propios, sin fines de lucro, que amparada en bienes de propiedad particular ejecutan actos o acciones de asistencia social. Las IAPs han surgido como un tipo de organismo no gubernamental, permaneciendo bajo el ordenamiento de las asociaciones y fundaciones. Las IAPs se deben registrar tanto en el Registro Nacional de las Personas Jurídicas del Ministerio del Interior, como en la

Superintendencia de Administración Tributaria, en la medida que el registro es necesario para perfeccionar el acto de entrega a la personalidad jurídica.

En Brasil, la reciente Ley 13.019/2014, define a la Organización de la Sociedad Civil como “*persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro que no distribuye, entre sus socios o asociados, consejeros, directores, empleados o donadores, eventuales resultados, sobras, excedentes operacionales, brutos o líquidos, dividendos, bonificaciones, participaciones o parcelas de su patrimonio que hayan sido adquiridos mediante el ejercicio de sus actividades, debiendo, en cambio, aplicarlos integralmente en el logro del respectivo objetivo social, de manera inmediata o a través de la constitución de fondo patrimonial de reserva*”. Cuando se trata de relaciones de cooperación con el Poder Público, la Ley recién citada reconoce como principios la participación social como derecho del ciudadano; la solidaridad, cooperación y respeto a la diversidad con el objetivo de construir valores; el estímulo del desarrollo local, regional y nacional, de forma inclusiva y sustentable; la valorización de la diversidad cultural y de la educación para la ciudadanía activa; la valorización de los derechos de los pueblos indígenas y de las comunidades tradicionales, entre otros.

#### **Adquisición de personalidad jurídica, constitución y registro**

A pesar que las Constituciones Federales permiten que las asociaciones posean libertad de auto-organización, los Códigos Civiles establecen, generalmente, reglas mínimas para el surgimiento de tales entidades, las cuales se diferencian entre un país y otro, como por ejemplo, la necesidad de un número de asociados; la forma de admisión, renuncia y exclusión; la existencia de una asamblea general y disposición estatutaria sobre el proceso de aprobación de cuentas de la organización; derechos y deberes de los asociados; representación

<sup>16</sup> Informe América Central y Caribe, p. 56. Traducción libre de la relatora.

<sup>17</sup> Informe del Caribe, pp. 59-51.

legal, dirigentes y estructura de las instancias deliberativas de la entidad; distribución del patrimonio y el régimen de disolución; entre otras.

Si bien existen requisitos legales necesarios para la constitución de OSCs, éstas han consolidado, en consecuencia a su libertad de asociación y auto-regulación, el derecho a adquirir su personalidad jurídica (lo cual sería una garantía efectiva al ejercicio de la libertad de asociación)

De modo general, y de acuerdo a los estudios subregionales, la constitución de las OSCs atiende a procedimientos similares. Habitualmente, se elabora un acta de fundación y el Estatuto que, de acuerdo e la legislación aplicable a cada país, deberá contener los requisitos mínimos exigidos.

La constitución de las OSCs se formaliza, también como regla general, a través de actos de naturaleza administrativa, es decir, su formalización se realiza en el marco de esta esfera. La única excepción es el caso de Nicaragua, país en el cual la constitución de una OSCs proviene de un acto de naturaleza legislativa, o sea, se adhiere al mismo trámite de aprobación de leyes, siendo, por lo tanto, autorizada por la Asamblea Nacional.

Sin adentrarnos en el análisis pormenorizado de los requisitos exigidos por la legislaciones de cada uno de los países estudiados en relación a la constitución y registro de las OSCs<sup>18</sup>, es posible afirmar como comentario general que, mientras más exigente y detallista es la legislación local en relación a la constitución de OSCs, menor es el respeto al principio de la libertad de asociación.

México, por su parte, refleja un ejemplo interesante de cómo este derecho ha sido garantizado por la legislación infraconstitucional. La Ley Federal de Fomento a las Actividades Realizadas por Organizaciones de la Sociedad

Civil dispone un rol de 18 actividades que pueden ser desarrolladas por las ONGs, las cuales estarían vinculadas a competitividades públicas en vista de mejorar las condiciones de vida de la población; además la Ley reconoce su personalidad jurídica y le otorga los siguientes derechos: al registro, a integrar instancias de participación y consulta, a realizar el control social, a acceder a fondos públicos con el objetivo de financiar sus actividades y a gozar de incentivos fiscales.

De este modo, la constitución y adquisición de personalidad jurídica en el marco de las OSCs en la Región de América Latina, resguardadas algunas particularidades, surge ya sea a partir del Sistema de Concesión, o bien a partir del Sistema de Registro, sistemas que serán caracterizados de mejor manera a continuación.

#### *Sistema de Concesión*

En este sistema, proveniente de la Monarquía Hispana, la cesión de personalidad jurídica es controlada por una autoridad administrativa, existiendo, por lo tanto, un privilegio estatal de poder limitar la autonomía de las organizaciones, ya sea en cuanto al ejercicio de su derecho de asociación, como en la independencia de éstas al ejercicio de la libertad estatutaria. Como parte del privilegio estatal típico en este sistema, se le atribuye a la autoridad fiscalizadora el poder de cancelar o extinguir forzosamente la personalidad jurídica de una OSC, sin existir una vía de apelación en la justicia ordinaria. (Argentina, Paraguay, Bolivia).

En Bolivia, por ejemplo, la personalidad jurídica es obtenida después de la inscripción de la OSC en el Ministerio de Autonomías, instancia que tiene la potestad de rechazar el pedido cuando considera que los fines de la entidad solicitante son contrarios a la Constitución Política del Estado y al ordenamiento jurídico vigente.

<sup>18</sup> Algunos países muy escasamente permiten la creación de OSCs cuando sus Estatutos establecen finalidades específicas. En Bolivia, por ejemplo, de acuerdo al Decreto 1.597, del 05 de junio de 2013, los estatutos deben consignar que la organización orienta sus actividades hacia la contribución al desarrollo económico y social, tomando en cuenta las directrices expresadas en la planificación nacional, en las políticas nacionales y sectoriales (Informe América Latina, p. 21). En Guatemala, los estatutos deben consignar que la entidad es una “(...) asociación sin fines de lucro y de beneficio social, y que promueve políticas de desarrollo de carácter económico, social, cultural y ambiental.

En Ecuador, ocurre este mismo proceso ante el Ministerio de Estado competente.

En tal sistema de concesión, los procesos de obtención de la personalidad jurídica pueden ser tramitados ante órganos y/o instancia diferentes, dentro de un mismo país, como en el caso de Bolivia. Mientras las OSCs nacionales obtienen su personalidad jurídica ante el Ministerio de las Autonomías, las entidades extranjeras lo hacen ante el Ministerio de las Relaciones Exteriores. En Ecuador, la personalidad jurídica es obtenida ante el Ministerio de Estado competente.

En el caso de Nicaragua, la excepción entre todos los países estudiados, la personalidad jurídica no deriva de un acto de naturaleza administrativa, sino, como indicamos, de naturaleza legislativa. El procedimiento para su obtención es el mismo que siguen las leyes, toda vez que debe presentarse la solicitud ante el Secretario de la Asamblea Nacional, órgano que tiene la facultad, en términos del artículo 138, inciso 4, de la Constitución, de “otorgar y cancelar la personalidad jurídica de las asociaciones civiles”, bajo solicitud, y acompañada de una exposición de motivos. Como parte del trámite, el proyecto debe ser presentado ante el plenario, y luego esperar la publicación de la aprobación en el Diario Oficial.

Ocurre, por lo tanto, que el proceso de constitución y adquisición de personalidad jurídica de las OSCs no siempre se ampara en la lógica constitucional que garantiza la libertad de asociación y de auto-organización, tal como se ha verificado a partir de los estudios subregionales.

La diversidad de instancias adecuadas para el reconocimiento de la personalidad jurídica de las organizaciones, o la falta de centralización de estos procesos en un órgano único, y la regulación infralegal y burocrática de los requisitos necesarios para su reconocimiento, no solamente genera un escenario de

desconfianza e inseguridad jurídica, sino también puede contribuir hacia situaciones de divergencia y conflicto entre las propias OCSs.

Además de lo anterior, en este sistema, el proceso de cesión de personalidad jurídica es acompañado por una carga considerable de discrecionalidad administrativa, lo cual posibilita mayor control sobre el surgimiento de las OSCs y, consecuentemente, más limitaciones en relación al goce de su Libertad de Asociación.

#### *Sistema de Registro*

En este sistema, la adquisición de personalidad jurídica ocurre luego de depositar el acta de constitución y el Estatuto de la organización mediante un oficio público.

De modo general, el órgano que efectúa el registro no dispone de la prerrogativa de intervención u opinión sobre el contenido de los Estatutos que se les presenta. Su análisis se limita al cumplimiento de requisitos técnicos amparados en la legislación vigente. En Uruguay y Perú, por ejemplo, el registro es realizado mediante Oficios del Registro Público. En Brasil, el registro de las OSCs no depende de ningún tipo de autorización. Cuando se registra el Estatuto de las asociaciones la Notaría solamente verifica los procedimientos formales, sin la posibilidad de intervención en relación al mérito de los dispositivos del Estatuto. En este sentido, una vez constituidas las OSCs tendrían plena libertad de acción.

Igualmente en relación al sistema de registro, algunas curiosidades pueden ser subrayadas. En todos los países de la región caribeña, las OSCs deben al mismo tiempo constituirse a partir de una escritura pública, y bajo el mismo acto jurídico deben presentar sus Estatutos.

En Chile, junto al advenimiento de la Ley 20.500, de 2011, fue modernizada su legislación civil y la regulación complementaria, estableciendo un sistema de depósito

de un acta constitutiva y del Estatuto en los Municipios, y su registro o inscripción en el Servicio de Registro Civil.

Ya en Colombia, el registro de las OSCs es ejecutado ante la Cámara de Comercio, es decir, obedece a la misma lógica de registro a las que están sujetas las personalidades jurídicas cuya finalidad es la generación y la distribución de lucros.

En el caso de Guatemala, según el informe de Centro América y México, el registro, que es constitutivo, se realiza ante el Ministerio del Interior y en el Ministerio de Economía.

Finalmente, en Honduras el sistema igualmente es peculiar. Las OSCs presentan su solicitud de reconocimiento de su personalidad jurídica al órgano competente (Secretario de Estado en los Despachos de Gobernación y Justicia) quien, si así lo considera, puede solicitar la opinión técnica de alguna institución de gobierno correlacionada al área de acción de las OSCs, como por ejemplo, al Instituto Hondureño de la Infancia y de la Familia (IHNFA). Sin embargo, de acuerdo al informe de Centro América y México, el registro de las OSCs tiene carácter meramente declarativo (tal como en Guatemala)

Si bien consta un reconocimiento a la Libertad de Asociación a nivel constitucional, es posible extraer de los estudios subregionales que existen importantes trabas burocráticas relacionadas a la creación de las OSCs, constituyéndose como el caso más emblemático, desde nuestra perspectiva, la situación de Nicaragua, por su dependencia a una acción legislativa y a la aprobación de un Decreto de Ley.

A pesar que la adquisición de la personalidad jurídica no es sólo un derecho, sino una verdadera garantía de derechos hacia las OSCs, en algunos países el proceso de reconocimiento ha estado marcado por enormes

dificultades en relación a la disfrute de la Libertad de Asociación constitucionalmente garantizado a tales entidades. El exceso de formalismos en los procesos de registro, así como la discrecionalidad administrativa, típica en los sistemas de concesión, han dificultado la constitución de nuevas organizaciones y, en este sentido, necesitan pasar por una revisión.

Más allá de esto, los requisitos adicionales necesarios para el reconocimiento de la personalidad jurídica de las OSCs ha sido exageradamente instituido a través de normas infralegales, lo cual, además de burocratizar el proceso, acaba creando un escenario de inseguridad jurídica que, en última instancia, limita el propio derecho de participación.

En este sentido, en Ecuador, las OSCs están obligadas a registrar en el sistema de cada Ministerio (SUIOS) cualquier reforma a sus Estatutos, las elecciones del cuerpo directivo, las actas de las asambleas, los informes de actividades y económicos, bien como la inclusión y exclusión de miembros. En Guatemala es exigido un número no inferior a siete personas para la creación de una organización.

#### **Organizaciones extranjeras**

Los extranjeros también gozan, como regla general, plena Libertad de Asociación en la región latinoamericana.

En el caso brasileño, ésta es legitimada por la Constitución Federal y por el Estatuto del Extranjero<sup>19</sup>, instancias que los autoriza a asociarse con fines culturales, religiosos, recreativos, benéficos o de asistencia, afiliarse a clubes sociales y deportivos, y a cualquier otra entidad con fines similares, así como a participar de las reuniones conmemorativas de las fechas nacionales o acontecimientos de significado patriótico. Solamente es prohibida la actividad política

<sup>19</sup>Ley nº 6.815/1980, art. 107 y siguientes.

dentro del territorio brasileño, en caso que éstas sean restringidas a compatriotas y vinculadas a programas o normas de acción de los partidos del país de origen. Estas instancias establecen, además, que cuando en una organización brasileña más del 50% de sus asociados son extranjeros, solamente podrán funcionar bajo autorización del Ministerio de Justicia. Las entidades extranjeras constituidas en otro país, para funcionar en Brasil, necesitan realizar un catastro y esperar la autorización de funcionamiento a través del Ministerio de Justicia, siendo necesario poseer una dirección de sede y un representante residente en Brasil.

En otros países la situación es semejante. En general, la existencia de organizaciones extranjeras queda condicionada a las mismas reglas aplicadas a las organizaciones nacionales, existiendo, por lo tanto, la necesidad de realización de registro ante los órganos de control competentes y un sistema de rendición de cuentas.

En Nicaragua las organizaciones extranjeras deben registrarse del mismo modo que las organizaciones nacionales, es decir, ante la Dirección de Registro y Control de Asociaciones del Ministerio del Interior.

En Guatemala, según el Decreto 02/2003, *“Las Organizaciones No Gubernamentales podrán contar entre sus asociados hasta con un veinticinco por ciento (25%) de extranjeros, siempre que estos sean residentes en el país, de conformidad con la ley de la material”* (art. 7). Además, *“Las entidades no lucrativas constituidas en el extranjero cuyos fines y objetivos sean acordes con lo establecido en esta Ley, podrán solicitar su inscripción en el Registro Civil de la ciudad de Guatemala, quedando obligadas a llevar contabilidad y someterse a las leyes y tribunales de la República de Guatemala. Quedando sujetas a lo establecido en la presente Ley.”* (art. 12)

Por su parte, en El Salvador, *“Las personas jurídicas de derecho privado no lucrativas constituidas de conformidad*

*a la ley extranjera, tienen en El Salvador los mismos derechos que las personas jurídicas salvadoreñas (art. 44), y, además, “Las asociaciones y fundaciones extranjeras que deseen realizar actos en El Salvador o quieran establecer agencias, filiales, sucursales u oficinas, deberán inscribirse en el Registro. De igual manera, deberán inscribir los documentos de modificación de estatutos, los relativos a su situación financiera y la nómina de representantes legales.”*

En Bolivia, por ejemplo, *“En el caso de las entidades extranjeras de cooperación internacional, a quienes la legislación denomina ONG constituidas en el extranjero, la inscripción y obtención de su personalidad jurídica se tramita ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante la suscripción de un acuerdo marco de cooperación básica con el Estado.”*

Considerando la situación de Ecuador, una vez que la OSC extranjera presenta la solicitud de registro, pasando por la comprobación de informaciones sobre su legalidad, solvencia y buena fe a cargo de la Secretaría Técnica de Cooperación Internacional, a través de las embajadas y consulados ecuatorianos en el exterior, la ONG extranjera celebrará un Convenio Básico de Funcionamiento y será notificada por escrito sobre la autorización para que pueda iniciar su funcionamiento y actividades en el país (Informe América Andina, p. 15).

#### **Registros y Acreditaciones especiales**

De acuerdo a los estudios subregionales, en la región es una práctica común la existencia de empadronamientos gubernamentales dirigidos al registro y/o acreditaciones especiales estipuladas por ley, que cualifican determinadas organizaciones, con el objetivo que puedan vincularse a políticas públicas y acceder a determinados beneficios, exenciones fiscales, donaciones, fondos públicos y convenios.

Tal como expresado en el estudio subregional de América Central *“En todos los países, no sólo no basta con la inscripción y el Registro que marca la Ley, sino que debe hacerlo en otros registros como los de las oficinas tributarias y además, en Guatemala deben hacerlo ante la Controlaría General de cuentas. Sería deseable promover la creación de una ventanilla única en los Ministerios de Gobernación y/o Interior para hacer todos los registros en un una sola dependencia.”*

En el caso brasileño, es destacable la existencia de una serie de empadronamientos en órganos públicos en los diferentes niveles de gobiernos y áreas de acción, los cuales sirven a finalidades distintas. Por ejemplo, solamente para citar las más conocidas a nivel federal, las OSCs pueden acceder a las siguientes inscripciones, títulos y certificados: Catastro Nacional de Entidades (Ministerio de Justicia), Organizaciones de la Sociedad Civil de Interés Público (Oscip), Organización Extranjera (OE), Declaración de Utilidad Pública Federal, Catastro Nacional de Entidad Ambientalista (Ministerio del Medioambiente), Catastro Nacional de Aprendizaje (Ministerio del Trabajo y Empleo), Certificado de Entidades Benéficas de Asistencia Social (Ministerio de Desarrollo Social, Ministerio de Salud y Ministerio de Educación), Catastro de las Entidades Organizadas (Ministerio de las Ciudades), registros en diferentes Consejos de Políticas Públicas Federales, en las diversas áreas.

Esta realidad es posible verificarla en otros países de la subregión Andina, en cuyo informe se menciona, en el caso peruano, el Registro de Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo, receptoras de cooperación técnica internacional (Registro de ONGD) y el Registro de Instituciones Privadas sin Fines de Lucro Receptoras de Donaciones de Carácter Asistencial o Educativo provenientes del Exterior (Registro IPREDA); la Contraloría General de Cuentas, en Guatemala (Informe de América Central, p. 67), entre otros.

Las OSCs acaban segmentándose ante la existencia de múltiples registros con finalidades diferenciadas, a partir de un reconocimiento de parte del Estado que las clasifica y busca estandarizarlas y supervisarlas en su accionar, ya sea con fines de reconocimiento (honorífico), de participación en políticas públicas (en especial, consejos de políticas públicas), de financiamiento público (ya sea por contrato, instrumento de cooperación o subsidio) o de exoneración tributaria (incentivo fiscal, exenciones e/o inmunidad).

#### **Disolución de las OSCs**

Advirtiendo algunas peculiaridades en relación a los requisitos que procuran la disolución de las OSCs en cada uno de los países estudiados, es importante destacar la problemática de quién puede promover tal acción y a través de qué medios.

Las legislaciones de Uruguay, Brasil y Argentina reconocen la acción judicial como instrumento para reclamar sobre el registro de una OSC o para requerir su disolución administrativa forzada por terceros interesados que comprueben el abuso o infracción de las leyes.

En el contexto centroamericano las legislaciones de Guatemala (Decreto 02-2003, Ley de Organizaciones No Gubernamentales hacia el Desarrollo) y de El Salvador (art. 74, de la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro) también permiten la disolución judicial de asociaciones y fundaciones.

En Perú, el Ministerio Público puede solicitar la disolución de una asociación ante la Sala Civil de la Corte Superior del distrito judicial respectivo, en el caso que los fines de la entidad sean contrarios al orden público y a las buenas costumbres.

En el mismo sentido, el nuevo sistema chileno excluye

la posibilidad de derogación o disolución administrativa, tornándose necesaria una acción de solicitud especial que puede ser accionada por el Ministerio de Justicia, en el caso de ser detectada una infracción grave cometida por una Organización de la Sociedad Civil.

El principal problema relativo a la disolución de las OSCs surge cuando la propia instancia que reconoce la personalidad jurídica comporta también la prerrogativa de extinguirla o revocarla, como por ejemplo, lo que ha ocurrido en Bolivia, como consecuencia del advenimiento de la Ley n. 351, aprobada por el Decreto 1597, donde el mismo órgano del ejecutivo, es decir, el Ministerio de las Autonomías, tiene el poder de conceder y revocar la personalidad jurídica de una OSC.

En Colombia, la llamada *Alcaldía Mayor* puede solicitar la suspensión y derogación de una entidad con personalidad jurídica a través de un oficio, o mediante una petición en los casos que exista un desvío de la finalidad o incumplimiento de las disposiciones legales. En Venezuela no se encuentra vigente ningún procedimiento administrativo que permita poner fin al registro o algún mecanismo de disolución administrativa que afecte a las OSCs.

En la misma línea, algunas legislaciones no presentan diseños claros y objetivos sobre la disolución de las OSCs. La ausencia de tales criterios, sumado al hecho que en la mayoría de los casos estudiados la norma constitucional limita el ejercicio del derecho de asociación cuando el fin que se pretende por la entidad es ilícito, sitúa a las OSCs en un contexto de fragilidad, tornándolas indefensas frente a la violación de principios constitucionales como la del debido proceso legal.

El Informe de la Región Andina menciona que, de acuerdo a la legislación boliviana (art. 14 de la Ley 351) el término ONG es aplicado a organizaciones nacionales o extranjeras que desempeñan actividades de desarrollo

y/o asistencia, sin fines de lucro, a partir de fondos/recursos propios o fruto de la cooperación externa, o sea, la amenaza de las revocaciones afecta tanto a las ONGs locales como a las agencias de cooperación que han adquirido personalidad jurídica en Bolivia.

En Ecuador, por ejemplo, el artículo 28 del Decreto 26, permite la posibilidad de disolución y liquidación de las OSCs por medio de oficio o a través de denuncias, en caso que la organización referida haya incurrido en una de las causas de disolución o cuando existe una desviación de la finalidad de la misma.

Es posible concluir, consiguientemente, que tanto la previsión de mecanismos de disolución administrativa, como la concesión de poderes disolutivos a la autoridad competente, que es la misma que otorga la personalidad jurídica a las OSCs, y la ausencia de criterios claros y predefinidos sobre las hipótesis de disolución, son situaciones que han contribuido para que el ambiente en que las OSCs realizan sus actividades no se muestre favorable al desarrollo del trabajo y al ejercicio de sus derechos de libertad de asociación, reunión y expresión.

#### **Destino de los Bienes**

En los países estudiados, como regla general, actúa el principio de libertad en cuanto al destino de los bienes de las OSCs, o sea, el destino de los bienes es declarado en el propio Estatuto Social. En general, en el caso de disolución el patrimonio es destinado a una entidad congénere, definida por la propia Asamblea General.

Es interesante como en el caso de Colombia curiosamente está previsto, ante la ausencia de elección de un destino, que los bienes serán entregados a la Nación, debiendo ser empleados en objetivos semejantes. Venezuela, en cambio, no establece reglas sobre esto.

La legislación general de los países prohíbe la distribución de lucros, excedentes u otros dividendos entre sus miembros y dirigentes. Sin embargo, es permitida, en algunos casos, la remuneración de dirigentes, como en Brasil y Chile, que hayan tenido recientemente sus legislaciones alteradas para permitir tal remuneración, sea de forma temporaria o permanente, en la medida que sean respetadas las condiciones específicas que deben ser evaluadas por las propias organizaciones.

#### **Capacidad Legal, Patrimonio y Financiamiento**

Tal como ha sido mencionado en los estudios subregionales, más específicamente en el Informe del Cono Sur, "(...) la naturaleza no lucrativa de las OSCs aparece suficientemente delineada y regulada por la legislación de los países de esta subregión. La distinción jurídico-dogmática entre las organizaciones con fines de lucro, por un lado, representadas generalmente por diferentes tipos de sociedades y, por otro lado, las organizaciones sin fines de lucro, representadas en general por las figuras jurídicas de las asociaciones y fundaciones, es parte de la estructura general del derecho de asociación en países como los estudiados, de tradición jurídica continental".

La expresión "sin fines de lucro" implica la ausencia, exclusión o prohibición declarada de la organización, legalmente fundada, de orientarse hacia alguna finalidad o tener el propósito de generar ganancias o utilidades de tipo particular o privada. Al referirnos al carácter no lucrativo de las OSCs, es posible relacionarlas a otros postulados jurídicos de interés, como por ejemplo, al artículo 549 del Código Civil chileno, según el cual "Lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente, las deudas de una corporación, no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo o parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación,

*ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación".*

La fórmula citada es, finalmente, complementada por el principio de no-distribución, es decir, las rentas, rendimientos, beneficios o excedentes de la respectiva asociación no podrán ser distribuidos entre los asociados, ni siquiera en el caso de una disolución.

En general, las OSCs presentan una capacidad legal para desarrollar actividades propias, realizar actos jurídicos (incluso de carácter patrimonial) y actuar jurídicamente como demandante y demandado, encontrando sustento en la legislación de los países estudiados.

En relación a las actividades desarrolladas por las OSCs, se cumple el principio de poder realizar iniciativas de naturaleza económica, incluso comerciales, a servicio de sus fines no lucrativos, o de manera complementar a éstas. Y esto ocurre pues la capacidad de buscar, recibir y utilizar recursos es parte de la propia libertad de asociación.

Tal como expresado por Maina Kiai, Relator Especial de la ONU sobre Libertad de Asociación: "La capacidad de buscar, recibir y utilizar recursos es parte inherente al derecho de libertad de asociación. Esto no debería ser una declaración polémica. Por definición, las organizaciones necesitan recursos – financieros, humanos y materiales – para operar. Sin dinero, personal y equipamiento una asociación se reduce a una concha vacía – un vehículo desprendido de su motor, combustible y chofer. Lamentablemente, la capacidad de acceso a recursos por parte de la sociedad civil está lejos de estar garantizada en el mundo de hoy. Las restricciones al financiamiento se ha transformado, durante los últimos años, en una de las principales amenazas para las asociaciones en una serie de países en todas las regiones del mundo."

En el caso de realización de actividades económicas,

las OSCs pueden invertir sus recursos de la manera en que sus órganos de administración lo decidan, sin perjuicio que las rentas recibidas de estas actividades sean destinadas únicamente a sus fines o para aumentar su patrimonio. Una clara expresión de lo descrito es la ley brasileña, en cuyo caso se considera como “sin fines de lucro” la entidad “que no tiene superávit en sus cuentas o, en el caso que lo tenga en un determinado año, destine el referido recurso, integralmente, hacia la manutención y el desarrollo de sus objetivos sociales.”

De este modo, si en un pasado remoto las OSCs necesitaban la autorización del Estado para alienar bienes y realizar actos de carácter patrimonial, hoy esta restricción subsiste solamente en el caso de las fundaciones, y en algunos países.

Hay quienes afirman que la reducción en el grado de interferencia del Estado en la realización de actividades de naturaleza patrimonial a través de las organizaciones denota un mayor respeto a la propia Libertad de Asociación. Sin embargo, a través de otros mecanismos los Estados invaden la esfera privada de las OSCs, que al buscar una acción pública necesariamente se relaciona con el Poder Público, como veremos en la parte del informe que trata sobre las normas de Derecho Administrativo.

#### **NORMAS RELATIVAS AL DERECHO TRIBUTARIO**

Inmunidades y exenciones, incentivos fiscales a la realización de donaciones, impuestos aplicables sobre las actividades de las OSCs, así como la efectividad de los procedimientos administrativos existentes para la obtención de las exenciones, inmunidades e incentivos fiscales serán los aspectos destacados en esta parte del informe.

#### ***Inmunidad/exención del Impuesto sobre la Renta***

Las leyes que visibilizan la reducción de impuestos sobre la renta a través de la donaciones para las OSCs elegidas, en general están limitadas a determinadas actividades (salud, educación, asistencia social, cultura, entre otras), circunstancias y condiciones.

Como regla general, en los países andinos y en el Cono Sur y Brasil, es garantizada la exención del Impuesto a la Renta, a pesar que, en cada caso, existan criterios diferentes.

En la región de América Central la situación es un poco diversa.

En México se comprueba una situación *sui generis*. En el Distrito Federal las OSCs están eximidas del pago de impuestos, derechos y beneficios establecidos por las leyes del Distrito Federal; de impuestos que correspondan a productos fabricados por las propias instituciones; y de los impuestos federales, cuando las leyes de aplicación federal lo determinan así. Igualmente, pueden ser beneficiados por la reducción de otros impuestos, como: el impuesto predial sobre la adquisición de inmuebles; el impuesto sobre loterías, rifas, sorteos y concursos; el impuesto de espectáculos públicos; el impuesto sobre las nóminas; los derechos relacionados al suministro de agua; los derechos de autorización de la red de agua y alcantarillado; los derechos sobre la expedición de licencias de construcción; los derechos de inscripción en el registro público de la propiedad y del comercio. Las organizaciones o Instituciones de Asistencia Privada creadas fuera del Distrito Federal quedan sujetas a las leyes de cada estado de la República, logrando el goce de las exenciones que especifica la legislación local. Sin embargo, considerando los beneficios relacionados a los impuestos federales, pueden también realizar los trámites necesarios ante la autoridad de hacienda, a saber, el Sistema de Administración Tributaria.

En la legislación brasileña, por su parte, todas las entidades sin fines de lucro están excusadas del Impuesto sobre la Renta. La constitución brasileña asegura, incluso, la inmunidad constitucional – lo cual instaura una verdadera limitación al poder de tributación del Estado - impidiendo que sean instituidos impuestos federales, estatales y municipales sobre la renta, sobre el patrimonio y sobre servicios ejecutados por las OSCs que actúan en las áreas de asistencia social, salud y educación, siempre que sean atendidos determinados requisitos legales. En el caso de las organizaciones que actúan en otras áreas más allá de la asistencia social, salud o educación, pueden obtener exenciones específicas, de acuerdo a la legislación local.

Uruguay cuenta con un mecanismo similar, denominado “exoneración constitucional”, a favor de entidades de enseñanza y de carácter cultural, en lo que se refiere a impuestos nacionales y municipales, aplicados sobre servicios, negocios jurídicos o bienes directamente relacionados al desarrollo de actividades culturales o educacionales.

En Argentina y en Paraguay el espectro de organizaciones aptas para buscar exenciones es más amplio, abarcando entidades que actúan no solamente en el área de la salud, educación y asistencia, sino también las que tienen carácter científico, literario, cultural, gremial, etc.

Al final, una situación interesante se verifica en Chile, donde la exención sobre el Impuesto a la Renta en favor de organizaciones o entidades benéficas es otorgada o autorizada por el propio Presidente de la República. El reconocimiento de la exención pasa, por lo tanto, por una solicitud administrativa, resuelta finalmente por una autoridad del Poder Ejecutivo.

La exoneración o exención del Impuesto sobre la Renta que se les garantiza a las OSCs se justifica como “(...) protección a la afección social de su patrimonio y como

*mecanismo para aliviar la carga financiera de tales organizaciones. (...) Cada vez que la asociación, corporación o fundación ejecute acciones sociales o programas de asistencia que el Estado no puede ofrecer, o bien preste servicios sociales y especializados que el mercado no pueda otorgar, el Estado puede intervenir de forma directa, tomando bajo control la ejecución de los programas o la rendición de los servicios referidos, o de manera indirecta, subsidiando esta actividad”* (Informe América Andina, p. 43).

Como regla general, la concesión o reconocimiento de esta exención depende del cumplimiento de una serie de requisitos administrativos que deben cumplir las OSCs, lo que incluye desde la inscripción en catastros, presentación de documentos, previsión de contenidos específicos en sus Estatutos Sociales, hasta su inscripción ante los órganos de administración tributaria.

En la práctica, la dificultad para obtener la exención del Impuesto sobre la Renta se ha vuelto común. Inclusive en Perú, donde las OSCs, en virtud de la publicación de la Ley 29.966, fueron consideradas exentas hasta el 31 de diciembre de 2015, son comunes los casos en que se rehúsa sistemáticamente la exención del Impuesto de Renta a las nuevas OSCs, especialmente aquellas que han solicitado su inscripción ante el Registro de Entidades Exoneradas de la SUNAT (Superintendencia Nacional de la Administración Tributaria).

#### ***Iva, Impuesto sobre donaciones y otros impuestos***

La mayor parte de los países estudiados cuenta con mecanismos de exención de Impuestos sobre el Valor Agregado (IVA), o concesiones de créditos del IVA hacia las OSCs, siempre que sean atendidos ciertos requisitos legales. Así ocurre en los países de la región andina. En la región denominada “Cono Sur y Brasil”, en los casos de Argentina y Paraguay existe legislación que trata sobre esta exención. Ya en los países investigados en América Central la escena no es igualmente favorable

para las OSCs. México representa la situación *sui generis* descrita anteriormente.

En Guatemala, el Congreso de la República puede, mediante Decreto Legislativo, convenir exenciones a iglesias y a las OSCs. Existe, por lo tanto, discrecionalidad legislativa en la aprobación de exenciones, lo cual no nos parece adecuado para el desarrollo de las OSCs.

Guatemala además separa, con fines tributarios, a las entidades de asistencia social de aquellas cuya finalidad es el desarrollo. Las OSCs de asistencia social están eximidas del pago de cualquier tipo de impuesto, pero no pueden realizar ningún tipo de obra y deben limitarse a la realización de acciones de asistencia social. Las llamadas organizaciones de desarrollo no se benefician de la exención tributaria y pueden pues realizar todo tipo de obras.

Honduras y El Salvador no cuentan con exenciones sobre tales tributos y en Nicaragua la única exención posible para las OSCs es la del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, siempre que la organización posea este tipo de bien; y cuentan también con la posibilidad de recibir la donación de un vehículo cada cinco años, proveniente desde otra OSC, o bien oriundo de un programa de apoyo de origen extranjero.

Brasil, Paraguay y Chile, por su parte, también poseen legislaciones que eximen a las OSCs del pago de impuestos sobre la propiedad de bienes inmuebles. En los países del Cono Sur es común la existencia de normas legales que establecen la exención del impuesto sobre herencias y donaciones realizadas en favor de las OSC. En Brasil la exención sobre donaciones varía de acuerdo a la legislación de cada estado; en Chile, abarca a las entidades benéficas; en Paraguay abarca a las entidades religiosas, de asistencia social, asociaciones, fundaciones, federaciones y otras entidades sin fines de lucro.

Entre los países andinos, solamente Venezuela aplica un Impuesto sobre Donaciones, cuya exención puede ser obtenida por entidades privadas sin fines de lucro, que se dediquen a la asistencia social, a la protección social, o a actividades de naturaleza religiosa.

Se puede desprender de la lectura comparada de los estudios subregionales que los criterios utilizados para determinar cuales son las entidades sin fines de lucro que pueden ser beneficiarias de la exención tributaria y cual es la amplitud/diversidad de las áreas de acción de estas entidades revelan no solamente la forma como cada país se enfrenta a la concesión/reconocimiento de las exenciones tributarias, sino también ilustra la manera a través de la cual el Estado se relaciona con las OSCs y en que medida ofrece estímulo a sus acciones.

#### ***Incentivos tributarios para donaciones realizadas a las OSCs***

En la mayoría de los países estudiados existen mecanismos de incentivo tributario, habitualmente direccionados al uso de las propias OSCs, o sea, se trata de incentivos institucionales.

En lo referente a los incentivos, existen algunos elementos a destacar, como la *“alianza público-privada entre el Estado que arbitra el interés fiscal y los contribuyentes que deben pagar sus impuestos de renta o de recaudaciones, vinculando además a las OSCs que los contribuyentes pueden escoger como destinatarias (...).”* (Informe Cono Sur, p. 34)

Entretanto, en América Latina, las donaciones a través de incentivo fiscal son utilizadas por una pequeña porción de la sociedad, en especial por las grandes empresas. Esta concentración contribuye para que las fundaciones e institutos creados o controlados por los mismos grupos

empresariales, sean los primeros destinatarios de tales recursos, cuya aplicación quedará limitada al ámbito de estrategias de responsabilidad social corporativa de las empresas donadoras. Tal como observa Felipe Viveros, este arreglo no contribuye por si mismo a las OCS organizadas, sino que actúa como un instrumento de extensión de la esfera de influencia de las mismas empresas.

Es importante resaltar la necesidad de garantizar la creación de mecanismos que posibiliten a las personas físicas la reducción de impuestos y que los recursos recibidos puedan ser destinados hacia la propia institución y no apenas hacia proyectos específicos. Estos ámbitos son fundamentales a fin de permitir mayor independencia y sustentabilidad de las OSCs, en mediano y largo plazo.

Durante los días que antecieron al cierre de este Estudio, Brasil anunció que está siendo propuesta la incorporación al Proyecto de Ley 4643/2012 de mecanismos de incentivo fiscal para todas las personas físicas que pagan Impuestos Sobre la Renta (en los casos en que la renta anual supere los R\$21.000,00 – aproximadamente U\$ 9 mil dólares americanos). En el caso de ser aprobada, la ley posibilitará que los donadores reduzcan hasta el 6% del valor total del Impuesto de Renta adeudado, siempre que estos valores sean destinados a OSCs comprometidas con el interés público y que tengan correctas normas de transparencia, sin ninguna vinculación a Proyectos determinados. Nuestra evaluación es que esta propuesta puede generar impactos muy positivos para el desarrollo de la sociedad civil brasileña y, por lo tanto, para la propia democracia.

Garantizar que los ciudadanos comunes sean estimulados a contribuir hacia organizaciones privadas es un incentivo importante en vista de la participación de las personas en la vida pública y una forma importante de educación ciudadana. Además, es un

excelente instrumento para promover el control social y la transparencia de las propias organizaciones, ya que sus financiadores estarán acompañando de manera más cercana las actividades que desarrollan.

El informe chileno señala, acertadamente, los impactos advenidos del repliegue de la cooperación internacional y el consecuente llamado de atención hacia las necesidades de financiamiento interno, en especial de parte de los Estados, pero también de la sociedad. La insuficiencia de programas de cooperación internacional es identificada como particularmente grave en Argentina, Chile y Uruguay.

Al aumentar el financiamiento público a las OSCs fueron surgiendo nuevas reglas que, de manera general, reconocen la legitimidad del fomento financiero hacia las organizaciones, pero exigen credenciales específicas para acceder a estos recursos, ya sea por medio de incentivos fiscales, acceso a fondos o bien subsidios para la realización de colaboraciones con el Estado, como veremos a continuación .

#### **NORMAS RELATIVAS AL DERECHO ADMINISTRATIVO**

Son dos los aspectos importantes en la vida de las OSCs. Por un lado, el logro de su finalidad social y, por otro, la preservación de su naturaleza no lucrativa. En la mayoría de los países estudiados existen marcos de vigilancia, supervisión y fiscalización hacia las OSCs, en especial hacia las que desarrollan una interacción con el Estado.

En Brasil las OSCs que buscan acreditaciones o registros complementarios quedan adscritas al control de los respectivos órganos, como en el caso, por ejemplo, del Ministerio de Justicia (en el caso de organizaciones caracterizadas como OSCIP o Declaradas de Utilidad Pública Federal); de los Ministerios de Salud, de Educación o de Asistencia Social (en el caso de las OSCs

que poseen o pretender obtener el CEBAS - Certificado de Entidad Benéfica de Asistencia Social); entre otros.

En Perú, las OSCs quedan bajo el control y fiscalización de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI), la cual controla la utilización de recursos oriundos de la cooperación internacional no reembolsable. Sin embargo, es interesante llamar la atención que la sola inscripción de las OSCs en los registros ONGS e IPREDA no las sujeta a los respectivos controles (Informe América Andina, p. 35), toda vez que su empadronamiento es voluntario.

En Colombia es posible ver una situación poco común, pues el poder de fiscalización y control de las OSCs ha sido otorgado al Presidente de la República, según consta en el artículo 189 de la Constitución Federal, siendo luego delegado a los gobernadores de los departamentos y al Alcalde Mayor de Bogotá.

A pesar de que existen órganos o instancias de vigilancia, los derechos fundamentales de las OSCs no siempre son abrigados. En Perú, por ejemplo, incluso existiendo la posibilidad de interposición del recurso de reconsideración y de apelación contra las decisiones de la APCI, en la hipótesis de falta o ausencia de manifestación de la autoridad competente se debe aplicar el llamado “silencio administrativo”, es decir, se considerará denegado el recurso impuesto.

Además de esto, en otros países estudiados, como Bolivia, Ecuador y Venezuela, ni siquiera existe un procedimiento específico de vigilancia, supervisión y fiscalización dentro de la normativa vigente.

La inexistencia de mecanismos predefinidos de supervisión, la falta de reglas y procedimientos propios para vigilar, supervisar y fiscalizar las OSCs, así como el mutismo formal de la autoridad competente, acompañada de la debida motivación, en el caso de desestimación de recursos interpuestos por las OSCs, como ocurre

en Perú, son ejemplos de situaciones de violación de derechos fundamentales hacia las OSCs. Estos episodios además de vulnerar el derecho fundamental de las organizaciones a manifestarse, acaban infringiendo principios constitucionales relevantes que también benefician a las OSCs, esto es, el debido proceso legal, la amplia defensa y el principio de contradicción.

En este sentido, se hace necesario que los países de la región formalicen mecanismos de vigilancia, supervisión y fiscalización de las OSCs. Esto se trata de una medida que se impone, cuando lo que está en juego es el interés público y los derechos fundamentales de las OSCs.

#### **Acceso a Fondos Privados y Públicos**

Como señala el estudio subregional del Cono Sur, “la principal fuente de financiamiento de las OSCs proviene de aportes, fondos y subvenciones recibidos de agentes públicos y privados, nacionales o de cooperación internacional”. Este comentario refleja igualmente la realidad enfrentada por los países de América Central y de América Andina.

A pesar de la diversidad de fuentes que utilizan las organizaciones para mantener y sustentar sus actividades, y de la forma como interactúan con el Estado con este fin, el financiamiento y el acceso a fondos públicos nacionales, en especial, es aun uno de los puntos críticos en relación a la vida de las organizaciones (Informe Cono Sur, p.15).

El financiamiento público a través de subvenciones y de otras formas de transferencia de recursos a partir del presupuesto público es, según el estudio realizado por el ICS (2014), una de las principales fuentes de financiamiento de las OSCs en la subregión estudiada (Informe Cono Sur, pp. 23-24).

Si bien en general la libertad de las organizaciones

de manejar los recursos financieros a los que acceden tiene vigencia (con excepción de la existencia de controles más estrictos en el caso de fundaciones y de la recepción de recursos del exterior), las OSCs enfrentan una importante incerteza al realizar su papel: el riesgo que los recursos destinados a la ejecución de sus intereses públicos sean cortados.

Tanto es así que los países reconocen la personalidad jurídica de las OSCs junto con su libertad de definir las formas de generación de recursos y el derecho a la libre contratación de fuentes de apoyo, en la medida que se respeten sus fines sociales.

Es en este sentido que se les ha reconocido a las OSCs su capacidad jurídica, es decir, el potencial de celebrar contratos de naturaleza pública y privada, incluyendo contratos de financiamiento y cooperación privada, y de canales administrativos para la contratación de fondos públicos orientados a la prestación de servicios en patrocinio de asociaciones, corporaciones y fundaciones<sup>20</sup>.

La legislación hondureña, por su parte, no dispone de ninguna regulación en este sentido; En El Salvador, la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro (Decreto 480) no consigna ningún mecanismo de convocatoria para que las OSCs puedan participar de procedimientos tendientes al acceso de recursos públicos.

En Nicaragua, consecuentemente, al no existir regulación sobre el acceso a estos fondos, en 2014 fueron distribuidos aproximadamente 1 millón de dólares, entre 86 organizaciones, a partir de fondos que se sustrajeron bajo la perspectiva de la discrecionalidad de los Poderes del Estado Nicaragüense. (Informe América Central, p. 63)

En América Central, por lo tanto, con excepción de México – país que permite el acceso a recursos de naturaleza pública a las OSCs mediante concursos

públicos – los demás países estudiados no cuentan con regulación legal sobre la materia, realizándose asignaciones presupuestarias de forma no planificada.

Por otro lado, entre las demás formas de acceso a recursos públicos y privados, las subvenciones<sup>21</sup> y los “fondos competitivos” constituyen prácticas ya consolidadas en Uruguay, Chile y Brasil, pero de aplicación aun no homogénea en los demás países estudiados.

Si bien la existencia de estas prácticas ha sido positiva, ya que han ampliado la gama de alternativas para que las OSCs busquen financiamiento de sus actividades, hay informes señalando que la forma como son aplicados tales mecanismos de acceso al recurso público vulneran la igualdad de oportunidades y son contrarias a la sustentabilidad de las organizaciones, por una serie de motivos, entre los cuales destacan: la prohibición sobre la aplicación de recursos en el desarrollo institucional; la multiplicidad de fuentes de proyectos y la correspondiente falta de homogeneidad y sistematización en el trato hacia las OSCs; la dificultad de las OSCs de conocer todos los requisitos y condiciones necesarias de acceso a los recursos, en la medida que la regulación se da a través de normas de naturaleza infralegal, entre otros.

De este modo, es posible identificar que los fondos dirigidos al financiamiento de proyectos, de no ser pensados en beneficio de las organizaciones de menor tamaño presupuestario que actúan con características relevantes en sus comunidades, pueden reproducir y perpetuar desigualdades. En el análisis de Felipe Viveros: “Lamentablemente, los fondos competitivos, diseñados y colocados en práctica en escenarios de libre mercado, no siempre actúan como incentivo al asociativismo de los ciudadanos o al desarrollo de las mejores prácticas organizacionales y técnicas, sino como una forma de favorecer a quien más recursos o capacidades posean en el punto de partida (...).” (Informe Cono Sur, p. 16)

<sup>20</sup> Sobre el respeto de la libertad de contratación conferida a las OSCs es importante apuntar, como bien ha sido destacado en el informe de la región Andina, que “El derecho a contratar implica el derecho a elegir cómo, cuándo y con quién convengo o contrato, incluyéndose el derecho a no convenir o contratar; y el derecho a determinar el contenido del convenio o contrato (autonomía de la voluntad o libertad de configuración interna). En este mismo sentido, el principio de autonomía de la voluntad tiene un doble contenido: a) la libertad de contratar llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y 2) la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato, siempre con fines lícitos.” (Informe América Andina, p. 41)

<sup>21</sup> Transferencia de recursos administrados por ministerios y otros servicios centrales y descentralizados hacia OSCs y hacia otras entidades para ejecución de acciones correspondientes destinados a complementar políticas y programas del Estado.

En Brasil, por ejemplo, los financiamientos disponibles son para proyectos específicos y no para el desarrollo institucional de las OSCs en general. En la misma línea, en Chile, los fondos creados por la reciente Ley de Participación Ciudadana (“fondo mixto de apoyo social” y “fondo de fortalecimiento de las organizaciones de interés público”), los cuales estarían orientados a la promoción del trabajo de las OSCs, parecen crear un cierto “grado de darwinismo en la sociedad chilena, donde solamente algunas propuestas – “las mejores”- son seleccionadas y premiadas mediante recursos, haciendo más penetrante la fragmentación, desconfianza, dependencia y la vulnerabilidad económica de las organizaciones.”. (Informe Cono Sur, p. 22)

En relación a este tópico, es posible subrayar, consecuentemente, los siguientes elementos en los tres estudios subregionales:

- los mecanismos de asignación de recursos a través de la transferencia de recursos o ítems del presupuesto fiscal son considerados un riesgo, pues se valen de una alta dosis de discrecionalidad administrativa, lo cual es inaceptable a la luz de principios administrativos ligados a la imparcialidad, objetividad y transparencia. Exceptuando casos de emergencia, la utilización de tales mecanismos se encuentra normalmente asociado a la falta de probidad y a la corrupción de la administración del Estado (Informe Cono Sur, p. 22-23); y
- en su mayoría, los países estudiados no cuentan con una política pública específica orientada al financiamiento de las OSCs; en los países que existe algún tipo de iniciativa en esa dirección, hay indicios que éstas contribuyen más hacia el aumento de la competitividad entre las entidades, y, por lo mismo, hacia la fragmentación de su trabajo.

#### **OSCs y su relación con el Estado**

Si bien la libertad de contratar y manejar recursos es reconocida formalmente a las OSCs, en la práctica ésta no ha sido asegurada, en especial cuando en el polo opuesto de la relación contractual se encuentra la figura del propio Estado.

La burocracia que permea la relación entre las OSCs y el Estado es un primer punto que dificulta el acceso a los recursos públicos disponibles.

En Guatemala, Organizaciones no Gubernamentales, Asociaciones, Fundaciones, Patronatos, Cooperativas, Comités, Organismos Regionales Internacionales, Fideicomisos y demás entidades privadas o mixtas, nacionales o extranjeras, que reciban o administren recursos del Estado, deben publicar en el Sistema de Informaciones de Contrataciones y Adquisiciones del Sector Público, denominado GUATECOMPRAS, las bases de la licitación y las cotizaciones, junto con las especificaciones técnicas, criterios de evaluación, lista de ofertas recibidas, entre otras formalidades.

La práctica recién citada se considera ofensiva a la libertad de auto-organización que gozan las OSCs. Establecer parámetros es razonable, pero restringir las OSCs al mismo régimen aplicado al sector público es, además de exagerado, vulnerador de la propia naturaleza privada de tales entidades. Existen registros de este tipo de situación en otros países de la región, como en el caso de Brasil.

Además, la exigencia de empadronamiento hacia las OSCs en sistemas públicos de control, como, por ejemplo, el caso del SICOIN (Sistema de Contabilidad Integrada del Ministerios de Finanzas Públicas), en Guatemala, o el caso del SICONV (Sistemas de Convenios con la Unión), en Brasil, entre otros, termina transformándose en una verdadera carga para las OSCs, las cuales muchas veces necesitan disponer de recursos humanos y financieros

propios con el objetivo de alcanzar sus fines.

En definitiva, el hecho de imponer barreras sin base jurídica o lógica también ha contribuido para dificultar el acercamiento entre las OSCs y el Estado.

En Bolivia, por ejemplo, cuando las entidades públicas del Estado lanzan convocatorias para contratación de servicios de consultoría, las propuestas de las OSCs no son consideradas cuando son presentados dos o más proponentes constituidos como firmas consultoras.

En Colombia, quedan inhabilitadas para participar en procesos de contratación las corporaciones, asociaciones y fundaciones cuando, por disposición legal o estatutaria, un servidor público participe de sus órganos de gestión para desempeñar en ellos cargos de gestión o gerenciamiento. Brasil también posee una legislación que prohíbe la participación de servidores públicos en la gestión de OSCs cuyas pretensiones sean el establecimiento de alianzas.

Asimismo, existen ejemplos de países que, en la dirección contraria, han buscado estimular y facilitar la relación entre las OSCs y el Estado.

La Ley Mexicana de Fomento a las Actividades Realizadas por Organizaciones de la Sociedad Civil, en su artículo 5º, enumera una lista de 18 actividades vinculadas a competencias públicas y dirigidas a la mejora de las condiciones de vida de la población, o sea, un catálogo de actividades que la Administración Pública realiza con la ayuda de las OSCs y para las cuales destina una cantidad de fondos públicos, en vista de su ejecución a través de las mismas.

Más allá de lo anterior, la Ley Mexicana, en su artículo 6º, establece una serie de derechos que gozan las OSCs en su relación con el Estado Federal, posibilitando su participación en la toma de decisiones sobre las

actividades objetivo que fomenta la ley. Los derechos más importantes, como ya fue mencionado en la sección anterior, son: el derecho al registro, el derecho a formar parte de instancias de participación y consulta, el derecho a realizar el control social, el derecho de acceso a fondos y apoyos públicos para financiar actividades objeto de fomento, y el derecho a gozar de incentivos fiscales. (Informe América Central, p. 43)

El ejemplo de México de normar la participación de las OSCs a través de acciones de fomento, debería ser replicado en todas la región, pues la regulación de la materia termina por alejar las posibilidades de clientelismo y/o partidismo en la destinación de los fondos presupuestarios para acciones de desarrollo (Informe América Central, p. 67).

En vista de garantizar la igualdad que debe regir todos los procedimientos de distribución de recursos públicos son necesarias medidas que impidan el uso de la discrecionalidad administrativa en la concesión de tales recursos. Es importante que los países desarrollen legislaciones propias abordando el tema del fomento a las actividades de las OSCs, y establezcan, de forma clara y objetiva, los criterios para que las referidas entidades puedan acceder a tales recursos, con igualdad de oportunidades.

Finalmente, teniendo en vista la garantía a la libertad de asociación, es primordial que la naturaleza eminentemente privada de las OSCs sea reconocida, con el objetivo que tales entidades no necesiten someterse a los mismos procesos y criterios de selección pública de proveedores cuando se trate de la ejecución de sus proyectos, en razón de su naturaleza privada.

Brasil subraya la proliferación de fondos públicos competitivos, tanto a nivel federal como estadual y municipal, y realiza una crítica general sobre la dispersión de los programas y la burocracia excesiva de acceso. El

caso chileno destaca como un país con cierta tradición de fondos públicos, fiel al modelo económico que favorece al sector privado y la tercerización de servicios sociales, siendo relevante la existencia del “fondo de fortalecimiento de las organizaciones de interés público”, cuyo objetivo sería el apoyo declarado hacia las OSCs como sujetos de derecho.

En muchos países, las OSCs están limitadas por formas de control del Estado, esto independientemente si han recibido, o no, financiamiento público. Chile, Argentina y Paraguay tienen leyes en ese sentido. Mientras en Brasil cualquier ciudadano tiene el derecho a solicitar informaciones a las entidades tipificadas como de interés público.

En relación al desarrollo de actividades económicas, las OSCs, en principio, son consideradas como sujetos pasivos en función de la consecuente obligación tributaria, ya que, en términos de la ley, la responsabilidad tributaria es aplicable a cualquier persona o entidad, con o sin fines de lucro. Pero existen excepciones importantes, tal como en Brasil, donde se reconoce la “inmunidad institucional” a las OSCs con fines educacionales, de asistencia social y de salud, cuando se refiere a sus “actividades esenciales”, lo cual las libera del impuesto sobre la renta, sobre el patrimonio y sobre los servicios. Igualmente, en Uruguay existe una “exención constitucional” para instituciones de enseñanza y de objeto cultural.

En el plano jurídico, con mayor o menor intensidad, todos los países de la subregión buscan establecer exenciones fiscales sobre los rendimientos (o ganancias) y herencias.

Llama la atención que en el caso de América Central la exención se limita, generalmente, a actividades educativas, científicas y de caridad, excluyendo las actividades más modernas de organizaciones de la sociedad civil, como la promoción de causas de derechos civiles, el control social del Estado y otros asuntos que puedan crear tensión

con el Estado, como la protección del medioambiente o la investigación social, entre muchos otros. También es posible consignar como práctica común en la región la amplia discrecionalidad de los funcionarios de la administración, quienes muchas veces constreñidos a no conceder la exención, desestiman los pedidos basándose en formalidades excesivas.

#### **Aspectos de Derecho Penal**

De modo general, los ordenamientos jurídicos estudiados distinguen claramente entre la existencia de las personas jurídicas y la figura legal de sus integrantes. En este sentido, reconocen que las personas que componen una personería jurídica no tienen derecho al patrimonio, así como no responden por sus deudas. De este modo, las OSCs, comprendidas como sujetos de derecho dotados de personalidad jurídica propia responden, incluso ante terceros, por los daños y/o perjuicios que pudieran causar en el ejercicio de sus actividades.

En el ámbito penal no existen normas específicas que regulen la práctica de crímenes realizados por Organizaciones de la Sociedad Civil. Sin embargo hay otras normas que tratan sobre la perpetración de actos ilícitos, incluso por sus representantes, considerando también potenciales delitos atribuibles a gestores, socios o miembros de empresas y personas jurídicas en general, o sea, que no corresponden a normas penales tradicionales.

La Ley Especial de Fomento hacia las Organizaciones no Gubernamentales de Desarrollo (ONGD) de Honduras, Decreto n. 23-2011, por ejemplo, cuando trata acerca del patrimonio de las OSCs determina que: “Las ONGD velarán porque los bienes y recursos de su patrimonio no provengan de lavado de activos o cualquier otra actividad ilícita, circunstancia que podrá ser constatada por el ente regulador o fiscalizador del Estado, cuando lo estime pertinente so pena de incurrir en los delitos señalados

por el Código Penal y cualquier otra legislación aplicable.”

Ya en lo relativo a la disolución de las OSCs, en Bolivia, tanto el artículo 14, de la Ley 251, del 19 de marzo de 2013, como los artículos 19, 20 y 21 del Decreto 1597, disponen que la anulación de la personalidad jurídica podrá ocurrir “(...) por necesidad o interés público, declarado mediante Ley de la Asamblea Legislativa Plurinacional, por realizar actividades distintas o dedicarse a otro rubro que no sea el indicado en su estatuto (objeto, fines y alcance), por sentencia penal ejecutoriada, cuando se compruebe que los miembros que ejercen representación de la persona colectiva, realicen actividades que atenten en contra la seguridad o el orden público o hayan cometido hechos ilícitos en el ejercicio de sus funciones, valiéndose de la institución o por incumplimiento a las políticas y/o normas sectoriales, previo informe del Ministerio del área.” (Informe América Central, p. 93)

En ese mismo sentido, el artículo 26 del Decreto 16 de Ecuador señala que “(...) podrán ser disueltas las entidades u ONG por desviarse de los fines y objetivos para los cuales fue constituida, por dedicarse a actividades de política partidista, reservadas a los partidos y movimientos políticos inscritos en el Consejo Nacional Electoral, o por injerencia en políticas públicas que atenten contra la seguridad interna o externa del Estado o, que afecten la paz pública; habiéndose ya disuelto a la Fundación Pachamama del Ecuador mediante el Acuerdo Ministerial 125 del 4 de diciembre del 2013 del Ministerio del Ambiente.” (Informe América Central, p. 93)

De este modo, si entendemos que las penas privativas de libertad son de naturaleza abusiva y afectan la vida de las personas físicas que cometen ilícitos, de la misma manera, la disolución forzada representa el final de las personas jurídicas.

Se puede conferir a la lectura de los párrafos arriba citados que, a pesar de la inexistencia de legislación

penal específica adecuada para tipificar la conducta de las OSCs, algunos países desarrollaron otros mecanismos para “sancionarlas”, en caso que sus conductas se alejen de aquello que se esperaba de ellas, tornándose, por lo tanto, “criminalizable”. La práctica de estas acciones percibidas como “delictuales” serían suficientes para justificar la disolución forzosa de las organizaciones.

Tomando en cuenta el actual contexto de aumento en la rigidez de la legislación de las OSCs, lo cual es consecuencia, en gran parte, de sus interacciones con el Estado (en especial cuando se trata de acceso al financiamiento público), Chile, Argentina y Brasil han aprobado recientemente leyes que permiten a personas colectivas como potenciales autores de crímenes graves, involucrando organizaciones criminales, como tráfico de drogas, lavado de dinero, corrupción de funcionarios públicos y actos terroristas.

En este sentido, destacamos aquí algunas normas relativas a la probidad administrativa y contra la corrupción, las cuales no siendo parte del derecho penal en sentido estricto, tiene carácter penal, limitando el ejercicio de derechos de personas físicas o jurídicas<sup>22</sup>.

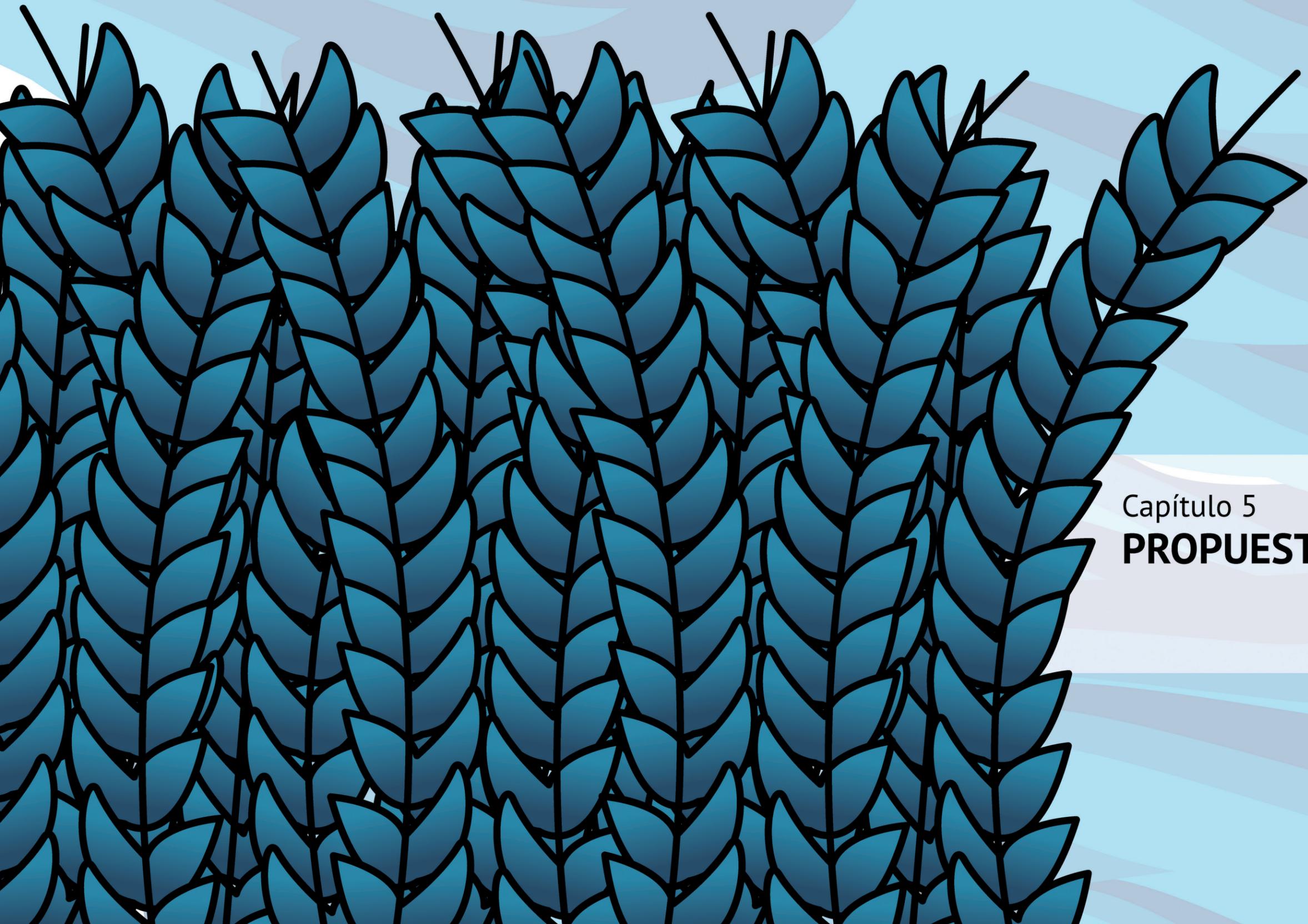
En Brasil, la Ley Anticorrupción (Ley 12.846/2013), vigente desde enero de 2014, que norma el incremento de responsabilidad administrativa y civil de las personas jurídicas, incluyendo fundaciones y asociaciones de entidades o personas, por la ejecución de actos ilícitos contra la administración pública, nacional o extranjera, merece ser aplicada y acompañada por las OSCs, para que sirva a los fines que se propone y no sea usada como instrumentos de criminalización de OSCs que participan en la vida pública no estatal. En el caso de la ley brasileña de la Probidad Administrativa (Ley 8.429/2002), se propone su aplicación tanto hacia personas físicas que practiquen actos de improbidad contra el patrimonio de alguna entidad pública, como a las OSCs que reciban subvención, beneficio o incentivo

<sup>22</sup>Otro aspecto destacable se refiere a la persecución penal contra las OSCs o la criminalización de las protestas sociales – OSCs vinculadas a movimientos sociales hostiles o simplemente opositores al orden establecido, y con esto, el ejercicio de la libertad de expresión y de reunión pacífica en lugares públicos acaba siendo visto como manifestaciones de desorden, que causan daños a la propiedad pública y privada y que atentan contra la propia seguridad del Estado. (Informe Cono Sur, p. 39).

fiscal o crediticio de algún órgano público. Las sanciones oscilan entre la restitución de valores desviados e indemnización al erario público, hasta la pérdida de derechos políticos por, como máximo, 8 años.

En los últimos años, se ha verificado la criminalización de protestas, de los movimientos sociales y marchas, en actos públicos o a través de los medios de comunicación. Si bien los informes subregionales no estén dirigidos hacia relatos de persecución explícita, existe el riesgo que los miembros de las OSCs sean acusados de desacato a la autoridad o de crímenes contra el orden y seguridad del Estado. Además, la criminalización contra defensores de derechos humanos ha sido objeto de frecuentes recomendaciones internacionales en relación a los países de la región, lo cual representa una amenaza al desarrollo de una sociedad civil libre e independiente.

Otro punto a ser destacado es la existencia del fenómeno de la criminalización de las OSCs, lo que revela la percepción de que éstas estarían potencialmente más propensas a ser imputadas como sujetos pasivos en procesos penales, acusadas de delitos, lo cual desnuda una tendencia al tratamiento no igualitario de las OSCs en relación a otros tipos de personalidades jurídicas.



Capítulo 5

## **PROPUESTAS Y CONCLUSIONES**

Capítulo 5**PROPUESTAS Y CONCLUSIONES**

A continuación presentaremos las reflexiones y propuestas a fin de fomentar un marco regulatorio dirigido hacia la formación de ambientes habilitantes al desarrollo de las OSCs y su relación con gobiernos y el sector privado, incluyendo las principales iniciativas mencionadas en los informes subregionales. Daremos a conocer también elementos para el diseño de una propuesta regional de iniciativas a ser desarrolladas con esta finalidad.

Como vimos en los Capítulos anteriores, corresponde a los Estados latinoamericanos el deber constitucional de garantizar la Libertad de Asociación, celando por el derecho de las Organizaciones de la Sociedad Civil de actuar, operar y manifestarse libremente. Los Estados tienen también el deber de relacionarse con esas organizaciones, crear espacios para su participación, así como identificar y difundir las buenas iniciativas que contribuyan al desarrollo de la sociedad.

Desde el punto de vista jurídico, hemos identificado a continuación los temas cuya actual aplicación e interpretación ha representado algún tipo de barrera para el ejercicio de la Libertad de Asociación y de auto-organización de las Organizaciones de la Sociedad Civil en la Región de América Latina.

**NO-INTERFERENCIA, PARTICIPACIÓN Y FINANCIAMIENTO COMO DIMENSIONES DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN**

Como se ha visto a lo largo de este Estudio Regional, el respeto a la Libertad de Asociación en un Estado democrático involucra el respeto a tres dimensiones del derecho:

**(i) no-interferencia; (ii) participación; y (iii) financiamiento.**

La **dimensión de no-interferencia** se relaciona al ambiente jurídico que favorece la creación, el regular funcionamiento y la auto-organización de las OSCs. El principal bien jurídico tutelado aquí es el derecho subjetivo que portan las organizaciones de poder organizarse y autogestionarse sin la interferencia indebida del Estado, como también el derecho de cada ciudadano de ser parte de actividades lícitas, autoadministradas y dirigidas hacia los objetivos que estimen convenientes, siendo fundamentales en la garantía al libre ejercicio de derechos civiles y políticos. La Libertad de Asociación, aquí tratada, es sólo equiparable a la libertad de pensamiento, de expresión y de información.

En la **dimensión de la participación** hay una ligación al derecho de las personas de buscar legítimamente intervenir acciones públicas, tanto de manera autónoma y/o independiente, como libremente, asociándose. Este se presenta como un mecanismo de gran importancia en el control social de las políticas de gestión pública, proporcionando la democratización del conocimiento de tales políticas y la difusión de información pública pretendidas por las cartas internacionales de Derechos Humanos y por la Constituciones Federales de los países de la región de América Latina. Esta faceta de interacción entre las organizaciones de la sociedad civil se ha dado de forma creciente en la Región, traduciéndose en el deber que adquieren los Estados de implementar la creación y regulación de estos espacios de participación.

La **dimensión del financiamiento** dice relación al deber del Estado de no crear barreras al financiamiento de las OSCs, y especialmente, de invertir, directa o indirectamente, a fin de garantizar la existencia, mantención y desarrollo de esas organizaciones, las cuales son esenciales para

el fortalecimiento de la democracia y la reducción de la desigualdad. Al invertir directamente, estamos delante de relaciones de cooperación en las cuales los Estados destinan recursos de sus presupuestos, fomentando la realización de actividades de las OSCs, o buscando su colaboración en apoyo a la ejecución de políticas públicas. La inversión estatal indirecta ocurre mediante la creación de incentivos fiscales o mecanismos de exoneración y simplificación tributaria de las entidades.

Reconociendo estas tres dimensiones integrantes de la libertad de asociación estamos obligados no sólo a respetar el ejercicio de esta libertad, sino también garantizar que ésta sea colocada en práctica, estimulando el derecho al desarrollo<sup>23</sup>, el de educación para la ciudadanía y el del respeto al valor existente en la diversidad y en la experimentación libre de iniciativas de parte de los individuos. El Estado que capta apropiadamente las innovaciones sociales tiene una perfecta oportunidad de proponer e implantar políticas públicas más adecuadas a las personas y localidades, actuando como depositario y difusor de las buenas iniciativas de la sociedad.

De este modo, la creación de normas sobre las Organizaciones de la Sociedad Civil que respeten la Libertad de Asociación debe considerar estas tres dimensiones.

**DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA SIN FINES DE LUCRO**

En los días actuales el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona jurídica y los aspectos inherentes al derecho de personalidad de las personas jurídicas sin fines de lucro – asociaciones y fundaciones -, puede ayudar a determinar las bases mínimas de identidad (y dignidad), necesarias para el desarrollo de estas instituciones, esenciales para la democracia.

Ya hemos podido ver algunos aspectos relacionados a la criminalización de instituciones de derechos humanos, lo cual ha contribuido a la vulneración de derechos fundamentales de los individuos. Existen igualmente aspectos del derecho civil, administrativo y tributario que, analizados bajo este prisma, crean situaciones burocráticas que constituyen barreras sobre la existencia regular y el financiamiento de estas entidades, transgrediendo igualmente los derechos recién citados

Ante esto, en el ámbito de sociedades democráticas es necesario lidiar con estos obstáculos, en la perspectiva de garantizarles a las OSCs su derecho de existencia, de adquisición de su personalidad jurídica y de garantizar su capacidad legal a fin de poder, en cuanto agentes de transformación, actuar en pro del desarrollo.

De este modo, el reconocimiento como sujeto de derecho, merecedor de protección social, es lo que se configura como materia relevante para la garantía de desarrollo de las OSCs, sea delante de su importancia en los procesos democráticos, como en función de la constatación del tratamiento no igualitario a los que son sometidas estas organizaciones, cuando son comparadas a otras personas jurídicas inclusive con finalidad lucrativa.

**NO RETROCESO**

Hace pocas décadas, podíamos caracterizar a América Latina a partir de sus regímenes autoritarios, habiendo pasado, posteriormente, por un innegable proceso de redemocratización. De este modo, no se puede retroceder en relación a los derechos conquistados.

Alineados bajo los mismos principios y con la dinámica propia aplicable a la garantía, promoción y protección de los derechos humanos en general, es posible afirmar que el derecho fundamental al no retroceso se concreta a través de dos formas complementarias, o sea, un

<sup>23</sup> ONU. Declaração de Direito ao Desenvolvimento (Declaración de Derecho al Desarrollo). 1961, art. 1º. De la siguiente manera es conceptuado el derecho al desarrollo: "... um direito humano inalienável, em virtude do qual todo ser humano e todos os povos têm direito de participar, contribuir e gozar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais podem ser plenamente realizados." ("... un derecho humano inalienable, en virtud de lo cual todo ser humano y todos los pueblos tienen derecho a participar, contribuir y gozar del desarrollo económico, social, cultural y político en el cual todos los derechos humanos y libertades fundamentales pueden ser realizados plenamente.")

aspecto positivo y uno negativo. El primero dice relación a la obligación positiva de los Estados en el sentido de adoptar medidas que incentiven y faciliten el trabajo de las OSCs; el segundo, se refiere a la obligación negativa de no interferencia de los Estados, ora de forma directa (a través de mecanismos directos de control y fiscalización), ora indirecta (a través de la creación de legislación o normas administrativas de carácter restrictivo) en los procesos de creación, autorregulación y acción de las OSCs.

En este sentido, es dable hacer notar que las violaciones al derecho de no retroceso pueden darse por la vía comisiva u omisiva, es decir, o los Estados adoptan medidas de carácter administrativo o legislativo que interfieren en la rutina de las organizaciones y vulneran derechos ya conquistados, o bien dejan de adoptar medidas necesarias para la protección de los derechos fundamentales de las OSCs, como la libertad de asociación y de garantía de participación.

No es extraño, pues, encontrarnos con situaciones en que la participación solamente es permitida a instituciones que son parte del financiamiento o de la política pública de un determinado gobierno.

Como ya hemos mencionado, en los tres informes subregionales (Andina, América Central y Cono Sur) se exponen referencias a prácticas de parte de los Estados que vinculan la participación de OSCs en determinadas áreas, a su financiamiento. En este caso, el retroceso en relación al derecho de participación camina en el sentido contrario, es decir, prohíbe que organizaciones participen en la ejecución de la políticas, de las instancias de control y de la participación social dirigida a su supervisión.

Este tipo de iniciativa genera una lógica antidemocrática, con efectos opuestos a la noción de participación, pues refuerza una idea de especialización y segmentación de las OSCs, separando aquellas que reciben financiamiento

público de aquellas que participan políticamente. Este tipo de pensamiento puede alejar a algunas OSCs de la operación y a otras de la crítica, como si fuesen actividades excluyentes entre sí, y no complementarias, comprometiendo con esto el control social más amplio e independiente.

De igual forma, la regulación de las Organizaciones de la Sociedad Civil no debe retroceder. De este modo, la Libertad de Asociación debe garantizar el respeto a sus tres dimensiones, profundizando, especificando y evolucionando en el reconocimiento del papel de estas organizaciones en una sociedad democrática.

El desafío del **no retroceso** surge justamente cuando regulamos las relaciones de financiamiento y participación en cooperación con el Estado. Ante la necesidad que los Estados establezcan criterios y procesos democráticos de elección de las OSCs en aras de participar y recibir financiamiento público, surge el riesgo que se establezcan requisitos necesarios que representen una involución en relación a la dimensión anterior, o sea, que crean una verdadera interferencia estatal en el funcionamiento de las entidades, inviabilizando su existencia autónoma.

Al parecer, esta es la hipótesis en juego en el caso YATAMA vs Estado de Nicaragua. Yatama es un representante del partido político indígena de las comunidades caribeñas de Nicaragua, cuya candidatura al cargo político fue excluida argumentando una supuesta incompatibilidad de las normas tradicionales y consuetudinarias en relación al proceso electoral de Nicaragua. En el año 2005, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidió, por unanimidad, condenar al Estado y adoptar las medidas legislativas necesarias para establecer un remedio jurídico simple y eficaz, cuyo resultado fuese permitiera controlar las decisiones del Consejo Supremo Electoral cuando afecten a los derechos humanos; alterar la Ley Electoral a fin de garantizar el compromiso con el proceso electoral

de parte de los miembros de comunidades indígenas, teniendo en consideración efectivamente sus tradiciones y costumbres; compensar los daños materiales y morales y pagar los costos del proceso.

En esa misma línea, existen casos en que los Estados, al regular las condiciones de acceso al financiamiento público, prohíben la participación de Organizaciones de la Sociedad Civil, argumentando criterios que comprometen de forma innecesaria su derecho de participación.

No es extraño encontrarnos con situaciones en las que la participación de las OSCs en determinados espacios es vista como una condicionante de inhabilitación para el recibo de financiamiento público. En Brasil existen los Consejos de Políticas Públicas y la recomendación de la Corte de Cuentas en el sentido que los Ministerios *se restan de firmar convenios con entidades vinculadas a miembros de consejos, atendiendo a los principios de la moralidad y de la impersonalidad*". (Acórdão TCU nº 810/2010)

De este modo, al reglamentar las acciones de participación o de financiamiento de las OSCs, el Estado debe garantizar la menor interferencia posible, so pena de violar el derecho a la Libertad de Asociación y retroceder en relación a los derechos ya garantizados a estas organizaciones.

#### RÉGIMEN JURÍDICO DE DERECHO PRIVADO DE LAS OSCs EN LAS RELACIONES DE FINANCIAMIENTO PÚBLICO

La noción de derechos humanos hace nacer en cada individuo el derecho subjetivo al cumplimiento de sus derechos fundamentales, así como la obligación del Estado de programar políticas públicas dirigidas a su universalización, hacia todas la colectividad. El derecho administrativo directamente impactado por los derechos fundamentales está marcado por la importancia atribuida a determinados principios, como

los de la buena administración, de la organización, de la impersonalidad, de la moralidad, entre otros.

La privatización del derecho público y la constitucionalización del derecho privado son fenómenos que igualmente corroboran la dificultad de distinción entre lo público y lo privado, tendiendo a disminuir los límites entre estos dominios, valorizándose la concreción de derechos garantizados en donde las esferas de lo público y lo privado sean complementarios.

El gran desafío es, por consiguiente, buscar este equilibrio entre lo público y lo privado en la acción de las OSCs, principalmente cuando son financiadas por el Estado, pues existe una tendencia de imponer normas y conductas típicas de entes públicos a estas organizaciones, generando interferencia estatal en su funcionamiento, además de distorsiones y violación de derechos adquiridos.

Ante la libertad de auto-organización de las asociaciones y la obligación del Estado de respetar – y, por qué no, de fomentar – el derecho al desarrollo de la sociedad civil, la incidencia de normas de derecho público sobre estas entidades debe ser siempre la mínima posible, con la finalidad de garantizar la actividad de relevancia pública o el bien público tutelado, celando la característica privada de las entidades y los principios aplicables al uso del recurso público y a la buena administración.

Es cierto que cada vez que el Estado regula alguna actividad hay, en alguna medida, algún grado de sustitución de normas de derecho privado por normas de derecho público, lo cual debe ser siempre la menor posible, con la finalidad de garantizar la libertad e independencia de las OSCs. Concretamente, este nivel de excepcionalidad de la norma de derecho privado debe considerar también la eventual definición de aspectos del régimen jurídico específicamente previsto por la Ley; las fuentes de financiamiento de la actividad o servicio

(públicas o privadas); el histórico del servicio; el público atendido; y las obligaciones asumidas en los instrumentos de colaboración acordado entre las partes.

### PROPUESTAS

Hemos considerado en la elaboración de las propuestas que el trabajo de incidencia para la creación de ambientes jurídicos más favorables al desarrollo de las OSCs será más amplio en la medida que los diferentes sectores de la sociedad accedan a información sobre este universo, caracterizado por la heterogeneidad y diferencias. De este modo, nuestras propuestas contemplan también la construcción de ambientes institucionales más favorables al trabajo de las OSCs, con más conocimiento técnico y oferta de datos sistematizados sobre el sector.

Las dimensiones de *no interferencia, participación y financiamiento* que integran la libertad de asociación tiene un paralelo en el estudio de América Central, en el cual se clasifican las leyes relacionadas a las OSCs en 3 tipos: 1) *plenas*; 2) *parcialmente modernas*; y 3) *limitantes* (Informe América Central, p. 66).

Las *plenas* serían aquellas que reconocen la organización más allá de su personalidad jurídica clásica, y como agente del desarrollo nacional. Por esta razón, facilitan su creación, registro y acceso a recursos públicos; las leyes *parcialmente modernas* se caracterizan por reconocer el papel de las organizaciones como agentes del desarrollo, pero sin aun facilitarles los registros o condiciones de igualdad en cuanto al acceso a recursos; por último las *limitantes* son aquellas leyes que restringen la constitución y funcionamiento de las entidades y no establecen ningún tipo de previsión de fomento o financiamiento estatal para sus actividades.

Al comparar ambas propuestas, o sea, las tres

dimensiones que integran la libertad de asociación junto con la referida clasificación de leyes, es posible identificar las leyes *plenas* como aquellas que *reconocen de forma integral la dimensión del financiamiento público a las OSCs, al no imponerle condiciones o exigencias que restrinjan o inviabilicen el ejercicio de los derechos de las otras dos dimensiones (participación y no interferencia)*.

Por su parte, las leyes *parcialmente modernas reconocen la dimensión del financiamiento público a las OSCs, pero crean condiciones o exigencias que restringen o inviabilizan el ejercicio de los derechos ligados a la participación y a la no interferencia estatal*.

Finalmente, las leyes *limitantes no reconocen la dimensión del financiamiento público para las OSCs e interfieren en sus condiciones de constitución, funcionamiento y participación*.

De este modo, hemos clasificado las principales propuestas para la construcción de marcos jurídicos que favorecen ambientes habilitantes para las OSCs en la Región de América Latina, de acuerdo a los respectivos ejes relacionados al Derecho de Libertad de Asociación (No Interferencia, Participación y Financiamiento). En cada propuesta hemos identificado aquellas de **medio y largo plazo**, de acuerdo a la capacidad de incidencia de las OSCs, y evaluando en qué medida favorecen la vinculación colaborativa entre los Estados y las OSCs como agentes del desarrollo.

### NO INTERFERENCIA

#### **Libertad para la creación de Organizaciones de la Sociedad Civil**

En consideración al Derecho Fundamental de Libertad de Asociación, reconocido por las Constituciones de todos los países de la Región, se debe asegurar la libertad de creación de OSCs. La promoción de esta libertad debiera estar asociada a la revisión de las normas que imponen, en el caso de la creación de OSCs, la necesidad de

aprobación de parte de autoridades ejecutivas locales, o la deliberación del Poder Legislativo. (Largo plazo)

La disolución y extinción de OSCs debe concretarse por iniciativa de las propias organizaciones o por decisión judicial de algún órgano colegiado, por lo que se recomienda la revisión de normas que dispongan la posibilidad de disolución administrativa de OSCs bajo el amparo de los Estados, autorizando el llamado “silencio administrativo”. Cualquier norma aplicable debe garantizarle a las organizaciones el pleno ejercicio a su derecho a la apelación y a la amplia defensa, inclusive mediante dispositivos que aborden la motivación del acto administrativo. (Largo plazo)

La promoción de actos jurídicos de argumentación de inconstitucionalidad contra normas que representen barreras a estas libertades puede ser abordado como un impacto positivo en este tema. La posibilidad de presentar recursos ante las Cortes de Derechos Humanos de la región refuerza la importancia y la posibilidad de éxito en la acción. (Mediano plazo)

El sistema de registro, vinculado a condiciones objetivas previstas en la ley, es considerado como un procedimiento más adecuado para el acto de adquisición de una personalidad jurídica y debiera ser priorizado en la regulación de esta materia en los distintos países en desmedro del sistema de concesión administrativa. (Mediano plazo)

#### **Unificación de Empadronamientos y Registros Públicos**

La unificación de registros de OSCs de parte de los Estados es necesaria, previendo la simplificación de acceso a la información pública disponible sobre estas organizaciones, así como permitiendo la reducción del costo institucional y la burocracia en el ejercicio de derechos de las Organizaciones de la Sociedad Civil de la Región. (Mediano plazo)

#### **Derechos de los Trabajadores no voluntarios de OSCs**

La remuneración de los trabajadores debe ser valorizada en el marco de las OSCs, recomendándose la superación de normas que impongan la existencia del trabajo voluntario (actividad profesional no remunerada) como condición o requisito de acceso a derechos, incluso si tales trabajadores fuesen dirigentes, en la medida que sean respetadas las condiciones específicas de remuneración bajo parámetros razonables y proporcionales a los trabajos desarrollados. (Largo plazo)

#### **Desburocratización y Simplificación**

Se recomienda la desburocratización y simplificación de la vida jurídica de las OSCs en la región de América Latina, entendiéndolo como un factor que puede impulsar su desarrollo. La exigencia burocrática a las OSCs en la región denota un tratamiento no igualitario en relación a otros tipos de personalidades jurídicas, cohibiendo su desarrollo. (Mediano plazo)

#### **Ampliación de Incentivos hacia el Financiamiento Comunitario de las OSCs**

Es evidente la importancia de ampliar la oferta de incentivo fiscal de donaciones hacia las OSCs, garantizando la existencia de mecanismos que posibiliten la reducción de impuestos, pudiendo tales recursos ser destinados hacia la propia institución y no solamente a proyectos específicos. Este aspecto es fundamental en vista de permitir la incidencia y sustentabilidad de las OSCs, en mediano y largo plazo. Tales incentivos pueden estar relacionados prioritariamente a tributos sobre la renta y transiciones de bienes, especialmente herencias. (Largo plazo)

Avalar que los ciudadanos comunes sean estimulados a contribuir con las organizaciones privadas es un incentivo importante para la participación de las personas en la vida pública y una forma importante de educación ciudadana. Además, es un excelente instrumento de promoción del control social y de la transparencia de las propias organizaciones, ya que sus instrumentos estarán

acompañando de manera cercana las actividades que desarrollan. (Mediano plazo)

### **Exención de Impuestos**

Se propone la adopción de medidas legislativas y administrativas para garantizar la exención del Impuesto sobre la Renta de las OSCs, de manera permanente y no temporal, siempre que éstas cumplan los requisitos jurídicos. También, se propone la revisión de normas vigentes que condicionen el goce de la exención de impuestos a requisitos que, en última instancia, perjudique o fragilice, de cualquier manera, la acción de las OSCs, como por ejemplo, la exigencia del voluntariado o la prohibición de remuneración de dirigentes. (Largo plazo)

Promover la denuncia de prácticas abusivas de parte de los países que niegan la aplicación de exenciones correspondientes debidas a las OSCs.

### **Amplio Reconocimiento al Desarrollo de Actividades Económicas**

Es importante que los Estados reconozcan expresamente la posibilidad que las OSCs puedan vender productos y presten servicios, como formas legítimas de alcanzar sus fines y su sustentabilidad económica, incluso garantizando la creación de fondos patrimoniales (“endowments”). (Largo plazo)

### **Realización de Estudios, investigaciones y Capacitaciones**

La ausencia de datos sobre las OSCs en relación al personal voluntario, empleados, papel que desarrollan en las políticas públicas, promoción de derechos y dificultades que enfrentan, torna complejo el acceso al conocimiento necesario sobre las acciones de transformación con las que estas organizaciones pretenden contribuir, visualizando espacios más favorables a la acción de las organizaciones. En este sentido, es fundamental que se realicen estudios, investigaciones y capacitaciones a fin de lograr una mejor comprensión tanto para la sociedad en general

como para los que toman las decisiones sobre las OSCs. (Mediano plazo)

### **PARTICIPACIÓN**

#### **Prioridad a la Educación en una Democracia Participativa**

Educar a la población en una democracia participativa debe ser una de las actividades que las OSCs de la región deben ejercer a través del fomento por parte de cualquier norma que se dicte (sea proveniente de legislación nueva o bien como consecuencia de una reforma de leyes vigentes), en vista de posibilitar una transformación de paradigma sobre la participación administrativa, volviéndose así sujeto de su propio desarrollo. (Mediano plazo)

#### **Reconocimiento y Apoyo a las Organizaciones de Desarrollo**

Tomando como ejemplo las legislaciones de Guatemala y Honduras, que definieron la figura de las Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo (ONGS), es necesario destacar el papel diferenciado de las OSCs que actúan en el proceso de desarrollo social. De este modo, establecer reglas más favorables tendientes a financiarse con recursos provenientes del Estado, puede ser una buena medida para las OSCs. (Mediano plazo).

#### **Protección a los Defensores de DDHH y sus Organizaciones**

La creación de mecanismos que garanticen la existencia de OSCs formadas por personas y comunidades especialmente amenazadas – incluso, en el caso de ser necesario, a través de políticas afirmativas-, es fundamental para la consolidación de mecanismos políticos de participación autónomos e independientes, configurándose así formas alternativas de contratos sociales o económicos. (Largo plazo)

#### **Intercambio de mejoras prácticas**

Una práctica de gran valor para las OSCs de la región sería la creación de programas de cooperación

internacional. El ejemplo de la Ley de Fomento de México ha sido resaltado como un buen modelo plausible de inspirar otras legislaciones, en particular en lo que se refiere al proceso público de selección de OSCs para recibir financiamiento del Estado. Las legislaciones guatemalteca y hondureña tratan a las Organizaciones de Desarrollo como un modelo interesante de ser replicado. La legislación chilena de fondos públicos podría inspirar otras buenas iniciativas en esta área, con el fortalecimiento institucional de las OSCs. El programa del marco regulatorio de las organizaciones de la sociedad civil de Brasil ha mostrado buenas prácticas que también pueden ser diseminadas en la región, en la búsqueda por soluciones adecuadas a las realidades locales y que contribuyan al empoderamiento de la sociedad civil y de sus organizaciones. (Mediano plazo)

#### **Articulación entre OSCs, Estados y Especialistas para la Promoción de Ambientes Habilitantes**

Estimular la cooperación entre OSCs y Estados para desarrollar, en conjunto con la sociedad civil, un plan de acción a fin de perfeccionar del marco regulatorio de estas organizaciones. (Mediano plazo)

En el citado trabajo sobre Brasil<sup>24</sup> ha sido posible identificar algunas buenas prácticas para este tipo de acción: (i) acción en la dimensión normativa (cambio de normas), pero también en la dimensión del conocimiento (capacitación, información, estudios e investigaciones – diseminación de informaciones relacionadas al universo de las organizaciones de la sociedad); (ii) articulación, protagonismo e independencia de las OSCs que participan del proceso; (iii) representantes gubernamentales comprometidos con la agenda, estimulados y altamente especializados en los temas jurídicos y políticos, en el plano nacional e internacional; y (iv) creación de ambientes de discusión de la agenda e interacción permanente involucrando a los representantes de diferentes áreas del gobierno, y de los órganos de control y recaudación, OSCs,

estudiosos, abogados y profesionales, y especialistas internacionales. Estos elementos presentes en la misma iniciativa proporcionan no solamente profundidad, sino también el intercambio y alineación de informaciones, constituyéndose un rico espacio de capacitación mutua y mayor entendimiento, propicio a la elaboración de alternativas y propuestas más viables a ser implementadas. Este modelo puede inspirar la iniciativa de trabajos semejantes en el resto de los países de la región de América Latina. (Mediano plazo)

#### **Creación de OSCs Regionales**

La creación de Organizaciones de la Sociedad Civil de carácter regional, que podrían tener condiciones más favorables para la acción y apertura de capítulos regionales en los países<sup>25</sup> podría contribuir hacia un proceso de mayor integración en América Latina. Complementariamente, la creación de normas de carácter regional podría ser una solución para unificar la diversidad existente en la región en relación al marco regulatorio de las OSCs. (Mediano plazo)

### **FINANCIAMIENTO**

#### **Preponderancia del Régimen Jurídico de Derecho Privado de las OSCs**

La administración de recursos de parte de las OSCs no debe significar la imposición de normas y restricciones típicas del régimen jurídico de derecho público hacia organizaciones de derecho privado sin fines de lucro. Sólo cuando es necesario, la aplicación de normas de derecho público debe darse en la menor medida posible, a fin de proteger el interés público involucrado. (Mediano plazo)

#### **Vinculación entre financiamiento y presencia en instancias de participación**

Como ya fue mencionado en los tres informes de las

<sup>24</sup> Se considera el caso de Brasil una referencia de éxito en esta interacción, con la estructuración de un equipo en la Presidencia de la República del país, administrado por la Secretaría General de la misma.

<sup>25</sup> El Informe de América Central propone trabajar una propuesta de creación de Organizaciones de la Sociedad Civil de carácter regional, a partir de la presentación de una norma de validez regional sobre el tema, denominada “Ley Marco”, a ser presentada a la Comisión de Descentralización y Participación Ciudadana del Parlamento Centroamericano y, una vez aprobada en este órgano, llevarla a la reunión de los Presidentes de la SICA.

subregiones (Andina, América Central y de Cono sur) hay referencia a la práctica de los Estados de vincular participación y financiamiento. Hay casos en que la legislación condiciona el financiamiento sólo para OSCs que tienen presencia en instancias participativas reconocidas por el Estado; como también hay otras en que la legislación prohíbe a las OSCs actuar en instancias participativas acceder a recursos públicos. Esta vinculación entre financiamiento y participación (sea desde el punto de vista negativo o positivo) puede ser perjudicial a la libertad de acción de las OSCs, ya que tiende a segmentar “participación” y “financiamiento”, como si fuesen actividades naturalmente incompatibles entre sí. La movilización conjunta de organizaciones que operan en ese segmento podría ser una alternativa interesante para demandar públicamente el tema y fortalecer acciones de advocacy (mediano plazo)

#### ***Normatización y Universalización del Acceso al Financiamiento Público***

Los Estados deberían normar el funcionamiento de las OSCs y así regular claramente el acceso a los fondos públicos, evitando relaciones de apadrinamiento y de excesiva discrecionalidad en la concesión de recursos destinados a la promoción del desarrollo social, tomando como ejemplo las iniciativas de México y Brasil. Debería ser abierto un concurso público a todos los tipos de organización. (Largo plazo).

#### ***Valorización de la Inversión en el Desarrollo Institucional***

Es necesario crear el “fondo de fortalecimiento de las organizaciones de interés público”, cuyo objetivo sería el apoyo declarado para las OSCs como sujetos de derecho, tal como en el modelo chileno. Se recomienda la autorización expresa al pago de personal y derechos laborales basados en el recurso original del financiamiento público, incluso si estos trabajadores fuesen dirigentes, toda vez que sean respetadas las condiciones específicas de remuneración bajo parámetros razonables y proporcionales a los trabajos desarrollados.

(Largo plazo)

#### ***Gestión Compartida de Fondos***

Se recomienda que los Estados, en conjunto con las organizaciones de la sociedad civil, trabajen en la elaboración de propuestas de ley al fomento de las OSCs, previendo la participación abierta y democrática de organizaciones en el acceso a recursos públicos. (Mediano plazo)

#### ***Mejor Planificación, Gestión y Acompañamiento Público***

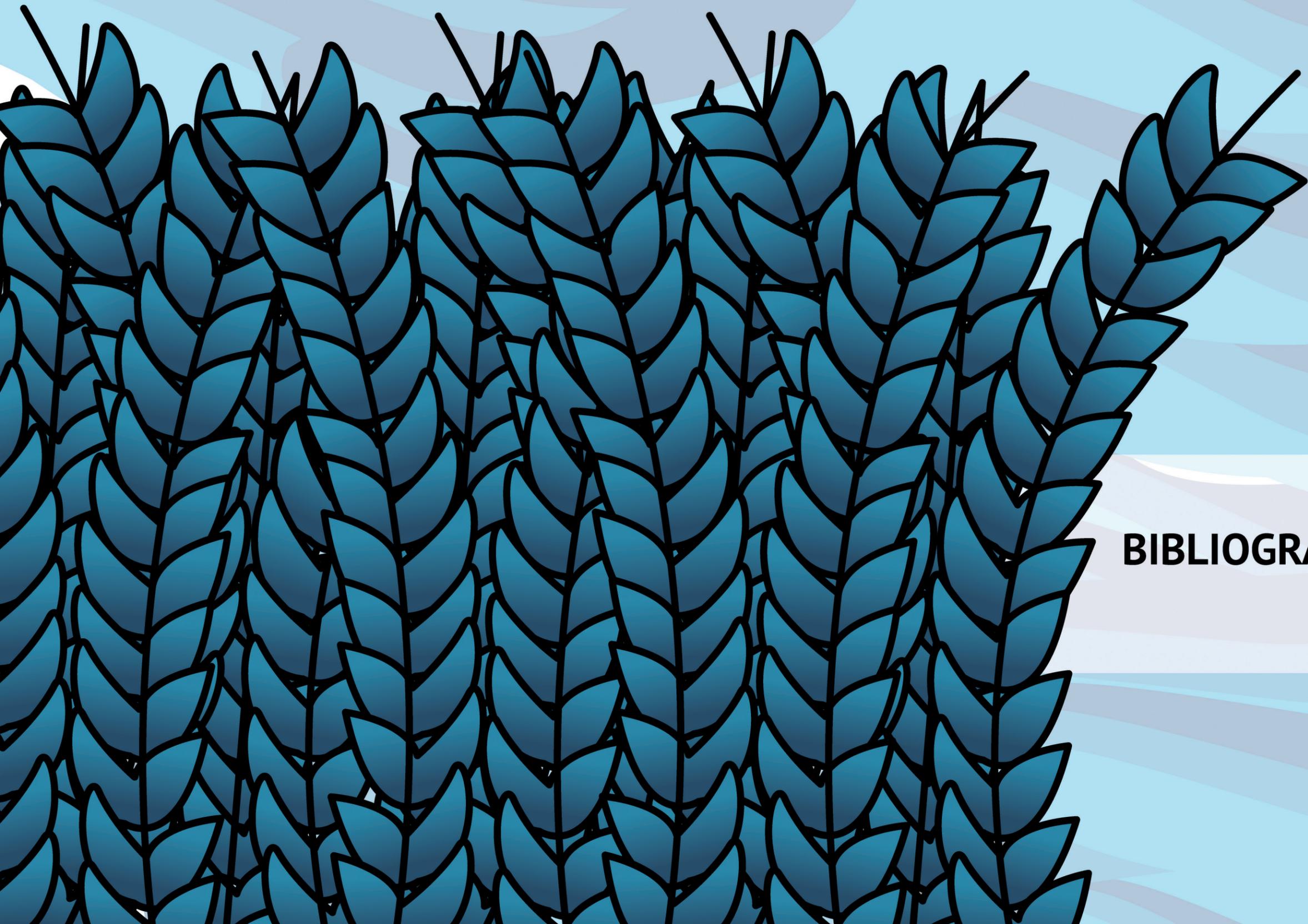
Considerando incluso un presupuesto propio para el fomento a las OSCs, modalidades de universalización de acceso y plazos para la evaluación de los proyectos y el retorno sobre la rendición de cuentas. En el ámbito administrativo las medidas necesarias podrían ser adoptadas en mediano plazo, pero en lo relativo a la posibilidad de alteración de la ley, me parece que sería de largo plazo (Mediano/largo plazo)

#### ***Capacitación de Servidores Públicos y de Administradores de OSCs***

Modernizar la cualificación y planificación hacia la implementación de cooperaciones y las especificaciones en los planes de trabajo, que deben ser analizados previamente, caso por caso, promoviendo la integración y la alineación entre ejecutores y controladores públicos. (Mediano plazo)

#### ***Simplificación y Desburocratización de las Rendiciones de Cuentas***

Facilitar la rendición de cuentas, sin perder la necesaria accountability, traduciendo la información sobre el desempeño y sobre la contabilidad hacia un sistema de transparencia y de gestión de naturaleza pública, más allá de una discusión de contabilidad y evaluación interna de las ONGs, cuyos criterios no deben ser intervenidos por el Estado. (Mediano plazo)



## **BIBLIOGRAFÍA**

## BIBLIOGRAFÍA

**HAYES, Ben.** Counter-terrorism, 'policy laundering' and the FATF: *legalising surveillance, regulating civil society*. Transnational Institute / Statewatch: Hague, 2012. Disponible en [http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/fatf\\_report-update\\_0.pdf](http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/fatf_report-update_0.pdf). Último acceso: 25/08/2014.

**International Center For Not-For-Profit Law (ICNL) & World Movement For Democracy Secretariat At The National Endowment For Democracy (NED).** *Defending Civil Society Report*. Washington, DC, 2012.

**JUNQUEIRA, Luciano Prates, FIGUEIREDO, Marcelo et alli.** *Modernização do sistema de convênio da Administração Pública com a sociedade civil*. Série *Pensando o Direito*, vol. 41. Brasília: Ministerio de Justicia, 2012. <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-41.pdf> Último acceso: 25/08/2014.

**LUCKI, Patricia.** "Marcos Jurídicos de la Participación Ciudadana y las Organizaciones no Gubernamentales en México, Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua", Fundación para el Desarrollo de la Innovación de Centroamérica. Guatemala, 2014. Disponible en <http://mesadearticulacion.org/wp-content/uploads/2014/07/Estudio-Marco-Jur%C3%ADdico-Centro-Am%C3%A9rica.pdf> Último acceso: 25/08/2014.

**OSTROM, Elinor.** *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, pp. 1-28 e pp.103 a 142.

**PAULINO, Luis Castillo; HUAMAN, Josefina.** "Estudio sobre los Marcos Jurídicos de las Organizaciones no Gubernamentales en la Región Andina", Asociación Nacional de Centros de Investigación, Promoción Social y Desarrollo, ANC – Perú, Lima, 2014. Disponible en <http://mesadearticulacion.org/wp-content/uploads/2014/07/Estudio-Marcos-Jur%C3%ADdicos-Subregi%C3%B3n-Andina.pdf> Último acceso: 25/08/2014.

RELATÓRIO do Grupo de Trabalho sobre o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, criado pela Secretaria Geral da Presidência da República para elaborar propostas voltadas ao aperfeiçoamento de relações de parceria entre organizações da sociedade civil e entidades sem fins lucrativos, agosto de 2012, p. 23. Disponible en <http://www.secretariageral.gov.br/mrosc/historico-1/relatorio>. Último acceso: 25/08/2014.

REPORT of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association, Maina Kiai, Best practices related to the rights to freedom of peaceful assembly and of association - A/HRC/20/27, May, 21, 2012. Human Rights Council. Twentieth session. Agenda item 3. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Disponible en [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-27\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-27_en.pdf). Último acceso: 25/08/2014.

\_\_\_\_\_ The exercise of the rights to freedom of peaceful assembly and of association in the context of elections - A/68/299, August, 7, 2013. Disponible en: <http://www.icnl.org/research/library/files/Transnational/specrap.pdf>. Último acceso: 17/08/2014.

\_\_\_\_\_ Ability of associations to access financial resources as a vital part of the right to freedom of association & Ability to hold peaceful assemblies as an integral component of the right to freedom of peaceful assembly - A/HRC/23/39, April, 24, 2013. Disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.39\\_EN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.39_EN.pdf). Último acceso: 17/08/2014.

**STORTO, Paula Raccanello.** A incidência do Direito Público sobre as Organizações da Sociedade Civil sem Fins Lucrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

**SZAZI, Eduardo.** *NGOs: Legitimate Subjects of International Law*. Leiden: Leiden University Press, 2012.

TEDx Liberdade – Advancing our world through Civil Society Action - The Power of Together. Talks de Augusto de Franco, Feliciano Reyna Ganteaume, Katerina Hadzi-Miceva Evans e Ben Hayes. São Paulo, 2014. Disponible en <http://www.tedxliberdade.com/>. Último acceso: 15/08/2014.

**VIVEROS, Felipe.** "Síntesis Comparativa: Marcos Jurídicos de las Organizaciones de la Sociedad Civil en los Países del Cono Sur e Brasil", Asociación Chilena de Organismos No Gubernamentales - ACCIÓN, documento preparado para el Proyecto Regional Mesa de Articulación de América Latina y el Caribe y sus Aliados del Sur, Santiago, 2014. Disponible en <http://mesadearticulacion.org/wp-content/uploads/2014/08/Estudio-Subregional-marco-legal-OSCs-Cono-Sur.pdf>

