LG-128

Simposio Electrónico Latinoamericano sobre el Marco Legal aplicable a las ONG

29 de septiembre - 31 de octubre de 1997

Banco Mundial, Washington, D. C.

Instituto Económico del Banco Mundial,
Washington, D.C.

Simposio Electrónico Latinoamericano sobre el Marco Legal aplicable a las ONG

29 de septiembre - 31 de octubre de 1997

Banco Mundial, Washington, D. C.

Instituto Económico del Banco Mundial, Washington, D.C.

INDICE

1. Simposio Electrónico sobre el Marco Legal de las ONG
Banco Mundial
Septiembre 29 a Octubre 31 de 1997

Informe Final

1. Introducción

Este es el informe final sobre el desarrollo del Primer Simposio Electrónico sobre el Marco Legal de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) en los paises de América Latina. Dicho simposio fue organizado por el Instituto de Desarrollo Económico (EDI), la Unidad de ONG y la Región América Latina y Caribe del Banco Mundial. Se contó con el apoyo técnico del "International Center for Not-For-Profit Law" (ICNL), una ONG dedicada a promover el desarrollo de las organizaciones sin ánimo de lucro y con la colaboración del programa Fortalecimiento Institucional de ONG (FICONG) y de la Asociación Latinoamericana de Organizaciones de Promoción (ALOP) para la convocatoria.

El simposio tenia como principal objetivo facilitar la discusión sobre la legislación que regula las ONG en la región entre los diferentes actores involucrados (funcionarios de Gobierno y directivos de ONG), contribuyendo a ampliar los espacios democráticos de participación, así como a fortalecer las relaciones entre la comunidad de las ONG y el Estado. Igualmente, se buscaba aportar las ideas de especialistas, académicos y universitarios interesados en el tema, asi como documentación de consulta. El "Manual de Practicas Constructivas en Materia del Régimen Legal Aplicable a las Organizaciones No Gubernamentales"[1] sirvió de base para las discusiones.

Cuatro diferentes salas de conferencia fueron organizadas, centrada cada una en un aspecto específico : Regulación estatal, régimen fiscal de las ONG, cooperación entre gobierno, empresas y ONG y autorregulación. Sendos documentos de introducción fueron preparados por Paula Antezana, Felipe Viveros, Fernando Rojas y Alfonso Prada, respectivamente[2]. Las dos primeras debian realizarse simultáneamente durante la primera semana del evento, y las dos últimas durante la segunda semana.

---

[1] Banco Mundial, (1997) Borrador para discusión preparado por ICNL, traducción al español de Fernando Rojas. "Manual de Practicas Constructivas en Materia del Régimen Legal Aplicable a las Organizaciones No Gubernamentales". NGO Unit, Banco Mundial, mayo. Washington D.C. Estados Unidos.

[2] Ver Anexos No 1, 2, 3, 4.

Uno de los aspectos innovadores de este simposio fue el haber recurrido al sistema de correo electrónico (e-mail) y a la Internet para entrelazar a todos los interesados. Gracias a ello, 132 personas, en más de 17 paises de todo el continente, pudieron beneficiarse de los aportes de sus colegas. Legado de esta opción tecnológica, subsiste una página en la Internet con los documentos básicos, los resúmenes de las salas y los informes finales de los moderadores[3]. La lista de participantes incluyó funcionarios públicos, directivos de ONG, universitarios, abogados y funcionarios del Banco Mundial, del Banco Interamericano de Desarrollo y del PNUD[4]. El apoyo de las misiones residentes del Banco Mundial y la colaboración de FICONG y ALOP fueron fundamentales para identificar a todas las personas o entidades interesadas.

2. Principales resultados

Aún cuando el objetivo del simposio no era producir un documento final o alcanzar conclusiones especificas sobre ninguno de los temas, las discusiones se tradujeron en una serie de observaciones pertinentes que fueron resumidas por los moderadores de las salas. A continuación se presenta un extracto de dichos resúmenes.[5]

Sala 1. Regulación estatal: Existencia jurídica de las ONG y su supervisión

El control estatal excesivo a las ONG es una practica común en Latinoamérica. Existe una discrepancia entre excesivos controles estatales y el derecho de las ONG a la libre iniciativa. Lo anterior llevo a la discusión sobre el papel de las ONG y, en ese sentido, se dijo que la vocación de estos entes es desarrollar acciones ejemplares y promover desarrollos económicos, sociales, culturales y políticos, y no en sustituir al Estado en sus obligaciones sociales. No obstante, si perciben apoyo económico estatal, deben guardar congruencia con las políticas gubernamentales de desarrollo.

Se discutió ampliamente sobre el fenómeno de ONG creadas por gobiernos y se propuso que se debería prohibir esta práctica. Algunas personas inclusive propusieron extender esa prohibición a los funcionarios públicos, lo cual fue considerado, por otras, excesivo.

En cuanto a los fines que persiguen las ONG, se consideró que estos deben ser lícitos y generales. Se reconoció la dificultad existente en establecer una definición legal de interés o utilidad pública vs. beneficio mutuo, por tratarse de conceptos variables de difícil delimitación. No obstante, también cabe a la ley asumir el reto de dar definiciones precisas que determinen el ámbito de su propio alcance y orienten su aplicación. La legislación debe enfrentar el desafío de dar definiciones a conceptos básicos y conceptos clave cuando se trate del goce de beneficios legales (p.e. "fines públicos" y "finalidad lucrativa"). No se consideró conveniente que la definición de estos conceptos sea del resorte del gobierno de turno. Deberían identificarse criterios objetivos; incluso se sugirió que sea una ley con

[3] La dirección electrónica es http://www.vita.org/technet/ong/ y estará abierta hasta el 31 de marzo de 1998.
[4] La lista completa de los participantes se encuentra en el Anexo No 6.
[5] La versión completa de los resumenes de las salas está en el Anexo No 5.

características de acto vinculante la que otorgue la calificación de interés publico a una organización. Otras personas opinaron que los fines públicos deberian establecerse por el carácter de la actividad de una organización, independientemente de su naturaleza jurídica.

La conveniencia de contar con una ley marco o con leyes especiales, sólo puede establecerse para cada caso especifico según las condiciones del país y del sector de ONG. Esto puede concluirse de las diversas opiniones que defendieron la ley marco o las leyes especiales. Algunas personas, además, resaltaron la importancia de las leyes sectoriales que completen las disposiciones generales de una ley marco. Otras personas opinaron que existen elementos suficientes para aplicar a la categoría "ONG" regulaciones especiales: sus miembros no son asociados sino promotores, el patrimonio por lo general procede de la cooperación internacional, sus fines son de interés general o promoción social.

No hubo consenso en cuanto al número mínimo de personas que debe requerirse para constituir una asociación. La mayoría de las personas opinó que deben ser diez, mientras que otras consideraron que es caprichoso establecer un numero mas allá de dos. En cuanto al patrimonio inicial de una fundación, se concluyó que debe ser suficiente para llegar a cumplir su misión y que este puede ser aportado al inicio o programarse en un tiempo razonable.

En el tema de las actividades económicas, se reafirmó que las ONG pueden realizarlas siempre y cuando se respete el principio de no distribución de las utilidades entre los integrantes de la organización y el de la desvinculación patrimonial entre el asociado o fundador y la organización. El debate se centró en si las actividades económicas pueden estar desvinculadas de la misión u objeto social de la organización. Para algunas personas la respuesta es negativa en virtud del "principio de especialidad", para otras es positiva siempre y cuando no se deriven ventajas tributarias que puedan dar pie a una competencia desleal. En el tema especifico de la intermediación financiera realizada por ONG, se reconoció que la tendencia actual es obligar a las ONG a convertirse en fondos financieros privados bajo la forma de sociedades anónimas controladas por autoridades bancarias. Algunas personas consideraron esta tendencia negativa y propusieron el establecimiento de normas especiales para que las ONG puedan realizar estas labores, existiendo todas las gárantías del caso.

Para el tema de mecanismos de supervisión, hubo consenso en que no debe haber leyes "especiales" para las ONG y los únicos mecanismos deben ser la presentación de informes sobre actividades y finanzas. Aquellas ONG que reciban fondos públicos deben tener obligaciones proporcionales al beneficio recibido y la responsabilidad asumida. El debate se centró en si se debe dar publicidad a los informes que presentan las ONG. Hubo posiciones en un sentido y en otro, y algunas personas consideraron que sólo se debe dar absoluta publicidad en algunos casos calificados.

Las sanciones que deben imponerse a las ONG que han incumplido con los requisitos de la ley y de sus propios estatutos, dependen de la naturaleza del incumplimiento, es preciso

que se determinen en el marco de los principios y reglas del debido proceso y dejar siempre abierta la posibilidad de apelación ante una instancia judicial.

Salas 2 y 3: Tratamiento fiscal y cooperación

El Simposio puso en evidencia el estado incipiente de la financiación doméstica de las ONG de la región. De las dos vías de financiación exploradas, la de los incentivos tributarios y la de la cooperación o alianzas entre los sectores público y privado, ninguna ha sido plenamente desarrollada en la región. La vía tributaria se encuentra generalmente consagrada en las leyes, de una u otra manera; pero el impacto de estas normas fiscales parece muy reducido cuando se lo compara con la gigantesca cantidad de recursos que por concepto de deducciones o exenciones se canalizan hacia la filantropía y hacia la solidaridad en muchos de los países desarrollados. En cuanto a las alianzas, éstas se encuentran aún en etapa incipiente y chocan frecuentemente con resistencias y obstáculos, principalmente de orden cultural y legal.

El Simposio buscó la información existente sobre el impacto de los incentivos tributarios, concedidos principalmente a través del impuesto sobre la renta. Esta indagación puso de presente las siguientes observaciones:

- Muchas veces los incentivos otorgados son insuficientes o adolecen de problemas de diseño y de control.
- La vía del otorgamiento de incentivos fiscales tropieza ordinariamente con la férrea barrera levantada en los últimos años por políticas fiscales que apuntan a la ampliación de la base tributaria, a la recuperación de la neutralidad de los tributos y a la eficiencia en la administración de los mismos.
- Se necesitan estudios del impacto de los incentivos tributarios sobre la financiación de las ONG y sobre la eficiencia y la equidad en la asignación de los recursos públicos. O, si existieren tales estudios, no son suficientemente conocidos por la comunidad de las ONG.

El Simposio exploró las posibilidades de otros tributos para la financiación de las ONG por las vías de los incentivos, y llegó a sugerir la posibilidad del manejo de los impuestos y las contribuciones locales como instrumento para la financiación por la vía del gasto tributario e incluso para el estímulo a la cooperación entre los sectores público y privado en el nivel municipal o local. Pero se hizo evidente que los impuestos locales no están siendo utilizados significativamente en este sentido.

El Simposio escudriñó también los desarrollos de las asociaciones o las alianzas entre empresas, gobiernos (de los varios niveles), comunidades y organizaciones de la sociedad civil. Y encontró que, no obstante el carácter incipiente de estos desarrollos, existen ya estimulantes desarrollos fácticos, al lado de principios, conceptos y hasta propuestas de

reformas legales que podrían adoptarse para ampliar y robustecer las posibilidades de alianzas.

El Simposio comparó las ventajas comparativas de la vía tributaria frente a la vía de las alianzas y viceversa. Y concluyó generalmente que la primera es preferible cuando se busca la generalidad, la globalidad y el compromiso efectivo del sector público para con el desarrollo de las organizaciones de la sociedad civil. A su turno, la vía de la cooperación es preferible en los casos en que se requiere de una gestión particular, dirigida a agentes individuales con intereses y posibilidades específicas. Una y otra vía ofrecen sus propios desafíos a la transparencia, a la evaluación y al accountability.

Sala 4. Autorregulación: Autonomía de las ONG, estructura interna y órganos de control; visibilidad e imagen pública

En cuanto a la estructura y el gobierno de las ONG se consideró que los estatutos son los mecanismos de autogobierno por excelencia. La legislación debe dejar a criterio de la organización la definición de sus estatutos. No obstante, deben establecerse algunos mínimos esenciales, como por ejemplo: reglas sobre las potestades y funciones de la Asamblea General; la igualdad de derechos y deberes de los miembros, incluyendo el derecho al disenso; criterios de exclusión y admisión de asociados, aplicando las reglas del debido proceso (entendidas estas básicamente como el derecho a la defensa); la elección de miembros para el desempeño de cargos de dirección; el destino del patrimonio en caso de disolución voluntaria; la prohibición expresa de distribuir cuotas, ingresos o utilidades entre los asociados; representación legal. La legislación, además, puede impulsar la autorregulación promoviendo la autonomía con responsabilidad, señalando áreas abiertas a la autorregulación; impulsando innovaciones como la llamada "libertad vigilada" e instando a las ONG a incluir en sus estatutos valores internos positivos.

Se debatió ampliamente el tema del deber de información de las ONG. Todos coincidieron en que es necesario lograr la transparencia de las ONG y conquistar la confianza del publico. El debate giró alrededor de qué se debe publicar, en qué medio y a qué información se debe tener acceso. Algunas personas se opusieron al acceso irrestricto a la información de las ONG, otras consideraron que este tema debe regularse por la vía contractual, mientras que otras posiciones fueron enfáticas en que las ONG no deben tener nada que esconder y, por el contrario, deben proveer su información al gobierno y a la ciudadanía en general valiéndose de todos los medios posibles (pagina Web, prensa, etc.).

Se analizó el papel de las organizaciones paraguas como coadyuvantes de la autorregulación del sector. En ese sentido, se trata de forjar un sistema de autorregulación con capacidad para producir normas que obliguen a sus miembros y para aplicar sanciones a comportamientos poco éticos pero que no son delitos. Sus principales objetivos podrían ser: aglutinar, educar, dar buen ejemplo y representar a sus integrantes. Aunque estas organizaciones carecen del "ius imperium", se resaltó su papel político, estratégico e inclusivo componedor. Cómo hacer que un código de conducta tenga fuerza de ley para las afiliadas de una organización paraguas? Se sugirieron dos caminos: incorporar las

normas al estatuto de la asociación o de la ONG y aprobarlas como reforma del mismo, prever la existencia y aplicación del código en el estatuto, transcribirlo como parte del acta de la asamblea que lo aprobó y registrarlo ante notario público.

Finalmente, se discutió el tema de la participación de las comunidades en el control de las ONG. Aunque todos estuvieron de acuerdo en que esta participación se debe promover, se debatió sobre quien representa a las comunidades y la posibilidad de que éstas sean manipuladas y engañadas, puesto que los bajos niveles de escolaridad e información contribuyen a ello. Otras personas consideraron que esta no es razón suficiente para no promover la participación de las comunidades y que no se puede restar importancia a este mecanismo por ser de dificil aplicación. Según otros criterios ese tipo de control sólo debe darse en las ONG que realizan una labor social. Se sugirió que este tipo de control se viabilice en aquellos proyectos o programas específicos que se realizan a favor de determinado grupo, mediante instancias especiales creadas por el mismo.

3. Evaluación y principales lecciones metodológicas

Una vez concluido el simposio, se inició una fase de evaluación, retroalimentación y reflexión sobre el mismo, apoyada por los comentarios y respuestas recibidos de los participantes, tanto a través de un formulario de evaluación que se les envió, como de manera más informal, en conversaciones telefónicas. El formulario de evaluación que se envió a todos los participantes, sólo fue respondido por 13 personas, lo cual es motivo de preocupación para nosotros. Es bastante probable que esta baja tasa de respuesta esté vinculada al tiempo que transcurrió entre la terminación misma del simposio y el envío de los formularios. Estos deben sin duda ser distribuidos desde el inicio del evento. Sin embargo, la poca dispersión de las respuestas y de las calificaciones le dan validez a los resultados. A continuación se presentan algunas de las reflexiones finales del equipo organizador y los moderadores, incorporando las respuestas a la evaluación.

Acerca de los participantes.

El objetivo del simposio era facilitar el intercambio de ideas entre personas de diversa procedencia, con diferentes niveles de experticia sobre el tema (desde especialistas hasta legos) y con aproximaciones distintas (analistas, reguladores y sujetos afectados por las leyes de ONG). Por lo anterior, y como era de esperarse, la audiencia del simposio no fue homogénea.

Lo anterior se reflejó en los niveles de participación, o sea el envío de mensajes. Aun cuando en total más de 300 mensajes fueron intercambiados durante el encuentro, de las 132 personas inscritas en el simposio, 22 contribuyeron activamente, además de los moderadores, para fomentar el debate y profundizar la reflexión. Esto se vincula al hecho de que, como en casi todos los simposios y seminarios, tuvimos dos tipos de audiencias. Por un lado, los más conocedores del tema y con vocación de oradores (aun por escrito) que participaron muy activamente y, por otro, los espectadores que aunque menos visibles, se beneficiaron de la oportunidad para adquirir nuevos conocimientos. Prueba de

ello es que, a pesar del importante número de mensajes, tan solo 4 personas se retiraron del simposio, solicitando no recibir más las contribuciones. Igualmente, la fase de discusión del simposio, inicialmente prevista para dos semanas, fue extendida por consenso una semana. Por último, de manera interesante, algunas de las evaluaciones que recibimos no provenian de los participantes activos y fueron explícitamente muy favorables, reconociendo el valor agregado que para ellos tuvo el recibir toda esta información , a la cual de otra manera no habrían podido acceder.

Acerca de los materiales

La calidad de los materiales utilizados -- los documentos introductorios, los resúmenes semanales y finales y las contribuciones de los participantes -- fue bastante buena, favoreciendo el flujo de ideas y el avance de la discusión. A pesar de lo anterior, es claro que los documentos introductorios y la definición temática de las salas estuvieron desconectados del borrador del Manual, distribuido como base para la totalidad del simposio. El Manual hubiese requerido un trabajo adicional de explicitación de sus objetivos, su lógica, y su estado actual (como parte de un proceso de reflexión) para poder ser plenamente explotado. El conjunto de los materiales se constituyó para muchos de los participantes en una fuente de consulta y referencia para su trabajo o para su propia reflexión sobre el tema.

Acerca del medio electrónico y del proceso adoptado

El medio electrónico generó inconvenientes que se concentraron en dos áreas principalmente. Por un lado, se enfrentaron dificultades iniciales en cuanto a las conexiones, el acceso de los participantes, y la legibilidad de los mensajes. Pero todos estos aspectos fueron rápida y fácilmente superados. Por otro lado, el medio electrónico generó un problema más de fondo, en cuanto a la selección de los participantes. La necesidad de contar con una cuenta de correo electrónico impuso una severa limitación en cuanto a las personas u organizaciones que pudieron ser finalmente invitadas. Un ejemplo de ello se dio en Centro América, donde un porcentaje mayoritario de los potenciales invitados debieron ser descartados pues no tenían correo electrónico. En otros casos, aun cuando la organización tenía una dirección electrónica, ésta era compartida por múltiples personas. Esto significó dificultades adicionales para el participante.

A pesar de las dificultades que se presentaron, las respuestas y comentarios de los participantes apoyaron el recurso a la Internet para realizar foros de esta naturaleza. Esta experiencia sirvió para demostrar que el correo electrónico y la Internet son medios que facilitan --y facilitarán cada día más -- el intercambio de ideas y de información en el marco de eventos organizados alrededor de temas específicos de interés. Es claro que la tecnología fue esencial para lograr difundir conceptos y promover discusiones entre 130 personas en todo un continente, y sin obligarlos a abandonar sus responsabilidades cotidianas. Es la manera más costo eficiente de hacerlo. Sin embargo, los simposios virtuales no deben pensarse como los sustitutos de eventos presenciales, ni como una panacea.

El soporte tecnológico escogido tuvo un impacto positivo para el desarrollo del simposio también gracias a su versatilidad. Esto facilitó la extensión tanto de una de las salas (regulación estatal) como del conjunto del simposio. Igualmente permitió hacer ajustes en la definición temática de las salas, en función de los centros de interés de los participantes. Así, la sala de regulación fiscal se fusionó con la de cooperación entre gobierno y empresas para permitir discutir de manera más integral los mecanismos de financiación de las ONG.

Consideraciones para futuros eventos similares

Cuatro elementos deben ser considerados para mejorar este tipo de eventos hacia el futuro.

Primero, a pesar de nuestros esfuerzos por tener una lista de invitados amplia y lo más completa posible, ONG, funcionarios de gobierno y académicos no pudieron ser incluidos por no contar con cuentas de correo electrónico. Por lo tanto, en aquellos países en los que el acceso al e-mail es menos fácil, es necesario buscar alternativas como el acceso a través de oficinas del Banco Mundial, de universidades u otras instituciones que presten sus instalaciones. Eso es factible pero implica tiempo adicional en la fase previa al evento.

Segundo, la distribución del material introductorio debe hacerse con mayor antelación, -- eventualmente en soporte papel--, para facilitar su consulta y las contribuciones de los participantes.

Tercero, como para un encuentro real, los simposios virtuales exigen dedicación y disponibilidad por parte del equipo organizador antes, durante y después del evento. En particular, como se mostró más arriba, la versatilidad de la herramienta sólo puede ser explotada si existe un proceso de seguimiento y evaluación permanente durante el evento mismo.

Por último, el tener resúmenes, documentos y aportes escritos, de moderadores y participantes debe aprovecharse, preparando eventualmente documentos -- impresos o electrónicos -- para ser diseminados y distribuidos a audiencias diferentes.

ANEXO No. 1

Instituto de Desarrollo Económico (IDE) / Unidad de ONGs - Banco Mundial

Simposio Virtual sobre el Marco Regulador de las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSCs)

en América Latina

29 de Septiembre al 10 de Octubre, 1997

Coordinación técnica-jurídica: International Center for Not-for-Profit Law (ICNL)

DOCUMENTO DE INTRODUCCIÓN A LA SALA DE CONFENCIA #1

REGULACIÓN ESTATAL:

Existencia Jurídica de las OSCs y su Supervisión

Paula Antezana Rimassa

© Instituto de Desarrollo Económico (IDE), Banco Mundial

Introducción

El estudio de los marcos jurídicos que regulan la creación y el funcionamiento de las organizaciones de la sociedad civil ha cobrado en la actualidad un gran interés. Este interés se enmarca en un innegable auge de las sociedades civiles en los distintos países latinoamericanos, auge que se da con características y peculiaridades propias en cada país.

En diciembre de 1996 se puso fin a una larga guerra civil, la última que afectaba a Centroamérica, con la firma de los Acuerdos de Paz en Guatemala. Con la rúbrica de ese histórico documento, se pone de manifiesto la voluntad de todo un pueblo y de sus representantes: de forjar una nueva sociedad basada en la concertación y en el respeto al Derecho. Este hecho representa, simbólicamente, el momento histórico que vive toda la región latinoamericana, caracterizado por la búsqueda de la democracia y de la participación ciudadana, por lo menos a nivel formal.

En este contexto, el aspecto legal de la participación ciudadana debe verse como una dimensión más, que, al lado de las otras dimensiones –política, social, económica– debe ponerse al servicio de la construcción de sociedades más participativas. Una sociedad civil organizada, y con los instrumentos legales a su alcance para hacerlo, es una sociedad saludable y democrática. Aún más, la intensidad de las democracias podría medirse en función del nivel de participación de la sociedad civil y los canales existentes para facilitarla. En este sentido, el catedrático español Germán Fernández en su obra "Asociaciones y Constitución" señala que "...la libertad asociativa –si es auténtica y real libertad, sin recortes ni cicaterías en orden a los fines asociativos– presupone los demás derechos y libertades del ciudadano, formando un todo, de manera que podría llegarse incluso a pensar que la amplitud de dicha libertad es un índice inequívoco del desarrollo democrático de cualquier Estado"[1].

Uno de los aspectos más polémicos de analizar, cuando se hace referencia a la legislación que afecta a las OSCs, es la regulación estatal. Sin duda alguna, este tema rebasa lo estrictamente jurídico y pasa por la necesidad de plantearse cuál es la relación Estado-sociedad civil. En términos generales, en nuestra región latinoamericana hemos heredado de las décadas pasadas una actitud de desconfianza hacia los Estados; muchos de ellos se caracterizaron por ser autoritarios o paternalistas, dejando poco —o ningún— espacio para la libre organización de la sociedad civil. No es, por ello, una sorpresa que el tema de la regulación estatal provoque una serie de posiciones encontradas y debates irresueltos.

Si bien el término organización de la sociedad civil (OSC) hace referencia a un conglomerado mucho más amplio, en este documento se lo utilizará como sinónimo de organización sin fines de lucro y, en ese sentido, se enfatizará particularmente en asociaciones y fundaciones. Claro está, no obstante, que las oganizaciones de la sociedad civil son mucho más que esos entes.

A continuación, se analizarán dos aspectos básicos de la supervisión estatal de las OSCs: la existencia jurídica y su supervisión. Para ello, se hará un recorrido rápido por las legislaciones de varios países latinoamericanos[2] y se propondrá, para el debate, una serie de aspectos no resueltos en los distintos temas a tratar.

I. Existencia jurídica de las OSCs

La constitución jurídica –es decir, el nacimiento a la vida jurídica de una OSC–, si bien tiene que ver con la posibilidad de adquirir personalidad jurídica, no debería limitarse a ello. La conformación del tejido social en un país dado no se sujeta a la adquisición de una personalidad jurídica, va mucho más allá. Por esa razón, las legislaciones de algunos países reconocen a las organizaciones de hecho.

Por ejemplo, el Código Civil de Bolivia reconoce a las asociaciones de hecho y a los comités, de manera similar el Código Civil del Perú otorga identidad legal propia a la asociación, fundación y comité no inscritos. En Guatemala, la Ley de Gobernación y Administración de los Departamentos concede la posibilidad a los gobernadores de autorizar el funcionamiento de comités y asociaciones de hecho sobre la base del derecho constitucional de asociación; aunque en la práctica esta posibilidad es poco utilizada, representa un mecanismo importante para la organización ciudadana comunal, que no tiene que someterse a los trámites, por lo general lentos y burocráticos, de tramitar la personalidad jurídica. De manera similar, en Paraguay, algunas organizaciones civiles –como las juntas vecinales, las cooperadoras escolares y los comités de agricultores– carecen de personalidad jurídica, no requiriendo reconocimiento del Poder Ejecutivo ni de la autoridad judicial, sólo de la autoridad administrativa pertinente.

Y, precisamente en cuanto al derecho constitucional de asociación, si bien éste es reconocido en todas las Constituciones Políticas de la región, "al descender de los textos constitucionales, en la mayoría de los ordenamientos vigentes (...) existen normas que dificultan la constitución de las OSCs, en lugar de promoverla"[3]. Cabe aquí hacer referencia al debate que se da en la doctrina en cuanto a si el reconocimiento estatal de una OSC tiene eficacia declarativa –es decir, simplemente dar efectos de publicidad a la creación de un ente que se conforma independientemente de una "autorización" estatal– o constitutiva –es decir, que el Estado tiene la potestad de autorizar la creación del ente. En la práctica, podría decirse que las

Constituciones de Brasil y Perú establecen ejemplos positivos que sustentan la tesis de la eficacia declarativa. Así, la Constitución Política de Brasil explícitamente establece que la libertad de asociación para fines lícitos es plena, la creación de asociaciones no depende de la autorización del Poder Público y el Estado no puede interferir en su funcionamiento. De manera similar, la Constitución del Perú reconoce, como derecho fundamental de la persona, la libertad de asociarse y constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a la ley.

1. Tipos de leyes que regulan a las OSCs

Es deseable la compilación de todas las leyes referentes a las OSCs en una ley marco? Es preferible contar con diversas leyes para diversos tipos de OSCs? No hay una respuesta única a estas preguntas. Por un lado, la existencia de una ley marco puede dar cohesión a una serie de leyes dispersas y establecer un cuerpo legal que se rija de principios adecuados y modernos para el sector. Por otro lado, puede no ser conveniente establecer una ley marco donde se unifiquen figuras jurídicas que, por naturaleza, son sumamente diferentes como las asociaciones y las fundaciones, entre otras. Optar por una u otra alternativa, o por una "mezcla" adecuada de ambas, dependerá de las necesidades y costumbres de cada país.

Actualmente, las normas generales que regulan la creación y funcionamiento de OSCs están contenidas en los Códigos Civiles. Estos cuerpos legales en muchos países datan de finales del siglo pasado e inicios del presente y están, en la mayoría de los casos, fuertemente influidos por la filosofía liberal del Código Civil Napoleónico, que veía con desconfianza a las personas jurídicas, como resabios de la corporación medieval.

Las figuras asociativas típicas que reconocen los Códigos Civiles son las asociaciones, fundaciones y, en algunos casos, las corporaciones, teniendo ellas en común el no perseguir ánimo de lucro. Algunos países han establecido, además, leyes específicas, como es el caso de Costa Rica, que cuenta con una Ley de Asociaciones (No. 218 de 8 de agosto de 1939) y una Ley de Fundaciones (No. 5338 del 28 de agosto de 1973); mientras que en otros países se ha optado por incluir en una sola ley las regulaciones correspondientes a asociaciones y fundaciones, como es el caso de Nicaragua, con su Ley General sobre Personas Jurídicas (No. 147, 6 de abril de 1992), y de El Salvador, con su recientemente promulgada Ley de Asociaciones y Fundaciones Sin Fines de Lucro (Decreto No. 894, 27 de noviembre de 1996)[4].

El establecer leyes separadas para asociaciones y fundaciones no obedece únicamente a decisiones de conveniencia nacional; tiene su asidero en la doctrina jurídica, que diferencia categóricamente a ambas figuras – aunque en la práctica, en muchos países, esta diferencia no sea tan clara y sí menos categórica.

En efecto, tradicionalmente la doctrina jurídica distingue entre dos categorías de personas jurídicas privadas: las de tipo asociativo y las de tipo fundacional. "En las personas jurídicas de tipo asociativo predomina el elemento subjetivo; los sujetos agrupados constituyen el elemento primordial de esta clase de institutos; tal como sucede en las sociedades –civiles o comerciales– y en las asociaciones propiamente dichas, en donde la voluntad de los socios o asociados se manifiesta no sólo al momento de su constitución sino también durante su desarrollo. En cambio, en las personas jurídicas de tipo fundacional –fundaciones– prevalece

el elemento objetivo –patrimonial– ya que los fundadores, una vez manifestada su voluntad de afectar un patrimonio a un fin altruista, se desprenden de su administración(...)"[5].

Acorde con lo anterior, en Argentina se afirma que "las asociaciones civiles y las fundaciones son figuras jurídicas diferentes y, en ciertos aspectos, opuestas"[6].

Por otro lado, algunos países han desarrollado leyes especiales para algunos segmentos de OSCs, que comparten ciertas características similares. La división más general y amplia es entre OSCs de utilidad pública y de interés mutuo. Las primeras se caracterizan por perseguir fines que van más allá del beneficio de sus asociados o miembros, en contraposición a las segundas, las de interés mutuo, que buscan beneficios para sus integrantes.

En algunos países, la utilidad pública es una calificación o título que confiere el Poder Ejecutivo bajo ciertas circunstancias. Este el caso de Costa Rica, donde las asociaciones pueden ser declaradas de utilidad pública (se presupone que las fundaciones de por si son entes privados de utilidad pública en ese país); por su parte, en Brasil, se otorga el título honorario de "entidad privada de utilidad pública" regulado en la Ley de Utilidad Pública; y, en Paraguay, el Poder Ejecutivo puede autorizar la creación de asociaciones reconocidas de utilidad pública, que deben tener como objeto el bien común.

La definición de los criterios para otorgar la calificación de utilidad pública corresponde, por lo general, a la Administración – que interpretará el significado "bien común", normalmente, en función de los intereses estatales en un momento determinado. A la calificación de utilidad pública le corresponderá, por lo general, algunos incentivos – en el campo tributario, por ejemplo.

Otros países reconocen, entre las organizaciones de utilidad pública, a las conocidas organizaciones no gubernamentales (ONG); este es el caso de los ordenamientos jurídicos de Bolivia, Perú y Chile.

Algunas OSCs consideran importante establecer claramente la diferencia entre organizaciones de utilidad pública, que persiguen un fin público, de aquéllas que persiguen un fin meramente privado. Para estas OSCs, dentro del grupo de las organizaciones de utilidad pública debe darse tratamiento diferenciado a las OSCs de desarrollo, en contraposición a las OSCs asistencialistas o de caridad. Por ejemplo, un grupo de ONGs nicaragüenses se encuentran inconformes con la actual ley que las regula, puesto que la misma cubre por igual "... a las Damas Grises o Damas de la Caridad que a una institución que realiza una labor de desarrollo en sectores donde no es posible que el Estado concrete planes de desarrollo"[7]. Este tema lleva a la polémica que puede resumirse en "asistencialismo vs. desarrollo". Desde el punto de vista jurídico, hay que tener cuidado en no caer en puntos de vista muy coyunturales o casuísticos al interpretar ambos conceptos: por ejemplo, en algunos países el asistencialismo puede verse como opuesto al desarrollo y sinónimo de paternalismo y clientelismo, mientras que, en otros, el asistencialismo es visto como ayuda humanitaria y es de gran importancia para forjar el desarrollo.

2. Fines y objetivos de las OSCs

La mayoría de los ordenamientos jurídicos establece en sus Constituciones Políticas el derecho de asociación para fines lícitos. Además, otras Constituciones señalan que los fines

no pueden ser contrarios a la moral, al orden público (Panamá, Honduras) y a la seguridad del Estado (Chile); se prohibe las asociaciones que promuevan la discriminación racial (Panamá), o la existencia de grupos armados de carácter político, religioso y gremial (El Salvador).

De lo anterior se desprende que los únicos límites o condicionantes al derecho de asociación son los establecidos expresamente por los textos constitucionales. Esos límites tienen que ver con la ilicitud penal de los fines o medios asociativos[8], los cuales deben estar expresamente tipificados en la legislación penal de cada país.

Por su parte, las legislaciones de algunos países enumeran los fines que las OSCs pueden perseguir (como es el caso de Argentina que hace referencia a fines culturales, sociales, deportivos, de asistencia, de recreación); otras simplemente señalan que estos fines deben ser lícitos, y su descripción detallada debe estar contenida en los estatutos respectivos (este es el caso de Bolivia y Paraguay).

En Derecho inevitablemente existen los llamados "conceptos jurídicos indeterminados" cuyos significados no son universales, y es de resorte de la Administración interpretarlos al momento de su aplicación. En este sentido, mientras la licitud se puede determinar en forma clara y precisa (como ya se mencionó), no sucede lo mismo con conceptos amplios e imprecisos como "moral", "buenas costumbres" e inclusive "seguridad del Estado". Un gobierno determinado puede interpretar de tal manera estos conceptos que ponga en riesgo la libertad constitucional de asociación.

3. El proceso para la inscripción o constitución jurídica de las OSCs

Se ha señalado de manera reiterada que "...la legislación debe facilitar la creación y existencia legal de las asociaciones, con reglas simples y mecanismos descentralizados y ágiles, de costo accesible y tramitación rápida(...)"[9]. Esto puede considerarse una especie de principio acorde con el derecho de asociación.

En algunos países latinoamericanos el proceso de inscripción o constitución de una OSC ha sido el "Talón de Aquiles" del derecho de asociación, puesto que, con la imposición –muchas veces vía reglamentaria o por costumbre– de requisitos difíciles de cumplir, se ha dificultado la obtención de personalidad jurídica de muchas OSCs.

En otros países, sin embargo, ese proceso está claramente definido y no ha constituido obstáculo para las OSCs que han decidido tramitar su personalidad jurídica. En este sentido, pueden citarse tres ejemplos correspondientes a Brasil, Perú y Costa Rica.

En el caso de querer constituir una fundación en Brasil, el instituidor al crearla elaborará su estatuto, o designará a quien lo haga, en escritura pública o testamento según sea el caso. En cuanto a las asociaciones, la elaboración de estatutos se realiza por deliberación colectiva de los asociados en acto de la Asamblea General. Se presentan "dos copias del estatuto, compromiso o contrato por los cuales se hará el registro, mediante petición del representante legal de la entidad. El oficial de registro expedirá, en las dos copias, el competente certificado de registro con los respectivos números de orden, libro y hoja. Una de las copias será entregada al representante de la entidad y la otra se incorporará al archivo del notario, y el oficial firmará las hojas en que esté impreso el contrato, compromiso o estatuto"[10].

En el caso del Perú, para constituir una asociación "...se requiere un acta de constitución social conteniendo la declaración de voluntad de asociarse, la aprobación de su estatuto (...) y la designación de cargos directivos. Dicha acta se eleva a escritura pública ante Notario Público(...), mediante una minuta de constitución social (autorizada por abogado...), y se inscribe en el Libro Especial de Asociaciones del Registro de Personas Jurídicas(...)". Las fundaciones se constituyen mediante escritura pública o por testamento, "...siendo suficiente que el fundador indique en el acto constitutivo los dos elementos esenciales: finalidad y bienes que se afectan(...). Los demás aspectos (...) pueden ser complementados por el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones(...)"[11].

Finalmente, en Costa Rica, de manera similar a los dos otros países, las asociaciones se constituyen mediante presentación de los estatutos aprobados por los constituyentes en Asamblea General Ordinaria. Luego se inicia el trámite de inscripción, acudiendo ante las autoridades correspondientes; aquí caben dos modalidades: ya sea que el Notario Público protocolice literalmente el acta constitutiva y expida testimonio que se presenta al Diario del Registro Público, o que los asociados transcriban literalmente en papel de oficio el acta constitutiva y lo firmen, autenticando sus firmas por un abogado. Se presenta el documento y una copia al Registro Público y luego se procede a la publicación de los estatutos en el Diario Oficial, iniciándose el plazo de oposición de quince días; de no haber oposición se procede a inscribir la asociación[12]. En el caso de las fundaciones, éstas adquieren su personalidad a partir de su misma constitución[13]: de previo a la inscripción en el Registro, se publica en el Diario Oficial un edicto con un extracto de los términos bajo los cuales se constituye la fundación; esta publicación es hecha por notario público o por juez civil según sea el caso, y finalmente se procede con la inscripción respectiva.

La facilidad con que se puede constituir OSCs en algunos países, como es el caso de las fundaciones en Costa Rica, es considerado por algunos como ventajas que "...paradójicamente, acarrean las desventajas derivadas del abuso que puede hacerse de este tipo de personas ante las facilidades que la ley permite y del descrédito o falta de credibilidad hacia el instituto que ello puede significar..."[14]. Este es un punto polémico que requiere de mucha discusión y análisis, puesto también se considera que "...el control estatal en el momento de la inscripción en realidad inhibe la libertad de asociación"[15].

A continuación se mencionan tres aspectos que tienen que ver con la constitución de una OSC: quiénes pueden crear una OSC, el número de miembros y monto del patrimonio, y el ente estatal encargado del trámite de registro.

a) Quienes pueden crear OSCs?

La mayoría de las legislaciones establecen que tanto las personas físicas como las jurídicas pueden constituir asociaciones y fundaciones. Esto significa que tanto individuos como empresas y partidos políticos pueden constituir OSCs. No obstante, algunas legislaciones regulan esto de manera diferente.

Así, por un lado, en Chile se establece que los partidos políticos no pueden crear una OSC. Por otro, en Brasil la legislación otorga, por excepción, la inmunidad tributaria *ipso facto* a la fundación o instituto creado por un partido político para, entre otras cosas, divulgar la ideología partidista y formar líderes para el propio partido. Este ejemplo agrega un elemento al debate: otorgar incentivos a una OSC que no es de utilidad pública, y que beneficiará no a la

sociedad como un todo sino a un grupo partidario especifico, podría significar que se esté "cooptando" las figuras jurídicas destinadas para trabajar con objetivos de utilidad pública[16].

En cuanto a la posibilidad de que el gobierno constituya una OSC, si bien no parece haber legislación alguna que lo prohiba, en la práctica puede prestarse a la desnaturalización de estas figuras, ya que, al ser creada por el gobierno, no necesariamente responderán a los intereses de la ciudadanía, sino de los grupos gobernantes de turno. Por otro lado, ha sido conocida la práctica de algunos gobiernos de crear OSCs a las cuales dotan de importantes recursos sin previa licitación o concurso que garantice igualdad de oportunidad entre todas las OSCs que podrían calificar para tales recursos. Este tipo de práctica ha influido negativamente en el sector de OSCs, que por lo general no ve con buenos ojos la creación de estas organizaciones por parte del Estado.

b) Número de miembros y monto mínimo de patrimonio

Muchas de las legislaciones latinoamericanas no establecen límites mínimos de personas necesarias para constituir asociaciones y fundaciones. Otras, sin embargo, sí lo hacen: por ejemplo, la Ley de Asociaciones de Costa Rica exige la concurrencia mínima de 10 personas para conformar una asociación, y la Ley General sobre Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro de Nicaragua requiere el concurso mínimo de cinco personas capaces de obligarse, para constituir una asociación. En Uruguay se deduce, puesto que nada se establece a nivel de las leyes, que el número de socios fundadores debe cubrir al menos el número de miembros titulares y suplentes que integren una asociación. Por otro lado, en Chile, el estatuto-tipo de ONG ha interpretado que su número de socios no podrá exceder de 50 y que será causal de disolución de la corporación si el número de socios activos disminuyere de 10; en el caso del Ecuador, aunque la legislación hace referencia a una sola persona para el caso de las fundaciones, a nivel reglamentario se exige un mínimo de cinco, "introduciendo una exigencia no prevista en la ley"[17].

Aunque la dotación patrimonial es elemento característico de las fundaciones, son pocas las legislaciones que establecen un monto mínimo para iniciar un ente de ese tipo. En primer lugar, destacando por los altos montos en relación con otros países, se encuentra Argentina: la legislación establece como patrimonio inicial de las fundaciones US$12.000.00, mientras que de las asociaciones se requiere un monto mínimo de US$200.

Otras legislaciones exigen un patrimonio inicial para las fundaciones pero no establecen el monto, dejando, en la mayoría de los casos, al arbitrio de las autoridades administrativas determinar si ese monto es suficiente para realizar la voluntad del fundador. Esta determinación en sede administrativa puede resultar arbitraria, como se ha considerado en Guatemala donde, a partir de 1993, "...se exige, sin ningún fundamento legal, que el patrimonio inicial de una fundación no sea menor de $3.000.00"[18]. De manera similar en Ecuador, donde la ley es omisa al respecto, un reglamento ha determinado que el patrimonio inicial de una fundación debe ser el equivalente a diez salarios mínimos vitales generales.

Una alternativa interesante la ofrece la Ley de Fundaciones de España, que establece la posibilidad de que la dotación, o patrimonio inicial, pueda hacerse de forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial sería al menos del 25%.

c) Ente estatal encargado del trámite de registro

El ente estatal encargado del trámite de registro de una OSC varía de país a país. En la mayoría de ellos la competencia se encuentra centralizada en los Ministerios de Gobernación, Justicia, Interior e inclusive Educación y Cultura (para el caso del Uruguay).

En algunos países el procedimiento de registro se ha descentralizado, como es el caso de Bolivia, donde en virtud de la Ley de Descentralización Administrativa se le ha delegado la atribución del reconocimiento de personalidad jurídica a los Prefectos de los Departamentos. En otros países, como Argentina, donde el procedimiento también está descentralizado pero sin claras distribuciones de competencias, se da la superposición de organismos de control y una "...dispersión en cuanto a normativa aplicable emanada de las distintas autoridades de distrito, que lleva a diferentes recaudos exigibles para el mismo tipo de instituciones"[19].

Cabe resaltar, por inusual, el caso de Nicaragua donde el ente encargado del trámite de registro como también de la supervisión es la Asamblea Nacional (Parlamento), la cual emite, mediante una ley, la autorización respectiva. En caso de denegación de la autorización, la OSC debe interponer un recurso de inconstitucionalidad. El trámite ante la Asamblea Nacional, aparentemente, no ha resultado en la práctica perjudicial para la inscripción de las OSCs, por cuanto el procedimiento está regulado y es lo suficientemente claro.

Si bien determinar cuál es el ente estatal encargado debe hacerse según las necesidades y tradiciones de cada país, es importante señalar que este ente debe ejercer una función eminentemente técnica y no de control político. Se corre un riesgo de ejercer control político, en países como El Salvador, donde el ente estatal encargado, el Ministerio del Interior, es responsable también de la seguridad nacional[20].

El plazo para la aprobación de la personería jurídica es otro tema de vital importancia en cuanto al trámite de registro se refiere. En el pasado, en algunos países, la existencia de plazos prácticamente indefinidos fue utilizado por la Administración para hacer nugatorio el derecho de asociación de muchas organizaciones. De esta manera, es conocido el caso de Guatemala donde el otorgamiento de una personería jurídica podía prolongarse más de dos años; afortunadamente esto fue corregido, mediante un decreto ejecutivo promulgado en 1993, que disminuyó ese plazo a seis meses, aproximadamente.

El establecimiento del silencio administrativo positivo –es decir, considerar aprobada una solicitud después de un plazo determinado en el cual la Administración no se ha pronunciado– es una manera de evitar la prolongación indefinida de un trámite de concesión de personería jurídica. En este sentido, la legislación ecuatoriana establece que el Ministerio competente está obligado a pronunciarse sobre la solicitud dentro de los siguientes 15 días y, si no lo hace, ésta se entiende aprobada. De manera similar, la Ley de Asociaciones y Fundaciones de El Salvador establece que el Ministerio del Interior otorgará el reconocimiento respectivo en un plazo no mayor de sesenta días hábiles; si después de ese plazo la autoridad no emitiere resolución, sin más trámite se inscribirá la asociación o fundación.

4. Posibilidad de realizar actividades económicas

En términos generales –aunque existen excepciones– las legislaciones latinoamericanas no establecen prohibiciones a la realización de actividades económicas por parte de las OSCs,

siempre y cuando los excedentes de éstas no se distribuyan entre los integrantes o asociados de la organización, no desnaturalicen su carácter, ni se constituyan en competencia desleal con las entidades lucrativas. No obstante, es notable la parquedad con que este tema es tratado en la legislación y doctrina latinoamericana; probablemente esto se debe a que el tema apenas inicia a generar interés y atención, puesto que, en algunas partes más que en otras, el tema de la autosostenibilidad financiera de las OSCs está en el tapete de atención prioritaria.

Los estudios existentes para otras regiones del mundo se han preguntado: hasta qué punto debe permitirse a las OSCs involucrarse en actividades económicas y seguir manteniendo su *status* de entidad sin fines de lucro? En respuesta a ello se han ensayado dos modelos, denominados "pruebas" en función de las cuales se puede determinar si la actividad económica debe o no ser permitida: la del "propósito principal" y la del "destino del ingreso"[21]. Así, la prueba del "propósito principal", persigue asegurar que la organización ha sido establecida y opera principalmente para fines de utilidad pública y no para lucro individual, y en ese sentido el énfasis no está en evitar la generación de lucro, sino en que la actividad económica sea congruente con el propósito de la OSC. La legislación paraguaya[22] pareciera responder a este modelo al interpretarse, en la práctica, que toda actividad lucrativa debe estar en consonancia con los fines de las asociaciones y fundaciones. La legislación del Ecuador, por su parte, afirma que las OSCs pueden celebrar cualquier contrato compatible con su finalidad estatutaria, con excepción de: operaciones de intermediación financiera, consultorías y negocio de seguros y reaseguros; a *contrario sensu*, estas actividades no se consideran compatibles con las finalidades de las OSCs y por lo tanto está prohibida su realización.

Por su parte, la prueba del "destino del ingreso" se enfoca exclusivamente en el destino que se le va a dar al excedente generado por la actividad económica de la OSC y, en ese sentido, todos sus ingresos deben dedicarse a los propósitos a los cuales se debe. La legislación brasileña pareciera ser consonante con este modelo al establecer que "...lo que importa es que el lucro obtenido sea reinvertido en los fines específicos para los cuales la organización fue constituida"[23].

Un tratamiento interesante del tema es el que hace la legislación peruana que clasifica las actividades económicas en dos grupos: las que se realizan de la ejecución directa del objeto social y contribuyen de manera indirecta al cumplimiento del mismo, y las que sirven como medio para generar ingresos propios.

En relación con aquellas actividades que se realizan de la ejecución directa del objeto social, en la región se da tratamiento diferenciado a aquellas OSCs que otorgan créditos de un fondo propio o donado, es decir que participan en actividades de *mediación financiera*: algunas legislaciones (como la peruana, la boliviana, la costarricense) las permiten y, en algunos casos, las estimulan puesto que es la manera de llegar a grupos sociales que no califican para los créditos de los entes financieros formales; otras legislaciones las prohiben – como la chilena y, aparentemente, la argentina.

Diferente es el caso de la *intermediación financiera* –captar recursos del público inversionista en forma pública y habitual para su posterior colocación–, que es prohibida a las OSCs por muchas legislaciones (como las del Uruguay, Ecuador, Chile, Nicaragua, entre otras), puesto que ésta es una actividad destinada para entidades financieras. En este sentido, en Costa

Rica la Ley de Regulación de Empresas Financieras define a las sociedades financieras en razón de su actividad y no de su naturaleza u organización jurídica[24]; de ese modo, se ha interpretado que una OSC que se dedique a la intermediación financiera pasa a ser considerada como una entidad financiera no bancaria, debiendo inscribirse en el Registro respectivo y someterse a las regulaciones de estas entidades. Este tratamiento obviamente pone en desventaja a las OSCs, que difícilmente pueden compararse con una entidad financiera.

Un mejor tratamiento se contempla en la legislación de Bolivia, donde la "...Ley de Bancos y Entidades Financieras reconoce, define y faculta de forma expresa a las organizaciones no gubernamentales, instituciones para el desarrollo social y fundaciones (...) como *entidades financieras no bancarias*, con capacidad para realizar actividades de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros, por lo que somete a aquellas instituciones dedicadas a este fin, a esta normatividad especial"[25].

5. Posibilidad de involucrarse en actividades políticas

Si se entiende que las OSCs de utilidad pública cumplen un fin social dirigido al desarrollo de sus países y que canalizan la participación ciudadana, son en ese tanto actores sociales –que pueden y deben actuar en el espacio público y buscar incidir en las políticas públicas[26]. Aún más, en la reconstrucción del tejido social rasgado por las guerras civiles y los regímenes autoritarios, como es el caso de muchos países de la región, les asiste a las OSCs un deber de promover la incidencia política ciudadana, entendida ésta como el proceso de acciones políticas en el que se negocia poder para mejorar la calidad del ejercicio ciudadano y del cual el cabildeo o *lobby* forma parte[27].

Es importante diferenciar la "política" en términos generales –a la cual no se restringe la participación de las OSCs en la mayoría de las legislaciones de la región– de la "política partidista", que sin duda alguna requiere de un tratamiento diferenciado.

Ninguna de las legislaciones analizadas prohibe a las OSCs realizar acciones de cabildeo; éstas en la práctica son, en algunos casos, promovidas por el Poder Legislativo que llama a las OSCs para consultarles sobre diversas iniciativas de ley[28].

Más allá de la mera consulta de proyectos de ley, la Constitución Política de Colombia establece, en el párrafo segundo del Artículo 103: "El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas, o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan"[29]. En ese sentido, en Centroamérica grupos importantes de OSCs han manifestado la necesidad de contar con mecanismos legales que obliguen a los entes estatales a consultar temas de políticas públicas con las OSCs[30].

En cuanto a la participación en política partidista, es importante destacar la Constitución Política boliviana que otorga a las "[a]grupaciones cívicas representativas de las fuerzas vivas del país, con personalidad reconocida, facultades para presentar candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, Senadores, Diputados y Concejales, siempre que formen

parte de frentes o coaliciones de partidos políticos"[31]. Un ejemplo similar, sorprendente por lo poco común, se encuentra en la legislación alemana[32].

II Mecanismos de supervisión y rendición de cuentas ante la sociedad

La regulación estatal sobre las OSCs se da al menos en tres momentos de su ciclo de vida: al nacer, en su funcionamiento y en su extinción.

Como regla general, para el adecuado funcionamiento de las OSCs la supervisión y control estatales deben ser mínimos; es necesario que se dé más énfasis al control y supervisión internos de la propia OSC, a la autorregulación de las OSCs mediante la creación de redes y de códigos de conducta de adherencia voluntaria, y, más importante aún, abrir espacios para que las poblaciones beneficiarias de los proyectos de las OSCs ejerzan un control social sobre los mismos.

No obstante, sin duda alguna al Estado, como ente que debe salvaguardar el bien común, le compete establecer mecanismos de supervisión razonables. En tesis de principio "...los beneficios legales, y especialmente los de orden tributario, deben generar responsabilidades correlativas(...)"[33]. De manera similar, las OSCs centroamericanas y sudamericanas, reunidas en sendos foros, han afirmado reiteradamente que la supervisión y control estatales deben ser sólo de tipo financiero-contable[34] y no deben abarcar los objetivos y actividades que realizan. Sin embargo, ésta no ha sido la práctica común en Latinoamérica donde, contrariamente, se ha impuesto una injustificable interferencia estatal[35].

Ya se han mencionado los entes estatales que usualmente tienen la potestad de supervisar a las OSCs los cuales son, en su mayoría, los mismos que conceden la personalidad jurídica. No obstante, cuando una OSC maneja fondos públicos entran a ejercer función supervisora aquellos entes encargados del buen manejo de la hacienda pública, como es el caso de la Contraloría General de la República en Costa Rica o los Tribunales de Cuentas de la Unión, de los estados y de ciertos municipios, en Brasil. Con ello, se establece la participación de entes que no tienen en modo alguno conocimiento de la naturaleza del trabajo de las OSCs y tienden a asimilarlas a una especie de entes paraestatales por el hecho de recibir recursos públicos.

La supervisión de las OSCs, en general, se ejerce mediante la presentación de informes. El no acatamiento de disposiciones internas o externas acarrea una serie de sanciones. A continuación, se analizarán brevemente ambos aspectos.

1. La presentación de informes y su publicidad

En tesis de principio, una de las mejores maneras de asegurar la transparencia de las OSCs, y en particular de aquellas de utilidad pública, es conociendo sobre sus actividades. Esta es una forma, no sólo de rendir cuentas a la sociedad, sino de visibilizar la importante labor que realizan las OSCs.

No obstante, muchas OSCs son renuentes a presentar informes al gobierno, puesto que temen que sea un mecanismo para mermar su autonomía e independencia. Como entes

privados no estarían, en principio, sujetos a la obligatoriedad de rendir informes a entidades estatales salvo que reciban fondos públicos.

En este sentido, la legislación boliviana establece que "...no existe ninguna obligatoriedad de presentar informes a entidades estatales para las asociaciones y fundaciones en general, salvo que reciban financiamiento del Estado para la realización del total o algunas de sus actividades, o que se beneficien de alguna exención tributaria, subvención o ventaja o presten servicios no sujetos a la libre competencia(...)"[36]. Disposiciones similares se encuentran en la legislación ecuatoriana y la hondureña.

Sin embargo en otros países, como Chile, la obligatoriedad de presentar informes es más amplia y abarca a las corporaciones y fundaciones, quienes tienen que presentar al Ministerio de Justicia semestralmente un balance de sus ingresos y egresos y una memoria explicativa de sus actividades.

Yendo a otros ejemplos, hay países en que las OSCs tienen que presentar informes al gobierno, reciban o no fondos públicos, en virtud de su naturaleza jurídica o de sus actividades. Por ejemplo, en Brasil el Estado ejerce un control más rígido sobre las fundaciones privadas que sobre otras OSCs. En Perú, las fundaciones son supervisadas por el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, a través de distintos mecanismos: aprobación de cuentas y balances, presentación de planes y presupuesto anual, autorización de actos de disposición y gravamen no ordinarios, realización de auditorías. También en ese país, las organizaciones no gubernamentales de desarrollo (ONGD) receptoras de cooperación técnica internacional tienen la obligación de presentar información sobre sus actividades, fuentes de financiamiento y aplicación de recursos. En Nicaragua, las ONGs deben reportar ante el Ministerio de Cooperación Externa las importaciones que van a realizar de donaciones en especie. Finalmente, en Paraguay, en el caso de las asociaciones que tengan como actividad principal la beneficencia pública, está prevista la intervención del Fiscal de Cuentas en sus expedientes de rendición de cuentas.

Dar publicidad a los informes de las OSCs no es una tradición en Latinoamérica. Ninguna legislación lo exige y tampoco existe consenso entre las OSCs sobre la conveniencia de establecer este tipo de disposiciones. La herencia de fragmentación y confrontación intersectorial que las décadas pasadas nos legaron provoca en las OSCs un marcado celo a dar a conocer sus actividades y, en particular, sus finanzas.

Algunos consideran que "...no parece conveniente establecer regulaciones orientadas a la publicidad de las actividades financieras y de la contabilidad de las organizaciones privadas. Ésta debe continuar siendo una medida sujeta a la decisión de la propia organización"[37]. Sin embargo, dar a conocer –no solo al gobierno, sino a la sociedad en general– lo que hacen las OSCs y cómo invierten sus recursos, de manera resumida y respetando ciertos datos confidenciales, es una manera de demostrar transparencia y disponibilidad a la rendición de cuentas y evitar, de esa forma, una excesiva intromisión estatal.

En ese sentido, también hay quienes piensan que "...es importante que la opinión pública tenga mayor información y conocimiento de las actividades que realizan estas instituciones para lo cual se requiere, por un lado, que éstas den a conocer de manera más abierta (incluyendo los medios de comunicación social) sus actividades, propuestas y preocupaciones al conjunto de la sociedad. Por otro lado, [se requiere] que el propio Estado y sus instituciones y las otras organizaciones de la sociedad reconozcan su existencia y las consideren

interlocutoras válidas para la discusión de los temas nacionales, sectoriales o locales, en los cuales ellas han ganado competencia; así estarían reconociendo, además, su capacidad de aporte a la solución de los problemas de la sociedad"[38].

2. Sanciones

Las OSCs, como cualquier otra persona jurídica, están sometidas al régimen de responsabilidades civiles y penales de cada país. Si bien existen sanciones especiales para infracciones propias de OSCs, a juicio de algunas OSCs centroamericanas, se debe tener cuidado en crear fueros especiales: "...cuando se plantea lo de la corrupción o el manejo indebido de recursos, deben aplicarse las leyes civiles y penales y establecer las responsabilidades del caso"[39].

Las sanciones especiales pueden originarse, entre otras causas, por las siguientes: por el manejo gerencial y administrativo irregular de una OSC, por la realización de actividades que no correspondan a los fines para los que fue constituida la organización, por la no presentación de informes obligatorios, por la disminución de miembros a menos del mínimo fijado por la ley (en los casos en que la ley fije ese mínimo, obviamente). Las sanciones pueden consistir en apercibimiento, multas, intervención del ente fiscalizador y disolución forzosa.

Una OSC debe cumplir con los requerimientos de control interno establecidos en la ley (llevar actas, por ejemplo), de tal forma que se garantice que su manejo administrativo y gerencial sea el correcto. Son los funcionarios y directivos de la OSC los responsables de asegurarse que se cumpla cabalmente con las actividades requeridas para lograr los fines de la OSC y de llevar adecuadamente su función de administradores de la organización. La Ley de Fundaciones de España recoge este principio señalando que "los patronos deben desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal"[40]. En Costa Rica y en Nicaragua, por ejemplo, la ley sanciona con multas a los funcionarios de una asociación (en el caso de Costa Rica) y de una fundación (en el caso de Nicaragua) que no mantengan los libros de la OSC al día.

La realización de actividades para las que no fue constituida la OSC puede ser causal de cancelación de la personalidad jurídica en Nicaragua y en Ecuador, por ejemplo. En el Perú, la disolución forzosa se aplica cuando se demuestre, en la vía judicial, que una OSC lleva a cabo actividades contrarias al orden público o las buenas costumbres

La no presentación de informes obligatorios puede dar pie a la imposición de multas (en el caso de Costa Rica) e inclusive a la cancelación de la personalidad jurídica (por ejemplo, en Chile).

La disminución de miembros a menos del mínimo fijado por la ley es causal de disolución en Nicaragua. En Argentina, la Inspección General de Justicia puede requerir al Ministerio de Justicia el retiro de la personería jurídica de aquella entidad que hubiere omitido celebrar Asamblea durante dos o más períodos consecutivos.

El órgano estatal respectivo puede intervenir una OSC en casos de denuncias o de oficio; estas dos posibilidades se dan para las asociaciones en Costa Rica. En Nicaragua, el

Ministerio de Gobernación puede intervenir, por el plazo estrictamente necesario, aquella OSC que haya cometido irregularidades.

Es muy importante que, de previo a la aplicación de las sanciones, se lleve a cabo un debido proceso con las garantías de defensa y recurso para los involucrados. La disolución de una OSC es una pena máxima que debe aplicarse únicamente en casos extremos. Hay, no obstante, casos en Latinoamérica en que se impone la disolución por razones que no aparentan ser tan graves o que se da un amplio margen a la discrecionalidad administrativa y, en virtud de ello, se es proclive a cometer abusos. Por ejemplo, en Nicaragua la Asamblea Nacional puede cancelar la personalidad jurídica en casos como "obstaculizar el control y vigilancia del Departamento de Registro y Control de Asociaciones"; en Chile, la no presentación del informe obligatorio o de cualquier otro documento requerido por el Ministerio de Justicia puede ser causal de cancelación de la personalidad jurídica. También en Ecuador, Argentina y Uruguay la infracción a disposiciones de órganos del Poder Ejecutivo es causal de cancelación de la personalidad jurídica.

La cancelación de la personalidad jurídica, así como todas las resoluciones de la Administración, debe ser siempre recurrible para ante la autoridad judicial respectiva. Disolver una OSC en la vía administrativa, sin recurso alguno, puede ser una de las mayores violaciones al derecho de asociación. Casi todos los países contemplan la posibilidad de que las disposiciones del Poder Ejecutivo pueden ser apeladas ante el Poder Judicial. No obstante, un ejemplo negativo lo constituye la Ley de Asociaciones y Fundaciones de El Salvador que señala que no cabe recurso alguno frente a la resolución del Ministerio del Interior de denegar la inscripción a una persona jurídica extranjera.

El debate de ideas y el estudio de ejemplos positivos, y de aquéllos que han probado no serlo, son elementos importantes para el análisis de la regulación estatal de las OSCs. Como se afirmó en un taller centroamericano, el tema de si debe o no existir control y supervisión estatal puede ser parte de una discusión filosófica, pero en la práctica el control y la supervisión son una realidad – como se trató de mostrar en este documento. Corresponde ahora que, en cada país, se establezcan las seguridades de que esa supervisión no violente en forma alguna el derecho de asociación. Sin embargo, se debe ir más allá, y establecer los medios por los cuales el propio sector se autorregule y, lo que es más importante aún, que los beneficiarios de los proyectos de las OSCs puedan evaluar el impacto social y la conducta ética de una organización.

Sobre la Autora:

PAULA ANTEZANA es Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica, y se desempeña actualmente como Directora del Centro para la Participación Organizada de la Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, organización regional centroamericana con sede en San José, Costa Rica.

NOTAS

[1] Fernández Farreres, German. Asociaciones y Constitución. Madrid, Editorial Civitas S. A., 1987, p. 17.

[2] Las legislaciones estudiadas corresponden a Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.

[3] Oliveira, Anna Cynthia. *Elementos para la consolidación de las Organizaciones de la Sociedad Civil en Sudamérica*. En: Marco regulador de las organizaciones de la Sociedad Civil en Sudamérica. Estados Unidos, BID, PNUD, 1997, p. 4.

[4] Esta ley ha sido aprobada a pesar de la férrea oposición de importantes sectores de OSC salvadoreñas, así como de OSC internacionales que trabajan en El Salvador, por su fuerte tendencia controlista.

[5] Citado por Manavella Cavallero, Carlos. Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. En busca de una legislación que fortalezca la participación y acción de la sociedad civil. Memoria del primer taller regional, San José, 1995, p. 28.

[6] Calcagno, Luis María, et. al. *Legislación vigente para el sector privado sin fines de lucro en Argentina*. En: Marco regulador de las organizaciones de la sociedad civil en Sudamérica, op. cit., p. 42. Así, existen diferencias en la estructura, por cuanto en las fundaciones se respeta la voluntad del fundador a ultranza, puede, inclusive constituirse en el eje de toda decisión que se tome, mientras que la asociación es una agrupación surgida de la comunión de voluntades de sus integrantes, que pretende cierta permanencia temporal; en el objeto, que tiene precisión y determinación en cuanto a la formulación de los propósitos fundacionales, sustentándose en la voluntad del fundador, mientras que en las asociaciones no solo no existe imposibilidad legal para modificar el objeto sino que aquella precisión y determinación original cede por una posible formulación más genérica; en el patrimonio, puesto que la característica definitoria de la fundación es la afectación patrimonial, no así en las asociaciones.

[7] Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. En busca de una legislación que fortalezca la participación y acción de la sociedad civil, Memoria del segundo taller regional, San José, 1996, p. 50.

[8] Véase en este sentido el interesante análisis de Fernández Farreres, op cit, pp. 49 y ss.

[9] Oliveira, op. cit. p. 7.

[10] Braga, Gustavo, *et. al. Legislación vigente para el sector privado sin fines de lucro en Brasil*. En: Marco regulador de las organizaciones de la sociedad civil en Sudamérica, op. cit., p. 95.

[11] Belaúnde, Javier de, *et. al. Legislación vigente para el sector privado sin fines de lucro en Perú*. En: Marco regulador de las organizaciones de la sociedad civil en Sudamérica, op. cit., p. 228.

[12] Ley de Asociaciones y Leyes Conexas, anotada y concordada, Ministerio de Justicia y Gracia, Editorial Porvenir, San José, 1991, pp. 47-58.

[13] Apartándose con ello de otras legislaciones que consideran que el nacimiento del ente fundacional se da con el reconocimiento estatal. En este sentido véase, Manavella Cavallero, Carlos. Diagnóstico sobre el status quo de la legislación costarricense sobre las organizaciones sin fines de lucro, Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, 1993, San José, p. 33 (mimeo).

[14] Ibidem.

[15] Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. En busca de una legislación que fortalezca la participación y acción de la sociedad civil, Memoria del primer taller regional, San José, 1995, p. 15.

[16] Véase un interesante debate en Oliveira, Anna Cynthia, O terceiro setor no Brasil: uma agenda para o debate de reformas legais que o fortaleçam, ICNL, 1996, pp. 18, 19 (mimeo).

[17] Wray, Alberto. *Legislación vigente para el sector privado y sin fines de lucro en Ecuador*. En: Marco regulador de las organizaciones de la sociedad civil en Sudamérica, op. cit., p. 173.

[18] Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. En busca de una legislación que fortalezca la participación y acción de la sociedad civil, Memoria del primer taller regional, San José, 1995, p. 41.

[19] Calcagno, op. cit., p. 59.

[20] Las OSC salvadoreñas han manifestado su oposición a ser reguladas por el Ministerio del Interior, consideran que el ente encargado debería ser el Centro Nacional de Registros, dependiente del Ministerio de Justicia y que centraliza los registros públicos, menos el de las asociaciones y fundaciones. Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. En busca de una legislación que fortalezca la participación y acción de la sociedad civil, Memoria del segundo taller regional, San José, 1996, p. 56.

[21] ICNL. Economic Activities of Not-For-Profit Organizations, Regulating Civil Society Conference, Budapest, Hungary, May 1996, p. 5 (mimeo).

[22] Kronawetter, Alfredo Enrique, et. al. *Legislación vigente para el sector privado sin fines de lucro en Paraguay*. En: Marco regulador de las organizaciones de la sociedad civil en Sudamérica, op. cit., p. 200.

[23] Braga, op. cit., p 97.

[24] Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. Marco jurídico que rige a las ONG en Costa Rica. Dossier jurídico, San José, 1995, p. 22 (mimeo).

[25] Baptista, Rosario. *Legislación vigente para el sector privado sin fines de lucro en Bolivia*. En: Marco regulador de las organizaciones de la sociedad civil en Sudamérica, op. cit., p. 74.

[26] Una interesante discusión se da en países anglosajones donde algunos consideran que los derechos individuales a la libertad de expresión, reunión y asociación no necesariamente se aplican a las organizaciones de individuos que se reúnen en el marco de actividades de utilidad pública. En este sentido, véase ICNL. Public Policy Activities of Not-For-Profit Organizations, Regulating Civil Society Conference, Budapest, Hungary, 1996.

[27] Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. Diagnóstico sobre la incidencia en Centroamérica. San José, Costa Rica, 1997 (en prensa).

[28] En este sentido, puede consultarse la Serie "Forjando Culturas Democráticas" de la Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, que presenta once estudios de casos de incidencia política ciudadana en Centroamérica.

[29] Constitución Política de Colombia 1991, Distribuidora de Libros Caasim, Santafé de Bogotá, 1997, p. 31.

[30] Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. En busca de una legislación que fortalezca la participación y acción de la sociedad civil, Memoria del segundo taller regional, San José, 1996.

[31] Baptista, op. cit., p. 66.

[32] ICNL, Public Policy Activities of Not-For-Profit Organizations, op. cit.

[33] Oliveira, op. cit., p. 15.

[34] Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. En busca de una legislación que fortalezca la participación y acción de la sociedad civil, Memoria del segundo taller regional, San José, 1996. En ese mismo sentido, véase Oliveira, op. cit., p. 16.

[35] Oliveira, op. cit.

[36] Baptista, op. cit., p. 78.

[37] Wray, op. cit, p. 185.

[38] Baptista, op. cit., p. 85.

[39] Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. En busca de una legislación que fortalezca la participación y acción de la sociedad civil. Memoria del segundo taller regional, San José, 1990, p. 04.

[40] Ley de Fundaciones 30/1994 de 24 de noviembre, Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, art. 15, p. 20.

REFERENCIAS Y "LINKS" PARA CONSULTA:

Home Page de la Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano

En el Home Page del International Center for Not-for-Profit Law - ICNL:

Marco Regulador de las OSCs de Sudamérica -

⇒ **Elementos para la Consolidación de las OSCs en Sudamérica** (Anna Cynthia Oliveira)

⇒ **Legislación Vigente para el Sector Privado y sin Fines de Lucro**, en:

- ARGENTINA (Luis María Calcagno y María Viviana Fourcade)
- BOLIVIA (Rosario Baptista)
- BRASIL (Gustavo Braga, Paulo Maia, Sebastião Azevedo y Silvio Sant'Ana)
- CHILE (Felipe Viveros)
- ECUADOR (Alberto Wray)
- PARAGUAY (Enrique Kronawetter, Raul Quiñones y Jorge Rolón)
- PERU (Javier de Belaunde y Beatriz Parodi)
- URUGUAY (María Elena Martinez)

O Terceiro Setor no BRASIL: uma agenda para o debate de reformas legais que o fortaleçam (Anna Cynthia Oliveira)

Comentarios a la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro (Decreto No. 894, de 21.11.96) en EL SALVADOR (Anna Cynthia Oliveira)

Public Policy Activities of Not-For-Profit Organizations

Economic Activities of Not-For-Profit Organizations

ANEXO No. 2

Instituto de Desarrollo Económico (IDE) / Unidad de ONGs - Banco Mundial

Simposio Virtual sobre el Marco Regulador de las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSCs)

en América Latina

29 de Septiembre al 10 de Octubre, 1997

Coordinación técnica-jurídica: International Center for Not-for-Profit Law (ICNL)

DOCUMENTO DE INTRODUCCIÓN A LA SALA DE CONFERENCIA #2

(El Régimen Fiscal de las OSCs)

Sobre el Régimen Fiscal de las Organizaciones de Beneficio Publico o como, en realidad, fortalecer la Sociedad Civil

Felipe Viveros

© Instituto de Desarrollo Económico (IDE), Banco Mundial

1. Introducción

El presente texto pretende ser un elemento de motivación del debate que ha de surgir en el marco del Simposio Virtual sobre la Legislación que afecta a las Organizaciones de la Sociedad Civil en América Latina, convocado por IDE / Banco Mundial y preparado por ICNL. En tal sentido, no constituye una reflexión acabada o sistematizada de los temas que aborda, sino que simplemente ensaya notas de trabajo como base para desarrollar un conocimiento que pueda aclarar conceptos e iluminar posibles opciones de políticas públicas y marcos jurídicos adecuados para el desenvolvimiento de las iniciativas organizativas de los ciudadanos.

Un primer elemento digno de considerar es que hablar sobre el régimen fiscal de las organizaciones de la sociedad civil (en adelante OSCs) es, en definitiva, referirse al tratamiento que esta clase de entidades debe recibir de parte del Estado, en tanto éste constituye la autoridad pública que ejerce un poder legítimo de imposición de tributos que, en principio, debe ser aplicado a todos los sujetos en tanto contribuyentes. En ello consiste la llamada potestad tributaria del Estado. No es ésta la oportunidad para exhibir teorías respecto de la justificación de los tributos, siendo suficiente el hecho básico de que los impuestos y, más genéricamente, los tributos, constituyen y han constituido a lo largo de la historia de las naciones la fuente principal de financiamiento de las necesidades de la organización y funcionamiento del Estado. A su turno, el Estado, más allá del actual debate sobre su tamaño y funciones en la sociedad contemporánea y sobre su eventual "maldad" o "bondad" intrínseca, ha sido tradicionalmente el agente integrador de los conglomerados humanos y la institución capaz de encarnar "lo público", entendido esto como el bien, el interés o la utilidad común de dichos conglomerados humanos.

No cabe duda que, en el mundo actual, un planteamiento que defina al Estado como encarnación única de "lo público" no se corresponde con la realidad ni es sostenible conceptualmente. Sin embargo, en nuestros sistemas jurídicos y políticos la referencia a "lo público" ha servido invariablemente para aludir al quehacer y a los intereses inmediatos del Estado. En tal sentido se ha considerado esencialmente pública la defensa de las fronteras y el resguardo de la seguridad interior, la administración de justicia, la organización de una fuerza armada, el cobro de tributos y otras funciones que, modernamente, se han atribuido de modo exclusivo al Estado. Incluso, en las décadas del '30 al '70, los Estados populistas y desarrollistas de América Latina, emuladores del Welfare State del Occidente desarrollado, consideraron "públicos" –o sea, estatales– un conjunto inmenso y heterogéneo de funciones, desde la provisión de servicios tales como salud, educación, vivienda, previsión y asistencia social, hasta la producción directa de determinados bienes a través de empresas estatales. Aún hoy, y pese a fuertes corrientes en contrario, perviven rastros de ese modelo estatal interventor que organizó el desarrollo latinoamericano durante buena parte del siglo XX.

Por otra parte, ahora en el campo jurídico, nuestros sistemas de derecho continental, herederos del modelo español, conciben la producción del derecho también como un monopolio del Estado, toda vez que la creación normativa se efectúa por órganos legislativos que forman parte del Estado,[1] a diferencia de los sistemas de "common law", en que –al menos en su forma clásica– la costumbre, que funda el precedente judicial, tiene un origen difuso, no oficial y, si se quiere, popular.

La identificación o confusión de lo público con lo estatal y lo privado con lo individual es consecuencia del predominio de un paradigma político y jurídico que divide todas las relaciones sociales mediante la dicotomía público-privado sin que sea posible encontrar términos intermedios que maticen la caracterización de dichas relaciones sociales, esencialmente complejas. Siguiendo a los clásicos, desde Locke a Tocqueville, de Adam Smith a Weber y a Marx y Gramsci, hasta Habermas y Claus Offe, la dicotomía entre público y privado sintetiza una distinción básica entre la sociedad política y la sociedad civil, representadas institucionalmente por el Estado y el Mercado. Entre varias correspondencias que podrían hacerse, el Estado –la sociedad política– se caracterizaría por ser un ámbito de desigualdad, dominado por relaciones de subordinación entre gobernantes y gobernados, en tanto el Mercado –espacio propio de la sociedad civil– se caracterizaría por ser un ámbito de igualdad, en el que prevalecerían las relaciones de coordinación entre contratantes formalmente iguales. Jurídicamente, el primer ámbito daría origen al derecho público que vincula al Estado con sujetos que se desenvuelven en torno a las cuestiones públicas, a quienes podemos denominar ciudadanos, mientras que el segundo ámbito daría origen al llamado derecho privado, que vincula a los individuos entre sí en torno a sus intereses particulares, a quienes podríamos denominar, de modo genérico, propietarios.[2]

Un elemento adicional de este paradigma tradicional proviene de la filosofía clásica y se refiere a la distinción entre justicia conmutativa y justicia distributiva. La primera sería aquella que regula los intercambios de bienes y servicios que deben mirarse como de valor equivalente y es propia del derecho privado, ejercido sin coacción a través de los contratos. La segunda sería aquella en la que se inspira la autoridad política para la distribución de los bienes y cargas propios de la vida en sociedad; su objetivo es dar a cada uno lo que le corresponde de acuerdo con ciertos criterios que se estiman prioritarios socialmente: su mérito, su necesidad, su aporte. La justicia distributiva sería propia del derecho público, ejercido por la autoridad a través de la ley, que se impone como expresión de la soberanía.[3] En este punto, es posible

encontrar alguna correspondencia entre lo privado y la justicia conmutativa y entre lo público y la justicia distributiva. A su turno, la potestad de gravar a los ciudadanos con tributos en proporción a su capacidad económica sería también expresión de dicha justicia distributiva.

2. Las nuevas caras de lo público y su financiamiento

Más allá de los elementos mencionados, parece evidente que, en el mundo del cambio de siglo que vivimos, no es posible mantener íntegramente la dicotomía y las correspondencias antes señaladas. Ya en su momento la economía política denunció que la sociedad civil, es decir, el mercado, no era el reino de la igualdad, describiendo las desigualdades que producía y produce hasta hoy la división del trabajo; tampoco existen mercados perfectos y del todo transparentes, permanentemente surgen poderes monopólicos y grupos de interés que producen externalidades en uno u otro sentido, entre las que destacan la deprivación y pobreza de importantes sectores de la población y el deterioro del medio ambiente. El Estado no ha sido unánimemente considerado como el actor único del bien común e, incluso, la historia pasada y reciente ha mostrado con dramatismo una constante de administración ineficiente, burocratismo, aprovechamiento privado, sectarismo, patrimonialismo y corrupción dentro de las estructuras estatales.[4]

Por otra parte asistimos a la proliferación de un fenómeno antes no considerado: los privados se mueven no sólo en procura de maximizar su utilidad, sino también con otras racionalidades concurrentes – lo lúdico y lo deportivo, lo artístico y lo cultural, lo vecinal y lo comunal, lo caritativo, lo solidario y lo filantrópico (sin que todas estas expresiones signifiquen exactamente lo mismo), etc. Hay una gran heterogeneidad y desagregación de intereses "civiles", que constituyen importantes zonas intermedias que desde lo privado interactúan, reaccionan y, hasta cierto punto, toman posesión de lo público, cuestionando el monopolio estatal. Nos encontramos, entonces, con un conjunto de organizaciones que dejan de lado la procura de la ganancia particular que domina su participación en el mercado y pasan a reconocerse más como agentes de bien público, cuya acción contribuye a la satisfacción de las necesidades de la colectividad en su conjunto, con mayor o menor grado de universalidad ("hacia adentro", en las organizaciones de mutuo interés, o "hacia afuera" en las organizaciones de bien público).

Ahora bien, no cabe duda que la potestad tributaria que ejerce el Estado debe mantenerse en la órbita de éste, por cuanto la relación entre el Estado-fisco y los contribuyentes no es sino una expresión particular de la relación entre gobernante y gobernados, en la que éstos se encuentran en la posición de súbditos obligados a concurrir a solventar los tributos y demás cargas públicas, en el marco de un reparto igualitario, proporcional y equitativo, señalado por la Constitución y las leyes.

En el contexto de las transformaciones sociales que estamos presenciando –en que la bandera de lo público se difunde y se superpone entre otros actores sociales y no se concentra sólo en el aparato del Estado y en que, por lo tanto, aquello "público" queda definido ampliamente como lo que concierne a los intereses de la comunidad en su conjunto y a la satisfacción y desarrollo de las necesidades sociales– es importante determinar si el Estado debe estimular la institucionalización de iniciativas de interés público y sin fines de lucro por parte de los ciudadanos y, en caso afirmativo, qué agentes, qué actividades públicas y bajo qué condiciones deben ser financiadas con los recursos que el Estado recauda a nombre del conjunto de la sociedad.

A nuestro juicio, el interés público es un concepto dinámico, tal como lo ha probado la historia y lo reafirma la experiencia reciente en materia de estrategias para el desarrollo. En la actualidad, resultaría impropio adjudicárselo de manera exclusiva y excluyente al Estado. Por supuesto, el Estado –estamos pensando en el Estado democrático– es y no dejará de ser un gestor de primera importancia en el desarrollo, detentador de un conjunto de atribuciones determinadas en materia de regulación, control e, incluso, intervención directa; y que, en definitiva, se encontrará investido de la función legítima y exclusiva de autoridad sobre cada sociedad nacional.[5]

3. Las organizaciones de la sociedad civil y su status tributario

Desde la perspectiva del quehacer social y económico, uno de los cambios que parecen estar operando en el Estado en América Latina se refiere al estímulo que, con mayor o menor fuerza y claridad, se otorga para el surgimiento y proliferación de iniciativas ciudadanas que se plantean objetivos de bien público, y que, en definitiva, cooperan a tareas por cuyo cumplimiento el Estado debe velar de manera irrenunciable, ya sea que las ejecute directamente o las realicen grupos de ciudadanos mediante algún tipo de delegación. Tal estímulo suele concretarse a través de diversas técnicas, siendo las más conocidas la exención directa de impuestos a las organizaciones que realicen funciones de bien público y la deducción de impuestos en favor de contribuyentes que realicen aportes o donaciones en favor de OSCs.

Si bien la noción de OSC cubre genéricamente a un conjunto vasto de entidades sin fines de lucro, todas ellas movilizadas por la prosecución de un interés moral o ideal, es importante advertir que tal denominación comprende a las llamadas organizaciones de interés o beneficio mutuo (por ejemplo, las organizaciones comunitarias y gremiales, los clubes sociales y deportivos, los sindicatos en cierta medida) y a las organizaciones de interés o beneficio público propiamente tales, en las que el producto de las actividades y objetivos propuestos no beneficia a los asociados, fundadores, directores o miembros de la organización, sino a la comunidad o a sectores determinados y significativos de ella, respecto de los cuales existe una justificación razonable para acudir en su ayuda.[6]

Las legislaciones de los países sudamericanos, en general, no hacen la distinción anterior. Sin embargo, en ciertos casos parece estar implícita en la exigencia de reconocimiento como "asociación de utilidad pública" (Ley 125/91 de Paraguay) o en requisitos que habilitan para exonerarse de impuestos: tratarse de "instituciones de educación y asistencia social sin fines lucrativos" (Constitución del Brasil), "instituciones culturales" (Constitución de Uruguay), ser institución de caridad, beneficencia o educación, entre otras (Ley de Impuesto a las Ganancias, Argentina), tener como objeto principal la ayuda a personas de escasos recursos (Ley de Impuesto a la Renta, Chile).

En relación con lo anterior, podría estimarse dudoso que el beneficio consistente en la deducción, por parte de las empresas, de las donaciones que efectúen en favor de las OSCs pueda ser extendido en la misma medida a cualquier clase de entidad sin fines de lucro. En efecto, tratándose de organizaciones de interés o beneficio mutuo, podría pensarse que no habría justificación para que el Estado comparta los esfuerzos que, en este caso, están llamados a hacer en primer lugar los interesados en formar parte de tales organizaciones,

quienes tendrían la carga de sustentar una iniciativa que los congrega en torno a una identidad común y a un beneficio recíproco, aunque éste no sea económico, al menos en lo inmediato.

Sin embargo, visto desde otro punto de vista, es posible pensar que todas las organizaciones sin fines de lucro están en la situación de gozar de una exención general de impuestos establecida por ley y, además, ser beneficiarias de donaciones deducibles o imputables a los impuestos de los contribuyentes, con sólo acreditar fehacientemente la condición básica de no distribuir ganancias entre sus miembros. Podría pensarse que, en este caso, interesa al Estado apoyar a esta clase de entidades, atendiendo al hecho de que su actividad promueve la participación y el enriquecimiento de la vida colectiva y, aún, que es necesaria para el desarrollo económico, social y cultural del país. En virtud de ello, el Estado facilitaría la constitución y el funcionamiento de las OSCs, entre otros medios, dejándolas al margen de los gravámenes generales que afectan a los contribuyentes y permitiéndoles beneficiarse de ciertas franquicias concedidas a terceros por las donaciones que reciban.

En todo caso, respecto de las organizaciones de interés o beneficio público parece claramente justificado que el Estado concurra a su financiamiento mediante la renuncia fiscal parcial que significa aceptar que parte de las donaciones o aportes que hagan las personas o empresas contribuyentes pueda descontarse como crédito, rebaja o gasto contra los impuestos que éstas deben pagar. En esto no hay una verdad inmanente, pero la experiencia de varios países demuestra que existe una cierta tendencia a lo que podríamos llamar el "financiamiento compartido" de las iniciativas de bien público, toda vez que se reconoce el valor de la asociación y acción de los privados en las tareas del desarrollo (unos privados que sí persiguen el lucro y que escogen qué necesidades sociales apoyar y otros privados sin fines de lucro que ejecutan estas tareas – gracias, en parte, a dicho apoyo, complementando o reemplazando la acción del Estado).

Ejemplos de estos mecanismos los podemos encontrar en Brasil, en que las personas naturales pueden deducir de la base imponible de sus impuestos a la renta las donaciones hechas a instituciones filantrópicas, de educación, investigación científica, culturales y artísticas, y tanto las personas jurídicas como naturales pueden deducir sus contribuciones en favor de proyectos culturales.[7] En Paraguay, la ley contempla la posibilidad de deducir del impuesto a la renta las donaciones efectuadas a entidades reconocidas como "de beneficio público".[8] En el caso de Chile, diversas leyes permiten rebajar como crédito contra el impuesto determinado una parte de las donaciones efectuadas en favor de instituciones de educación superior, establecimientos educacionales en general, y organizaciones dedicadas al desarrollo de la cultura y el arte. Siguiendo la misma tendencia, en Perú, la Ley de Promoción de la Inversión Privada en Educación, de 1996, estableció un crédito por las donaciones a instituciones educativas públicas y culturales.[9]

En esta clase de interacción o "asociación" entre el Estado y entidades de la sociedad civil – contribuyentes y organizaciones beneficiarias– es posible apreciar un mejoramiento de la participación ciudadana directa, más allá del esquema clásico de dejar en manos del Estado, como representante de la colectividad, la función exclusiva y excluyente de redistribuir la totalidad de los recursos públicos de acuerdo con sus criterios de bien público.

Evidentemente, estos mecanismos de deducción no pueden importar la disposición por parte de los contribuyentes del cien por ciento del impuesto debido en aras de una engañosa "democracia tributaria". Los ordenamientos constitucionales y legales prohiben que los

contribuyentes dispongan y coloquen los tributos debidos al Estado según su propio arbitrio. A mayor abundamiento, en el contexto de sociedades desiguales como las nuestras, parece que el Estado no puede ser reemplazado por otro asignador de recursos que esté en condiciones de apreciar en conjunto las necesidades de toda la colectividad, con criterios que compatibilicen eficiencia y equidad. Por eso, es aconsejable establecer derechos de crédito, deducción o descuento de impuestos sólo sobre una parte de las donaciones privadas, de manera de dejar salva la capacidad del Estado para atender de manera global las necesidades públicas. Así, en el caso de Chile, la ley de donaciones con fines culturales (Ley 18.895 de 1990) y la ley de donaciones con fines educacionales (Ley 19.247 de 1993) reconocen como crédito directo contra los impuestos debidos el 50% del monto de los aportes hechos por las empresas. A su turno, en Perú, la ya citada Ley de Promoción de la inversión Privada en Educación (Decreto Legislativo No. 882 de 1996) permite imputar como crédito sólo el 30% de los aportes reinvertidos en infraestructura, equipamiento o becas educacionales.

En principio, parece deseable que el conjunto de normas e instituciones que guían los beneficios tributarios de las OSCs queden contenidos en cuerpos legales únicos. Sin embargo, sabemos del desorden y dispersión de nuestros ordenamientos legales, que hacen farragosa y difícil la determinación precisa del régimen jurídico que afecta a las personas y actividades, cualesquiera que éstas sean, más aún en los países en que existen legislaturas provinciales o estaduales o en aquellos en que existen tasas y contribuciones locales o municipales. Tratándose de leyes marco que regulen la existencia y funcionamiento de las OSCs, es posible establecer en ellas exenciones de carácter personal, que atienden al sujeto de que se trata – vale decir, corporaciones, asociaciones o fundaciones sin fines de lucro. Así ocurre en algunas de las legislaciones latinoamericanas, en que el ordenamiento jurídico declara la exclusión de un impuesto por el solo hecho de tratarse de una determinada entidad sin fines de lucro legalmente constituida. Por ejemplo, en el caso de Brasil, Uruguay, Paraguay y Perú, la inmunidad en favor de determinadas organizaciones o instituciones se encuentra consagrada en la Constitución; y en los casos de Ecuador, Bolivia y Chile, entre otros, la exención –referida sólo a ciertos impuestos– es sólo de nivel legal.

Sin embargo, es ilusorio y, quizás, no particularmente útil, que todos los beneficios tributarios de las OSCs se concentren en un único texto legal. Las políticas tributarias de los Estados y las legislaciones en que muchas veces se traducen son dinámicas y cambiantes al punto que hablar de "reforma tributaria" tiene significados múltiples, dependiendo del lugar, época y contexto socio-político que se pretenda aludir.

Sin perjuicio de lo anterior y, en la medida que la situación de las OSCs en América Latina deje de ser considerada una cuestión marginal y propia de alguna emergencia política o económica, es necesario tender a dar estabilidad a las leyes que contemplan beneficios tributarios en su favor y, en lo posible a codificarlas o refundirlas y sistematizarlas en cuerpos unitarios y reconocibles por el público. En la legislación consultada, sólo el caso de Uruguay, con su "Texto Ordenado de Normas Impositivas" de 1991, parece compendiar su normativa tributaria en un sólo cuerpo de leyes.[10] Lo que está en juego en esta materia no es más que un principio elemental de información, conocimiento y comprensión por parte de la ciudadanía de mecanismos facilitadores de su propia expresión e iniciativa dentro del marco amplio de libertades que le granjea el Estado democrático de derecho.

Es un principio consolidado que sólo por ley puede establecerse, modificarse o suprimirse un impuesto. Es decir: la materia tributaria, dentro del orden jurídico, está regida por un principio

de legalidad que, visto desde la perspectiva de los sujetos imperados, constituye una de sus principales garantías contra el abuso o la arbitrariedad.[11] La ley, por el hecho de proceder de un organismo representativo y por estar sometida a una compleja tramitación, donde existen las mayores posibilidades de deliberación y ponderación de factores, es la forma más idónea para la generación de normas tributarias. Por lo mismo, todo lo relativo a beneficios, franquicias y exenciones corresponde que sea regulado también en este nivel de producción normativa.

En lo que atañe a las OSCs en América Latina, tenemos que la inmunidad o exención general de todo impuesto está reconocida a nivel constitucional en Brasil, Paraguay, Perú y Uruguay, con diversos grados de amplitud. El caso más claro es el de Brasil, cuya Carta Fundamental prohibe a los diferentes órganos normativos –federales, estaduales o municipales– "instituir impuestos sobre el patrimonio, los ingresos o servicios de los partidos políticos, incluyendo sus fundaciones, de las entidades sindicales de los trabajadores, de las instituciones de educación y asistencia social sin fines lucrativos, con tal que se cumplan los requisitos que señala la ley".[12]

La referida inmunidad constitucional en favor de las OSCs contrasta con la situación de Chile y de Bolivia en que prima, más bien, una situación de indiferenciación o no privilegio de esta clase de entidades respecto de otros sujetos gravados con impuestos. En efecto, la Constitución chilena establece como un derecho fundamental "la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas"; y la Carta boliviana dispone que los impuestos y demás cargas públicas obligan igualmente a todos, ya sean personas naturales o jurídicas, sin ningún tipo de privilegios.

Sobre este punto, cabe preguntarse si eximir de impuestos a las OSCs, por principio, es o no un privilegio o, dicho de otro modo, si es una diferencia arbitraria que discrimina en contra de los demás contribuyentes. Nos parece que la inmunidad reconocida a nivel constitucional debe ser entendida como un elemento del pacto fundacional de cada sociedad política que la establece, y que obedece a razones suprajurídicas, normalmente fundadas en un determinado modo de apreciar el papel de esta clase de organizaciones en el progreso económico, social y cultural de un país. La otra solución, que hace primar un principio de igualdad tributaria y ausencia de privilegios, enfatiza una técnica que probablemente arriba a resultados similares, toda vez que las entidades sin fines de lucro, por la naturaleza de sus actividades y al menos en lo que se refiere al impuesto a la renta, rara vez se colocan en el supuesto legal que constituye el hecho gravado.[13]

En todo caso, es claro que la inmunidad reconocida a nivel constitucional es mucho más sólida que aquellas exenciones establecidas en el nivel legal. Con todo, podemos afirmar que aún el nivel de la ley conserva un importante grado de estabilidad, agregándose aquí un cierto grado de flexibilidad que requieren los gobiernos en materia tributaria para definir sus propósitos y metas de desarrollo económico. Lo que sí resulta altamente inconveniente es dejar entregada la determinación de una exención a las tendencias únicas o dominantes del Poder Ejecutivo, que pueden conducir al establecimiento de represalias económicas contra los adversarios políticos o de granjerías injustificadas para los partidarios, como retribución ilícita de favores, o, simplemente, al ejercicio arbitrario de una atribución que deja amplio espacio a la discrecionalidad. Un caso problemático es, por ejemplo, el de Paraguay, donde la exoneración impositiva debe ser aprobada por la Subsecretaría de Tributación.[14]

La exigencia de un principio de legalidad de los impuestos, así como de las exenciones y otros beneficios tributarios, puede implicar en la práctica dos alternativas. La primera, que la sola acreditación de la concurrencia de los requisitos legales que lo habilitan permitan a una OSC eximirse de uno o más impuestos, sin más trámite, y sin perjuicio de justificarlo al tiempo de que se vea sometida a una revisión por parte de la autoridad fiscalizadora.

En segundo lugar, una modalidad más intervencionista requerirá no sólo la existencia de un supuesto consagrado en la ley, sino además una resolución o decreto de la Administración. Así, en diversos países, como Bolivia, la exención del impuesto a la renta presunta de las empresas, reconocida por ley, debe ser resuelta por el Administrador Regional de la Renta. O el caso de Chile, en que la exención del impuesto a la renta de primera categoría en favor de entidades benéficas debe ser decretada por el Presidente de la República, a través del Ministerio de Hacienda. Una situación distinta, pero análoga, puede darse en Perú, donde las OSCs interesadas deben inscribirse en el Registro Nacional de Entidades Exoneradas del Impuesto a la Renta, que es administrado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, la que tiene atribuciones para objetar a los postulantes. Mecanismos como los mencionados se explican por la complejidad y dificultad de acreditar que una determinada entidad o las actividades de su giro quedan comprendidas en la hipótesis de exención, prueba que el Estado estaría en difícil posición de producir por sí mismo y que lo colocaría en una cierta desventaja frente a la masa de contribuyentes que se negara al pago espontáneo de sus obligaciones tributarias. Por ello, en este caso la ley presumirá que, en general, todos los sujetos están obligados a pagar salvo que se demuestre lo contrario. Tal presunción sólo tiene un significado procesal que moverá a cada OSC interesada a solicitar, invocando la ley y acreditando documentadamente que cumple los requisitos legales, que se declare la exención en su favor.

Es importante precisar que en este caso no se trata de una mera exoneración administrativa –mecanismo habitual en varios de nuestros países–, sino de una exención legal cuyo reconocimiento debe hacer la Administración para efectos operacionales. María Elena Martínez aclara el sentido de este procedimiento al expresar que el requisito de solicitar a la autoridad competente que se declare la exoneración "no es una concesión de exoneración sino el reconocimiento de la Administración de que la OSC cumple las condiciones exigidas por la Constitución y la ley para ser exonerada".[15] Aunque no podemos dejar de reconocer que esta modalidad puede prestarse para abusos o incorrecciones en la interpretación de la norma, cabe precisar que el fundamento de la exención sigue estando en la ley y que la autoridad administrativa simplemente debe declarar el beneficio para efectos fiscales, de acuerdo a facultades que están perfectamente regladas y no son, en consecuencia, discrecionales. En último término, en estas circunstancias debe existir siempre el derecho de reclamar o apelar ante tribunales independientes e imparciales, dando origen a un procedimiento contencioso-administrativo que resuelva la controversia de conformidad con parámetros legales preestablecidos.[16]

De lo señalado anteriormente, sólo cabe remarcar que la alternativa que debe ser desechada es aquélla que, precisamente, entrega una facultad potestativa a la Administración para eximir o exonerar de todos o algunos impuestos a las OSCs que lo requieran, según su juicio y decisión exclusivos.

4. El impuesto a la renta de las OSCs en Sudamérica

Es posible apreciar que, en prácticamente todos los países sudamericanos de tradición ibérica, las OSCs se encuentran exentas del impuesto a la renta. Así, por ejemplo, en Brasil ello se fundamenta en la inmunidad constitucional que las favorece como del Reglamento respectivo. En Argentina hay exención expresa respecto del impuesto a las ganancias y en Bolivia respecto del llamado impuesto a la renta presunta de las empresas. En Uruguay, la exención procede respecto del impuesto a las rentas de la industria y el comercio como del impuesto a las rentas agropecuarias. Ya hemos visto que en los casos de Bolivia y Chile, existe exención legal, pero para gozar de ella debe realizarse un trámite previo ante la autoridad correspondiente para que sea declarada. En el caso de Perú, la exención tiene como requisito que los estatutos de la OSC beneficiaria señalen expresamente que, en caso de liquidación, su patrimonio se destinará a una entidad de fines semejantes y que no se distribuirán las rentas institucionales entre sus miembros.[20]

Sobre este punto, estimamos que la existencia de tal exención en beneficio de las OSCs que adoptan como estrategia de obtención de recursos el desarrollo de una actividad económica se justifica plenamente, por cuanto los excedentes o utilidades de esa actividad económica están destinados íntegramente a la inversión o gasto en el objeto ideal, no lucrativo, que es la razón de ser de la OSC que practica dicho negocio. Quizás el límite de esta exención debe estar dado por la circunstancia de que tal actividad económica rentable "esté relacionada" con el objeto estatutario, y su producto se invierta íntegramente en la prosecución del mismo. Asimismo, si la actividad comercial se convierte en el quehacer principal de la organización, al punto de desnaturalizar los objetivos con que la ley, la autoridad administrativa y el público la han reconocido, podría estimarse que dicha entidad ya no puede considerarse propiamente como una OSC sino, más bien, como una empresa – si bien, probablemente, "con intención social".[21]

5. El impuesto al valor agregado (IVA) en las OSCs de Sudamérica

En varios países, las actividades lucrativas relacionadas o conexas con el objeto principal de las OSC están afectas a impuestos a las ventas y servicios, impuesto al valor agregado u otro similar. Es el caso de Bolivia, Chile y Perú. Es difícil, desde el punto de vista del interés fiscal, eximir a cualquier sujeto de esta clase de impuestos, pues son, precisamente, los que producen el mayor rendimiento para las arcas del Estado, no obstante su carácter socialmente regresivo.

Con todo, las legislaciones de Argentina, Paraguay y Uruguay contemplan expresamente la exención de este tributo respecto de las ventas o de los servicios realizados por OSCs. En el caso argentino se dice que "se encuentran exentos los servicios prestados por las asociaciones civiles en la medida en que se relacionan en forma directa con sus específicos fines".[22] En el caso uruguayo, se ha señalado que "las OSCs están exoneradas de IVA cuando son ellas quienes enajenan bienes o prestan servicios, pero deben pagarlo cuando adquieren bienes o servicios, porque en este último caso el sujeto gravado no son ellas, sino el enajenante".[23] Sin embargo, este último caso plantea el problema de que este tratamiento ambivalente es, en definitiva, perjudicial para las OSCs pues ellas no retienen el impuesto en las ventas y servicios a sus clientes, mientras que sí se les recarga el impuesto por las ventas

y servicios de sus proveedores. Esto significa que a las OSCs, por sus actividades, no se las considera contribuyentes de IVA y, por ende, no tienen derecho al crédito fiscal correspondiente. El International Center for Not-for-Profit Law (ICNL) discute esta hipótesis en su investigación sobre buenas prácticas en el tratamiento tributario de las OSCs, concluyendo que la mejor alternativa es incluirlas (específicamente, a las OSCs de beneficio público) en el sistema del IVA, pero con una tasa equivalente a cero, teniendo en definitiva el derecho a que se le devuelva el IVA que le recargaron sus proveedores.[24]

En cuanto al impuesto que grava las importaciones y los derechos aduaneros, en general existen normas de exención en países tales como Bolivia, Brasil, Ecuador y Uruguay. Estas disposiciones suelen estar condicionadas a requisitos que aseguren su cabal destinación a los fines no lucrativos declarados, como también a la limitación de transferir el bien importado dentro de un plazo establecido (por ejemplo, después de dos años).

6. Exenciones al impuesto a las donaciones, herencias y legados

Además de las exenciones a los impuestos a la renta, a las ventas (o al valor agregado), a los bienes raíces, a ciertos actos jurídicos (timbres y estampillas), parece de toda lógica que las OSCs sean eximidas legalmente de los impuestos a las asignaciones a título gratuito en los contextos legislativos donde tales impuestos existen. Aunque se trata de un mecanismo tradicional, no es infrecuente que filántropos individuales o empresas decidan, en vida o para después de sus días, constituir alguna especie de OSC, bajo la forma de una corporación o fundación que honre su nombre a través de la realización de fines de bien público. En tal caso, es pertinente que los fondos y bienes valorados que a título de donación, herencia o legado se entreguen para dotar esas instituciones estén también libres de impuestos. Explícitamente, podemos mencionar los casos de Chile y Uruguay donde se contempla esta clase de exención, aunque es importante aclarar que, tratándose de donaciones de los contribuyentes que tienen tratamiento como deducciones contra la base imponible o créditos contra el impuesto, también están exentas del impuesto a las donaciones propiamente tal.

7. Actividades económicas e inversiones de las OSCs

En otro orden de cosas, a nuestro juicio, los intereses devengados por las inversiones que se efectúen en el mercado financiero forman parte de la esencia de la intermediación que realizan los bancos e instituciones financieras y de quienes interactúan en el mercado de valores. Por lo mismo, tal actividad aparece como pieza clave del sistema financiero en un marco de economía de libre mercado, donde los sujetos que invierten tienen una legítima expectativa de capitalización de sus ahorros. En tal sentido, la libertad para efectuar transacciones y percibir rentas de los instrumentos financieros (acciones, bonos, depósitos a plazo, cuotas de fondos mutuos y otros varios) forman parte del orden público económico. Las rentas o utilidades que provienen del capital en sus diversas especies están gravadas por el impuesto a las rentas o ganancias, y no se divisa una justificación suficiente y categórica para que el capital mobiliario en manos de las OSCs pueda ser distinguido y favorecido especialmente respecto del poseído por las demás personas que actúan en el sistema financiero (cómo justificar una exención tal que discrimina, por ejemplo, a las familias que colocan sus recursos en el sistema financiero?).

Este punto es, sin duda opinable y, probablemente existan buenas razones teóricas para eximir a las OSCs del impuesto a las ganancias de sus depósitos u otros capitales colocados en papeles financieros. Ahora bien, si en definitiva tales intereses, dividendos y otros beneficios de esta naturaleza se consideran rentas del capital, las OSCs podrán eximirse del impuesto a la renta de estos capitales si, como norma, están amparadas en sus respectivos países por una inmunidad o por una exención legal respecto de los impuestos a la renta provenientes de su capital.

En algunos países de América Latina las OSCs no están, en principio, habilitadas para desarrollar actividades económicas o empresariales. Precisamente, las leyes y reglamentos que regulan su constitución y funcionamiento y sus estatutos señalan de manera estricta los fines u objetivos de carácter moral, social o ideal y, en definitiva, no lucrativos, que esta clase de organizaciones puede proponerse. Esto puede apreciarse con mayor claridad en los casos en que las OSCs requieren una autorización oficial para existir legalmente u obtener la personalidad jurídica. Sin embargo, esa no autorización para realizar actividades económicas (en el sentido empresarial) no significa per se una prohibición, pues las autoridades tributarias suelen aceptar que bajo la razón social no lucrativa de una OSC pueda abrirse un giro económico o comercial "auxiliar" o "complementario", que cumpla las reglas tributarias de carácter general que gravan a los contribuyentes (llevar contabilidad, hacer declaraciones y pagos periódicos, etc.). La tolerancia de esta actividad está regida por un principio de relación o proximidad de la actividad lucrativa con las actividades habituales de la OSC o por un principio de destinación o reinversión de los ingresos,[25] cuestión que puede ser difícil de medir o fiscalizar adecuadamente, o de administrar, en su caso. Los estudios reunidos en el texto compilado por Anna Cynthia Oliveira avalan este aserto, toda vez que la mayoría señala que sobre esta materia no existen normas expresas y que, por lo tanto, se deben seguir las reglas generales – vale decir: que, en tal caso, las OSCs correrán el riesgo de ser tratadas como empresas, o que se les impute infracciones tributarias y, en definitiva, navegar en medio de una normativa propia de los entes mercantiles que les es ajena y cuya aplicación es vacilante por parte de la autoridad fiscal.[26] Sólo en el caso de Perú se afirma taxativamente que las OSCs "pueden desarrollar actividades empresariales sin limitación alguna, en cuyo caso continuarán exoneradas del impuesto a la renta" en lo referido a actividades directa o indirectamente relacionadas con su objeto social.[27]

8. Donaciones a las OSCs con incentivos tributarios en favor de las empresas

Las donaciones de los contribuyentes con efectos reductores de su carga impositiva parece ser hoy por hoy una de las herramientas claves de la colaboración entre el Estado y los privados con objetivos de desarrollo económico y social, aunque aún no tiene la consistencia requerida en el conjunto de los países de América Latina. Una de las principales herramientas de innovación fiscal y participación de los ciudadanos en el desarrollo social es su posibilidad de elegir, en alguna medida, el destino de sus contribuciones al erario público y, concretamente, las obras de bien público de su preferencia. Siguiendo esta orientación, la legislación tributaria de algunos países sudamericanos contempla mecanismos que permiten a los contribuyentes, sean empresas o personas naturales, efectuar donaciones a cierto tipo de OSCs o de proyectos sociales sin fines de lucro, con cargo a los impuestos que el Estado tiene derecho a recaudar. No existe una regularidad en esta materia, pues tal franquicia tributaria existe con mayor o menor grado de generalidad en los países y hay ordenamientos nacionales donde simplemente no existe.

En términos generales, la franquicia consiste en la posibilidad de que los contribuyentes contabilicen y descuenten de su carga impositiva un porcentaje determinado de las donaciones, normalmente en dinero, que efectúen a organizaciones sin fines de lucro que se propongan objetivos de beneficio público. El grado de extensión, los posibles beneficiarios o destinatarios, el mecanismo concreto de aplicación y el nivel de renuncia fiscal que implica este beneficio varían en cada caso.

Respecto de los países consultados, podemos apreciar que en Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay existen mecanismos de descuento tributario en favor de contribuyentes que hacen donaciones con fines educacionales, culturales o sociales, en general. El grado de extensión del beneficio se relaciona con el impuesto contra el que puede imputarse o hacerse efectivo el descuento en favor del donante. En todas las legislaciones que contemplan mecanismos de este tipo invariablemente se trata de un descuento imputable a los impuestos sobre la renta o las ganancias. Más aún, no siempre pueden optar a participar de este mecanismo todos los contribuyentes, pues hay países que distinguen a las personas naturales y a las jurídicas (por ejemplo, Brasil), sometiendo a unas y otras a regímenes diferentes, o bien, restringiéndolo a sólo las empresas (como en el caso de Chile y Uruguay).[28]

En cuanto a los posibles destinatarios de las donaciones, tampoco es posible encontrar una regularidad en la legislación de los distintos países. A medida que se construye la legislación tributaria, de acuerdo con las opciones y prioridades de distintos gobiernos, se aprecia la preferencia de los mismos por estimular el desarrollo de una u otra clase de instituciones y proyectos. Sin embargo, hay casos en que el destinatario de la contribución es amplio y genérico. Así, en Brasil distintos mecanismos de deducción tienen como requisito que la donación se realice en beneficio de "instituciones filantrópicas, de educación, investigación científica o de cultura, inclusive las artísticas" (Reglamento del Impuesto a la Renta, 1994), o bien, a "organizaciones deportivas, recreativas y culturales constituidas para los empleados de la empresa; o a las instituciones filantrópicas, de educación, investigación científica y tecnológica, de desarrollo cultural o artístico" (Ley 4.506/64).

En Brasil, el tratamiento privilegiado de estas deducciones pasó a exigir que las entidades destinatarias de la donación "provean servicios gratuitos en beneficio de los empleados de la persona jurídica donante o en beneficio de la comunidad"(...) a condición de que hayan sido reconocidas como "entidades de utilidad pública" (Ley 9.249 de 1995).[29] Un mecanismo similar existe en Paraguay, donde las entidades que aspiran a ser beneficiarias de donaciones tributarias de los contribuyentes deben obtener de la autoridad administrativa el reconocimiento de "entidad de beneficio público" (Leyes 125 y 302 de 1991). A su turno, en Ecuador la norma también ha sido construida de manera agregativa, pudiendo aspirar a las donaciones tributarias "las instituciones sin fines de lucro, legalmente constituidas, dedicadas exclusivamente a la beneficencia, cultura, educación, investigación, salud y deporte" (Artículo 16 No. 3 LRTI).

A nuestro juicio, se hace necesario que las legislaciones uniformen el tratamiento tributario de las donaciones en beneficio de entidades con fines sociales o públicos, en general, sin discriminación del campo específico en que tales entidades actúan. Un principio de universalización, no discriminación y pluralismo exige este tratamiento igualitario de parte de la ley. En la práctica, se ha producido un cierto acomodo para que entidades abocadas a diferentes objetivos y ámbitos califiquen como entidades "filantrópicas", "de beneficencia" o,

En síntesis, nos parece que la ley debe fijar parámetros generales y objetivos, dependientes de decisiones consensuales o mayoritarias de largo plazo aprobadas en el parlamento, para los efectos de definir las áreas de actividades que deben beneficiarse con los incentivos tributarios. El contenido de tales reglas han de inspirarse en criterios de interés nacional. Es propio de las leyes tributarias su relativa inestabilidad y el estar sujetas, más que otras normas, a la posibilidad de derogaciones y cambios, de acuerdo con lineamientos de política económica variables que se proponen sucesivos gobiernos, muchas veces compelidos por coyunturas o dictados que, incluso, a veces provienen de fuera de sus fronteras (necesidad de financiar determinados objetivos electorales, crisis internacionales, medidas proteccionistas de comercio exterior, condiciones de los organismos multilaterales, etc).

Por lo anterior, creemos que la ley debe definir de modo amplio y neutral los objetivos de desarrollo económico, social y cultural que sustentan las OSCs como hipótesis que permiten acceder a tales beneficios. Esta amplitud debe incluir tareas de desarrollo social clásicas como la beneficencia o asistencia social en favor de personas y grupos en extrema pobreza, niños, ancianos, discapacitados, o la atención de ciertas enfermedades, servicios habitualmente considerados como claves para una mayor equidad social, como salud primaria y hospitalaria, educación formal, saneamiento urbano y vivienda popular. Pero, además, debe ser inclusiva de elementos que modernamente también hacen parte de un desarrollo humano integral, tales como promoción de la mujer, del medio ambiente, de los derechos del consumidor, de los derechos humanos en general, de sectores vulnerables como grupos indígenas, discapacitados, enfermos de SIDA y otros, cuestiones relativas a la no discriminación, la prevención de la drogodependencia, inmigrantes ilegales, trabajadores informales, microempresarios, el control ciudadano de la probidad, etc. En esta materia, no es conveniente que el Estado –entiéndase, la ley– realice distinciones, las que sí puede hacer la Administración en la ejecución de sus propios programas sociales, estableciendo sus prioridades a través del manejo presupuestario de sus organismos respectivos. Pero, reiteramos, tratándose de incentivos a la cooperación social de los privados, nos parece inevitable e, incluso, deseable, el establecimiento de un virtual "mercado de la cooperación", donde los contribuyentes puedan, ojalá sin restricciones, expresar sus preferencias en materia de ayuda social.

9. Deducciones o créditos contra los impuestos y el problema de la renuncia fiscal

Ahora bien, naturalmente, estos mecanismos de descuento tributario por donaciones suponen una importante renuncia fiscal que las autoridades y los parlamentos que las impulsan y aprueban deben ponderar adecuadamente, teniendo en cuenta los efectos perversos que puede tener el desfinanciar el Estado que, contra el veredicto neoliberal, parece ser aún la institución capaz de integrar al conjunto de la sociedad, con autoridad y legitimidad para definir una visión global de las necesidades sociales a las que debe asignarse prioridad a través del presupuesto público y de otros mecanismos de asignación y transferencia de recursos. Como se señaló más arriba, una engañosa "democracia tributaria" llevada al extremo de entregar a los particulares el total de la decisión sobre la asignación de los recursos tributarios puede llevar a desequilibrios e inequidades mayores que los beneficios que se quiere obtener de esta asociación o "consorcio" del Estado con los contribuyentes. Con todo, una cierta participación directa de los ciudadanos en la determinación del destino de sus impuestos es un elemento que otorga mayor transparencia y un sentimiento de satisfacción en la relación Estado-

como en el caso uruguayo, "culturales" en sentido amplio – y, consecuentemente, sean elegibles como donatarias. También una exigencia práctica hace recomendable un reconocimiento administrativo o un mecanismo de acreditación de carácter genérico, como los contemplados en Brasil y Paraguay, que permitan operar de manera simple en todas las ocasiones concretas en que sea necesario invocar los beneficios establecidos en las leyes, cuidando en todo caso la prescindencia y neutralidad del órgano estatal que realiza este reconocimiento.

En algunos países, llama la atención que los destinatarios preferentes de las donaciones con efectos de descarga tributaria son las instituciones dedicadas a la educación y a la cultura y el arte. En Chile, como se señaló anteriormente, tres leyes especiales contemplan un crédito contra el impuesto determinado, por las donaciones efectuadas, respectivamente: a instituciones de educación superior (Ley 18.681 de 1987); a corporaciones y fundaciones dedicadas a la investigación, desarrollo y difusión de la cultura y el arte (artículo 8o. Ley 18.985 de 1990); y a establecimientos educacionales municipalizados y particulares subvencionados, de enseñanza media técnico-profesional, instituciones colaboradoras del Servicio Nacional de Menores y establecimientos de educación pre-básica gratuitos (Ley 19.247 de 1993). Análogamente, en Perú, la reciente Ley de Promoción de la Inversión Privada en Educación de 1996, ya citada, estableció "un crédito especial contra el impuesto a la renta para las personas perceptoras de rentas en cualquier categoría que otorguen donaciones a las instituciones educativas particulares o a ciertas instituciones con fines culturales, como asimismo a instituciones educativas públicas".[30] En Uruguay, leyes de incidencia tributaria dictadas en 1994 y 1996, integradas en el Texto Ordenado de Normas Impositivas (artículos 46 a 49), señalan como beneficiarios de donaciones a establecimientos de educación primaria, secundaria, técnico profesional, de formación docente, "que atiendan a la población más carenciada", a la Universidad de la República (estatal) y a los establecimientos públicos de educación dependientes de los Consejos de Educación respectivos.[31] En Brasil, las normas que regulan el "Programa Nacional de Apoyo a la Cultura" (PRONAC) contemplan la deducción de contribuciones y la contabilización como gastos operacionales las donaciones aportadas a proyectos culturales o artísticos.[32]

Del panorama recién reseñado, resulta sintomático comprobar que en los países mencionados la inmunidad o la exención está establecida en atención a los objetivos educacionales y culturales de las instituciones destinatarias, aunque en ciertos casos, como Uruguay, este requisito es interpretado y aplicado de manera amplia, a fin de incorporar otras actividades sociales y benéficas. Cabe aquí una consideración de política fiscal: implica lo anterior que la educación y la cultura son prácticamente los únicos ámbitos en que las autoridades consideran plausible la cooperación del sector privado en la gestión del desarrollo? Es evidente que, en estos casos, el Estado ha resignado parte de sus ingresos tributarios con la expectativa de que la educación de los sectores más postergados sea una palanca privilegiada para superar determinados niveles de pobreza, promover el ascenso social y la igualdad de oportunidades. Con todo, quizás vale la pena que los hacedores de política fiscal recuerden el aserto de Pilar Ballarín, en el sentido que "la igualdad de oportunidades educativas viene siendo como la pescadilla que se muerde la cola: se presentará como una forma de corregir las desigualdades sociales cuando son éstas las que impiden que sea posible".[33] Lo anterior parece apuntar a la necesidad de que el Estado no discrimine respecto de los fines sociales y de desarrollo que pretenda impulsar la iniciativa privada y no gubernamental, sin perjuicio de que los gobiernos inviertan eficientemente los recursos de que efectivamente disponen, según parámetros discutidos sobre una amplia base democrática.

contribuyente, que indudablemente posee efectos sinérgicos en las tarea colectiva de la promoción del desarrollo.

Por lo anterior, el criterio, en lo referido a créditos o donaciones deducibles de impuestos, ha de ser de un "financiamiento compartido", donde una cierta proporción de las donaciones (v. gr. el 50% o más, en ciertos casos especialmente calificados) se someta al tratamiento privilegiado, y otra proporción se someta al cálculo normal de determinación de la base imponible o de los impuestos debidos. Es importante considerar que, más allá del significado político de esta división de esfuerzos económicos, los cálculos de matemáticas financieras demuestran que las fórmulas de franquicias tributarias son bastante atractivas y convenientes para los contribuyentes, aunque es un hecho que no son suficientemente conocidos por la generalidad de los posibles contribuyentes donantes ni por sus potenciales destinatarios. Algunos problemas graves detectados en la operatoria de estos mecanismos tienen que ver con el hecho que los departamentos contables y financieros de la mayoría de las empresas habitualmente no contemplan ni personal familiarizado ni los programas informáticos adecuados para procesar esta clase de incentivos. Por su parte, la decisión respecto de qué instituciones u obras sociales, educativas o culturales apoyar depende en gran medida de la cultura y valores de los dueños de las empresas y del trabajo de publicidad y relaciones públicas que muy pocas OSCs pueden realizar en los términos convenientes para llegar al mundo empresarial.

Los mecanismos de descuento tributario no son uniformes entre los países e, incluso dentro de cada país, pues nos encontramos con leyes y fórmulas diferentes, de acuerdo con opciones diseñadas en distintas épocas y gobiernos. Las fórmulas más antiguas suelen ser más engorrosas y menos significativas desde el punto de vista de la renuncia fiscal (por ejemplo, la rebaja de las donaciones con cargo a los gastos previos a determinar la renta líquida imponible). En ocasiones, la complejidad de la franquicia ha hecho imposible su aplicación o, al menos, su difusión entre los posibles contribuyentes a quienes estaba llamada a atraer. Se diría, casi, que en estas materias tradicionalmente se ha legislado con timidez y restricción, de tal modo que a veces el incentivo propuesto ha producido el efecto contrario de desalentar dicha cooperación.

En cuanto a los mecanismos concretos para deducir las donaciones privadas, que han adoptado las legislaciones de los distintos países, es posible distinguir algunos de ellos, de acuerdo con la forma de contabilizar tales donaciones o aportes:

a) Considerar las donaciones como gastos operacionales, lo que redundará en la determinación de una más baja renta líquida imponible como base para el cálculo de los impuestos debidos;

b) Considerar las donaciones como deducciones a efectuar contra la renta líquida o base imponible para el cálculo de los impuestos debidos, lo que, en la práctica, hará reducirse dicha base imponible en términos relativos;

c) Considerar las donaciones como créditos contra el impuesto determinado, lo que redundará en una rebaja directa y ostensible, imputable a los impuestos debidos.

Encontramos ejemplos del primer mecanismo en la legislación brasileña y chilena. Leyes federales del Brasil que se refieren, respectivamente, al fomento de organizaciones filantrópicas, de educación, de desarrollo científico, tecnológico, y cultural en general (Ley

9.249/95), de proyectos culturales y artísticos comprendidos en el Programa Nacional de Apoyo a la Cultura (Ley 8.313/91 y la misma 9.249/95) y al fomento del cine nacional (Ley 8.635/93) operan sobre la base de deducciones del monto de las donaciones hasta un 2% del impuesto determinado antes de efectuada la deducción.[34] La Ley de Impuesto a la Renta vigente en Chile prescribe que serán considerados como gastos necesarios para producir la renta "las donaciones efectuadas cuyo único fin sea la realización de programas de instrucción básica o media gratuitas, técnica, profesional o universitaria en el país, ya sean privados o fiscales, sólo en cuanto no excedan del 2 por ciento de la renta líquida imponible de la empresa o del 1,6 por mil del capital propio de la empresa al término del correspondiente ejercicio". A su turno, la Ley de Rentas Municipales chilena señala en su parte pertinente que "los contribuyentes que de acuerdo con la Ley de la Renta declaren sus rentas efectivas demostradas mediante un balance general y que efectúen donaciones a los establecimientos que se señalan en el inciso siguiente podrán rebajar como gastos las sumas pagadas, para los efectos de determinar la renta líquida imponible gravada con los tributos de la mencionada ley (...) Las donaciones a que se refiere este inciso serán consideradas como gasto sólo en cuanto no excedan del 10% de la renta líquida imponible del donante".[35]

En los casos mencionados, se autoriza a determinada clase de contribuyentes –aquéllos que determinan sus rentas efectivas mediante sistemas de contabilidad fidedigna, v. gr. empresas y otros contribuyentes que llevan contabilidad– para que efectúen donaciones a determinados organismos o para ciertos fines, las cuales pueden ser descontadas como un gasto tributario en la determinación de la renta líquida imponible, hasta ciertos límites (una proporción o porcentaje de dicha renta líquida imponible, del capital propio de la empresa o del impuesto determinado antes de efectuada la deducción).

En segundo lugar, las deducciones de la base imponible constituyen otra forma de materializar la operación de descuento tributario para los contribuyentes que hacen aportes a determinadas organizaciones o fines sociales no lucrativos. En realidad es una forma especial de estimar dichas donaciones como gasto, pero en que la ley misma fija la oportunidad contable en que éste debe hacerse.

Finalmente, el tratamiento de las donaciones como un crédito o deducción directa contra el impuesto determinado constituye una tercera forma establecida por las leyes para estimular los aportes privados a organizaciones, obras o proyectos de beneficio público. Esta clase de franquicias la encontramos en la legislación del Brasil, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Chile, entre otros. Un modelo posible lo da la Ley de Donaciones con Fines Educacionales de Chile (Ley 19.247 de 1990) que, definiendo previamente a donantes y donatarios, señala que tales donantes que hagan donaciones en dinero a los beneficiarios, en las condiciones y para los propósitos que la misma ley indica, tendrán derecho a un crédito equivalente al 50% de tales donaciones en contra de sus impuestos de primera categoría (rentas del capital) o impuesto global complementario (rentas provenientes de diversas fuentes), según sea el caso. Este mecanismo exige que las sumas donadas deben integrar las bases imponibles de los impuestos para el cálculo de dichos tributos, respecto de los cuales procede su rebaja como crédito, y permite que la parte de la donación que no da derecho a crédito sea considerada como gasto operacional.[36]

Merece atención la disposición del artículo 46 del Título 4 del Texto Ordenado de Normas Impositivas del Uruguay, que establece beneficios tributarios a las empresas contribuyentes de los impuestos a la renta y al patrimonio, por las donaciones que hagan para la compra de

ciertos bienes en beneficio de establecimientos educacionales destinados a la población más carenciada. De acuerdo con dicha disposición, el 75% de la donación "se imputará como pago a cuenta de los tributos" y el 25% restante se considerará como gasto de la empresa.[37] Se aprecia que la renuncia al ingreso fiscal establecida en esta ley es proporcionalmente mayor que en el caso anterior.

En fin, la legislación de los países puede establecer –y de hecho ha establecido– mecanismos, naturalmente complejos, para hacer viables las donaciones con efectos de descarga tributaria. La ley, en estos casos, se ha preocupado de asegurar el correcto uso de la franquicia y el destino final de las donaciones a través de diversos procedimientos de certificación de los beneficiarios. La práctica muestra que en algunos de estos procedimientos la administración fiscal tiene gran incidencia, tornando los mecanismos engorrosos y burocráticos. Por otra parte, puede apreciarse que, en el conjunto de los países observados, las leyes de incentivo tributario son de reciente data y, salvo excepciones, se encuentran dispersas sin que los interesados más directos las conozcan suficientemente, constatándose una escasa motivación y habilidad para acogerse a sus beneficios. Ha sido el sector empresarial más dinámico el que ha llevado una práctica más sostenida en esta materia, pero con una escasa diversificación de sus aportes.[38] Aunque esta situación hace posible sostener que en América Latina aún persiste un bajo nivel de cultura de filantropía, ciertas experiencias exitosas de colaboración empresarial y ciudadana permiten augurar un cambio en las modalidades de la acción social en los próximos años.[39]

Tal como se dijo anteriormente, todo mecanismo de participación de los contribuyentes en el financiamiento de iniciativas de bien público con deducción de parte de su carga impositiva implica una cierta renuncia –parcial, por supuesto– del Estado a su expectativa de recaudación de tributos. Sin embargo, es indiscutible que el actual Estado latinoamericano, abocado a regular y arbitrar la actividad de los particulares, más que a intervenir directamente, se ve beneficiado en el cumplimiento de su función de bien común toda vez que la iniciativa privada se apropia de problemas sociales y desafíos públicos.[40] A nuestro juicio, el establecimiento de los límites para la renuncia tributaria o fiscal debe estar dado, de acuerdo con contextos variables en cada realidad nacional, por un criterio democrático que tome en cuenta las necesidades fundamentales de las mayorías pobres y marginadas y los requerimientos de un desarrollo sustentable que no hagan al Estado impotente en la cobertura de las necesidades sociales, que los individuos y las empresas y grupos intermedios no logran o no se interesan por satisfacer.

Lo anterior implica pensar en un Estado con capacidad de impulsar autónoma y activamente políticas de desarrollo social coherentes y sostenidas, que estimulen a su vez las capacidades de desarrollo endógeno de la comunidad, especialmente de los sectores más postergados. Por mucho tiempo, y pese a los intentos privatizadores que a veces exceden lo prudente, el Estado en América Latina continuará ejerciendo un rol importante en el desarrollo económico y social, un rol probablemente distinto al que conocimos en la segunda mitad del siglo XX, pero igual o quizás más determinante en la orientación de dicho desarrollo, en el impulso a las iniciativas del sector privado y de la sociedad civil en general, y en el control y corrección de los efectos disociadores que tienen las fuerzas del mercado cuando son entregadas a su propia dinámica acumulativa.[41]

Es realista pensar que la proporción de recursos fiscales que procuran las OSCs para el cumplimiento de sus fines es bastante reducida en comparación con el volumen global de los

ingresos del Estado. Por lo anterior, y superando las deficiencias técnicas de algunos países que no han podido cuantificar el impacto de medidas de incentivo tributario a los particulares, es posible pensar que la reasignación de los recursos del Estado para fines sociales, implementados a partir de transferencias a organismos de la sociedad civil, es perfectamente factible sin comprometer las funciones fundamentales del mismo. En tal sentido, es importante comparar la situación planteada con áreas del quehacer social que han sido totalmente privatizadas en varios contextos nacionales: salud primaria, educación, previsión social, atención de niños en riesgo social, servicios de utilidad pública, etc.

Es claro que la manera de enfrentar los problemas del desarrollo es distinta en las empresas privadas que en las OSCs, pero el fundamento del traspaso es en ambos casos el mismo: la subsidiariedad del Estado, que delega parte del quehacer bajo consideraciones que permiten estimar el aumento de la eficiencia, la calidad y la cobertura en la provisión de bienes y servicios a la población. Tomando en cuenta lo anterior, los Ministerios de Hacienda o Finanzas de los países deben estar sensibles y alertas a propiciar los equilibrios adecuados entre el presupuesto público de ejecución directa y los beneficios que reporta la transferencia de recursos al sector privado de fines públicos.

10. Control y fiscalización del uso de los beneficios tributarios

La historia ha probado que la eventualidad de ocurrencia de abusos o fraudes es de la naturaleza de la interacción entre el sector público y el privado, sin que ningún sector pueda garantizar inmunidad frente a este problema ni imputar al otro su origen exclusivo. Sin embargo, la corrupción parece ser un fenómeno sintomático de nuestro tiempo, o al menos, en esta época se ha podido develar y adquirir conciencia pública sobre ello en toda su magnitud. En lo que se refiere al manejo de fondos públicos, el criterio fundamental es, evidentemente, el de la máxima transparencia y cuidado de la probidad. En estas materias no puede afirmarse una trayectoria impecable del Estado latinoamericano, razón por la cual es necesario hacer aplicables explícitamente a las OSCs que ejecutan actividades con fondos del Estado (central o descentralizadamente) las normas y medidas de control que actualmente están vigentes o que se pretende mejorar.

El control del uso de recursos tiene distintos niveles. En principio, no debería haber otro control general externo que la información y publicidad de los balances y cuentas de resultado anuales. No obstante lo anterior, parece lógico que el agente que provee recursos específicos, sea un ente público o privado, nacional, extranjero o internacional, pueda supervisar y fiscalizar el uso de los mismos de una manera más atenta y detallada.

Lo anterior es especialmente sensible tratándose de donaciones del público deducibles de impuestos o de fondos gubernamentales o de organismos oficiales bilaterales o multilaterales. A nuestro juicio, la sola naturaleza de las OSCs que realizan su quehacer con recursos provenientes de terceros justifica un cierto control público, lo que no significa un control burocrático y asfixiante ejercido por alguna entidad estatal, sino, en primer lugar, tal como se mencionó anteriormente, el control implicado en reglas sobre información económica y publicidad que sean claras y accesibles.

En segundo lugar, desde la perspectiva tributaria, central en el marco del presente trabajo, debe imperar un tratamiento igualitario en relación con las entidades comerciales que

desarrollan su actividad en el mercado de bienes y servicios. En tal sentido, las OSCs deben tener las mismas obligaciones, y la autoridad de control tributario debe poseer sobre ellas el mismo tipo de atribuciones fiscalizadoras que ejerce sobre las empresas y entes con fines de lucro. Con todo, el distinto carácter de las OSCs en relación con los demás contribuyentes, debería dirigir la mirada de la autoridad a puntos específicos: evitar el lucro o el encubrimiento del mismo; cautelar la sinceridad en el aprovechamiento de los incentivos fiscales; en último término, velar por el interés público involucrado en los diversos mecanismos mediante los cuales se produce transferencia e inyección de recursos públicos en entes que son jurídicamente privados.

En tercer lugar, cabe la posibilidad de existencia de un organismo contralor o superintendente, autónomo y no dependiente directamente del Ejecutivo, que posea facultades inspectivas, ordenadoras y sancionadoras dentro de cierto rango razonable – que no obstaculicen ni hagan imposible la prosecución de las tareas de los entes supervisados. Se trataría de competencias administrativas y no judiciales, esencialmente reclamables ante los tribunales ordinarios de justicia. En términos generales, podría decirse que el ámbito de competencias del organismo público supervisor estaría limitado al control financiero y no a la calificación de las actividades de beneficio público que realicen las OSCs. Es decir, una cautela del origen y destino de los fondos, con el objeto de evitar filtraciones privadas, el encubrimiento del lucro, el "lavado" y la destinación a fines ilícitos. La necesidad de coordinación en esta parte con la autoridad tributaria parece evidente.

Aunque no es tema de este escrito, podría agregarse que entre las funciones de un organismo superintendente o rector de la actividad de las OSCs podría contarse la de otorgar –en los países donde esto no suceda–, de acuerdo con facultades regladas legalmente y no discrecionales, cierto reconocimiento o acreditación que, a modo de un registro público, hicieran presumir legalmente, frente a cualquier autoridad o persona, su condición de entidades sin fines de lucro, exentas de impuestos y potenciales beneficiarias de los incentivos tributarios que la ley concede a los contribuyentes. Acreditaciones de este carácter existen en la legislación de Brasil y Paraguay, entre otros. Una acreditación unitaria permitiría a las OSCs, además, postular y acceder a todos los fondos públicos o del público (sorteos, colectas, subastas de beneficio social, etc.), sin incidir en trámites que suelen duplicarse y multiplicarse en cada concurso o licitación y en cada iniciativa para captar recursos del público.

Respecto de los informes económicos y de actividades de las OSCs, pensamos que se trata de un deber elemental vinculado a la transparencia que debe primar en el quehacer de organizaciones civiles o privadas de fines públicos. Sin embargo, la obligación de emitir tales informes no debe estar necesariamente asociada a las facultades de control por parte del Estado, sino más bien a buenas reglas y prácticas en el contexto de un régimen democrático. Por lo demás, es importante distinguir entre los informes de actividades y los informes económicos, siendo exigibles por la Administración sólo los segundos.

En general, los informes han de estar vinculados a la relación contractual que la OSC tiene con la entidad que contribuye con aportes económicos, sea el mismo Estado o un particular, dentro del Estado (por ejemplo, fundaciones que proveen fondos) o fuera de él (por ejemplo, agencias de cooperación internacional). Aún más, el primer deber de informar íntegra y pormenorizadamente lo tienen las OSCs en relación con sus respectivos asociados, fundadores o miembros y, en este sentido, se levanta como una obligación del directorio u órgano administrador.

Con todo, parece conveniente y necesario que el informe o memoria anual de actividades pueda estar disponible para el común de los ciudadanos en alguna oficina o archivo público. El deber de entregar estos antecedentes formaría parte de la información registral que se acumularía en una especie de "expediente histórico" de la respectiva OSC y no tendría, en principio, una función de supervisión, sino de conocimiento e información. Los casos de Argentina, Chile y Perú, entre otros, muestran facultades intensivas de inspección y control de la Administración sobre el funcionamiento de las OSCs.[42]

En cuanto a los informes económicos, ellos deben referirse exclusivamente a los aspectos financieros, tributarios y contables de la organización y, sin incurrir en exigencias engorrosas e inútiles, debe ser autosustentable en su capacidad explicativa y justificatoria, entregarse de manera regular y uniforme en periodos determinados y sujetos a revisiones eventuales por parte de la autoridad – la que, como se dijo más arriba, es eminentemente la autoridad de control tributario o fiscal, sin perjuicio de que las fuentes y destinos de los recursos, para efectos de prevenir la desviación, tengan un control extratributario, más bien "jurídico", a cargo de un órgano superintendente autónomo u otra figura análoga, que puede estar ubicado en la Administración central o descentralizada, en un ente adscrito a la Asamblea Legislativa o parlamento, o en un órgano colegiado mixto integrado paritariamente por representantes del Estado y de las mismas OSCs.[43]

Para efectos prácticos, la autoridad debería reglamentar y estandarizar el formato de los informes económicos, poniendo de relieve la información que se requiere conocer, junto con la claridad y sencillez de su exposición. Por otra parte, como una medida de hacer más transparentes estos informes, podría disponerse la publicación de un extracto del informe, aprobado por la autoridad, en un periódico de amplia circulación nacional o regional, según los casos. Esta iniciativa, en teoría, debería correr por cuenta de la OSC interesada. Sin embargo, sabemos los altos costos que demandan las inserciones en la prensa y en los medios de comunicación en general. Aunque no contamos con las respuestas para éste y otros problemas propios de nuestra realidad más bien precaria, es necesario dejarlo planteado, pues esta información al público puede ser considerada también como de interés público y, por lo tanto, que sus costos sean cubiertos mediante alguna fórmula simple y apropiada que no vaya en desmedro de la propia organización informante.

A nuestro juicio, las competencias de fiscalización de la autoridad tributaria, más la supervisión de un ente autónomo, complementadas por el deber de brindar la información económica y, para ciertos efectos, la información sustantiva, son, por las razones expuestas más arriba, suficientes medios de control estatal, particularmente en lo referido a los beneficios que la propia colectividad concede a las OSCs a través de la ley. De cualquier modo, y habida cuenta de la inconveniencia y de la incapacidad real de los órganos del Estado para fiscalizar efectivamente, creemos que el criterio fundamental de la supervisión y control debe ser de carácter represivo o ex-post y no preventivo, anticipatorio o ex-ante, pues –al igual que respecto del otorgamiento de la personalidad jurídica en algunos países– se ha demostrado burocrático, ineficiente y dilatorio.

Por último, pensamos que respecto de las OSCs deben primar las mismas normas disciplinarias y sancionatorias existentes para otros agentes sociales. Desde el punto de vista tributario, tales sanciones tienen que ver normalmente con intereses, multas y otros gravámenes pecuniarios en concordancia con la infracción cometida y con el daño fiscal que

ello representa. Creemos que en materias tributarias no debe distinguirse entre la culpa o negligencia y el dolo para efectos de calibrar el monto de las sanciones en dinero, sin perjuicio de que el dolo sea parte constitutiva de un delito tributario al que la ley asigne una pena determinada y, por ende, deba castigarse conforme a ella.

Con todo, y tal como lo exhibe la experiencia de control tributario en diversos países, hasta ahora no se ha podido evitar una cierta discrecionalidad o prudencia de la autoridad impositiva en el ejercicio de su función fiscalizadora. Sería conveniente incorporar una función educadora de parte del órgano fiscal, que le permita en ciertos casos prevenir y corregir fallas u omisiones de los particulares, antes que sancionarlas. Por otro lado, cabe considerar que las relaciones entre el Estado y las OSCs no han de limitarse al solo control de aquél sobre éstas, sino avanzar en espacios de cooperación en que la gestión del desarrollo sea compartida por agentes públicos y privados, comprendiendo dentro de éstos a las empresas donantes, a la organización ejecutora e, incluso, a las poblaciones objetivo. En este sentido, la llamada "auditoría social", propuesta en algunos países de la región, puede constituir una alternativa que complemente y enriquezca los clásicos controles internos y externos que merecen esta clase de organizaciones.[44]

Sobre el Autor:

FELIPE VIVEROS CAVIEDES es abogado y docente en la Universidad Diego Portales de Santiago de Chile, donde ejerce como profesor de Historia del Derecho y de Metodología de la Investigación Jurídica. Como consultor, ha realizado estudios para el Ministerio de Planificación y Cooperación (MIDEPLAN); y, como investigador, se ha especializado en las temáticas de acceso a la justicia, políticas judiciales y relaciones entre derecho y desarrollo social.

NOTAS

1 No podemos entrar en este momento en el debate actual sobre el pluralismo jurídico y, en particular, sobre la posible creación normativa de entes extraestatales.

2 Véase Peña, Carlos: "Las acciones de interés público en el ordenamiento jurídico chileno. Antecedentes dogmáticos y conceptuales"; en González, Felipe (editor): Las acciones de interés público: Argentina, Chile, Colombia y Perú – Universidad Diego Portales, Santiago, 1997, pp. 360-361.

3 Ibid., p. 361.

4 Al respecto, puede recordarse la clásica metáfora acuñada por Octavio Paz, que califica en perspectiva histórica al Estado mexicano y, por extensión al latinoamericano, como el "ogro filantrópico".

5 Sin perjuicio de las normas arancelarias y tributarias comunes o de reciprocidad que ya empiezan a acordar los países entre sí, en el marco de los tratados de libre comercio y de otras formas de integración económica supranacional.

6 Véase esta distinción en *"The tax treatment of not-for-profit organizations. A survey of best practices from around the world"*, documento del International Center for Not-for-Profit Law (ICNL), EUA, 1996, p. 2.

(Disponible en el home page de ICNL: www.icnl.org.)

[7] Véase Braga, Gustavo y otros: "Legislación vigente para el sector privado y sin fines de Lucro en Brasil" ; en Oliveira, Anna Cynthia (editora), Marco Regulador de las Organizaciones de la Sociedad Civil en Sudamérica – ICNL / Esquel Group Foundation / BID /PNUD (EUA, 1997), pp. 104-105. En general, y salvo que se indique otra cosa, las referencias legislativas empleadas en este artículo han sido tomadas de este libro.

[8] Véase Kronawetter, Alfredo y otros: "Legislación vigente para el sector privado y sin fines de lucro en el Paraguay" – ibid., Oliveira, p. 210.

[9] Véase Belaunde, Javier y Parodi, Beatriz: "Legislación vigente para el sector privado y sin fines de Lucro en el Perú" – ibid., Oliveira, p. 242.

[10] Véase Martínez, María Elena: "Legislación vigente para el sector privado y sin fines de lucro en Uruguay" – ibid., Oliveira, pp. 271 y ss.

[11] Véase Araneda Dörr, Hugo: Finanzas Públicas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980, pp. 167 y ss.

[12] Braga, Gustavo y otros: art. cit., en Oliveira, op. cit., p. 102.

[13] Sin perjuicio de realizar actividades económicas cuyo rendimiento se destina íntegramente en el cumplimiento de los objetos estatutarios de las OSCs que las emprenden. Sobre este tema, que ya se debate intensamente en otros países, puede consultarse ICNL, *"Economic activities of not-for-profit organizations"*, documento preparado para la Conferencia sobre Regulación de la Sociedad Civil, Budapest, Mayo 1996.

[14] Kronawetter, Alfredo y otros: "Legislación vigente para el sector privado y sin fines de lucro en el Paraguay" – ibid., Oliveira, p. 209.

[15] Martínez, M. Elena: "Legislación vigente para el sector privado y sin fines de lucro en Uruguay" – ibid., Oliveira, p. 272.

[16] Lamentablemente, no podemos dejar de consignar que en la mayoría de nuestros países la OSC postulante y, en general, los contribuyentes, están expuestos a la discrecionalidad de la administración tributaria, con escasas posibilidades de acceder a procedimientos administrativos transparentes, equitativos e igualitarios.

[20] Belaunde y Parodi: art. cit., en Oliveira, op. cit., p. 240.

[21] La experiencia comparada ha comenzado a comprender dentro del amplio espectro de las organizaciones de la sociedad civil a las denominadas "empresas sociales", como agentes diferenciados de las asociaciones de carácter comunitario y de las ONGs (organizaciones no gubernamentales) propiamente tales. Véase, al respecto, el desarrollo de esta materia en países como Italia, Suiza, Alemania.

[22] Calcagno, Luis M. y Fourcade, M. Viviana: "Legislación vigente para el sector privado y sin fines de lucro en Argentina" – en Oliveira, op. cit., p. 57.

[23] Martínez, M. Elena: art. cit., en Oliveira, op. cit., p. 274.

[24] Véase ICNL: *"The tax treatment of not-for-profit organizations. A survey of best practices from around the world"*, art. cit., pp. 1 y 14 y ss.

[25] Véase ICNL: *"Economic activities of not-for-profit organizations"*, art. cit., pp. 9 y ss.

[26] Véase al respecto, en Oliveira, Marco Regulador de las Organizaciones de la Sociedad Civil en Sudamérica (op. cit.), los casos de Brasil (p. 104), Chile (p. 139), Paraguay (p.210) y Uruguay (p. 275).

[27] Belaunde y Parodi: art. cit., en Oliveira, ibid., p. 242.

[28] En Chile, distintas leyes exigen que podrán postular a esta clase de descuentos los contribuyentes que tributen en primera categoría, declaren sus rentas efectivas y determinen sus ingresos mediante contabilidad completa. En el caso de Uruguay, pueden acceder a la franquicia, en las condiciones que señala el artículo 46 del Texto Ordenado de Normas Impositivas, las empresas contribuyentes del impuesto a las rentas de la industria y el comercio y del impuesto al patrimonio. Véase Viveros, Felipe: "Legislación vigente para el sector privado y sin fines de lucro en Chile", p. 139 y ss.; y Martínez, M. Elena: "Legislación vigente para el sector privado y sin fines de lucro en Uruguay", p. 276 – en Oliveira, op. cit., 1997.

[29] Véase un interesante debate sobre el régimen de incentivos vigente en Brasil en Oliveira, Anna Cynthia: *"O terceiro setor no Brasil: uma agenda para o debate de reformas legais que o fortaleçam"* (Capítulo 5-B) – documento preparado para el organismo brasileño *Conselho Comunidade Solidária*, 1996 (en prensa).

[30] Véase Belaunde y Parodi, art. cit., en Oliveira, Marco Regulador de las Organizaciones de la Sociedad Civil en Sudamérica (op. cit.), p. 242.

[31] Véase Martínez, M. Elena: art. cit., en Oliveira, ibid., p. 276.

[32] Braga, Gustavo y otros: art. cit. en Oliveira, op. cit., p. 104-105.

[33] Ballarín Domingo, Pilar: "Oportunidades educativas e igualdad", en Valcárcel, Amelia (compiladora) y otros: El concepto de igualdad, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994, p. 173.

[34] Es importante consignar que bajo la vigencia de la anterior Ley 4.506/64, que regulaba la materia y derogada en 1995, el límite máximo de las donaciones computables como gasto operacional era del 5% del impuesto determinado antes de efectuada la deducción, habiéndose producido, en consecuencia, un deterioro en el incentivo en favor de los contribuyentes y en el monto del beneficio para las OSCs brasileñas. Ver Braga, Gustavo y otros, art. cit., en Oliveira, op. cit., p. 105 y, especialmente, las notas de la editora, p. 113. Ver Oliveira, Anna Cynthia: *"O terceiro setor no Brasil: uma agenda para o debate de reformas legais que o fortaleçam"*, art. cit. (nota 29).

[35] Véase el artículo 31 No. 7 de la Ley de Impuesto a la Renta (Decreto-Ley No. 824 de 1974) y el artículo 47 del Decreto-Ley 3.063 de 1979 (Ley de Rentas Municipales). Una exhaustiva explicación oficial del funcionamiento práctico de estos incentivos por donaciones puede encontrarse en la Circular No. 24, de 1993, del Servicio de impuestos Internos, publicada en Revista Impuestos No. 31, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, Mayo 1993, pp. 76 y ss.

[36] Anteriores leyes chilenas de incentivo tributario, construidas sobre los mismos principios (Ley 18.861 de 1987, de Donaciones a Universidades e Institutos Profesionales, y Ley 18.895 de 1990, de Donaciones con Fines Culturales), no permiten que el saldo de la donación que no da derecho a crédito fiscal (en estos casos, el otro 50%) sea computado como gasto necesario para producir la renta.

[37] Véase, Martínez, M. Elena: art. cit., en Oliveira, Marco Regulador de las Organizaciones de la Sociedad Civil en Sudamérica (op. cit.), p. 276.

[38] Es posible constatar una evidente influencia del "marketing", que opera una retroalimentación entre grandes empresas e iniciativas sociales y culturales que ya tienen un prestigio adquirido y cierta consolidación institucional. Las primeras buscan posicionarse en las preferencias del público, ayudándose a través de aportes "benevolentes" que les otorgan gran visibilidad e importantes dividendos publicitarios. Puede advertirse en este fenómeno una especie de círculo cerrado que cautiva los recursos y excluye la entrada de la mayoría de las OSCs que actúan en espacios de menor impacto público.

[39] Véase, al respecto, Luna, Elba (compiladora) y otros: Fondos privados, fines públicos. El

empresariado y la iniciativa social en América Latina. GADIS (Grupo de Análisis y Desarrollo Institucional y Social) / Espacio Editorial, Buenos Aires, 1995.

[40] Véase, Oliveira, Anna Cynthia: "Elementos para la consolidación de las OSC en Sudamérica", en Marco regulador de las Organizaciones de la Sociedad Civil en Sudamérica (op. cit.), p. 10.

[41] La función reguladora del Estado se aparta de una concepción meramente prescindente ante la actuación de los mercados libres. Dentro de tal función reguladora es posible incluir la fijación de estándares sobre productos y procesos productivos, control de los mismos, difusión de la información, provisión de normas antimonopólicas, fijación de tarifas que garanticen el acceso a determinados servicios, control de precios en casos excepcionales, asignación de fondos a iniciativas de beneficio social, regulación de empresas privadas de utilidad pública, etc.

[42] En el caso argentino, la Inspección General de Justicia posee amplias atribuciones de fiscalización y control sobre las OSCs, conferidas por la Ley Orgánica 22.315. En el caso chileno, las facultades del Ministerio de Justicia, de acuerdo con normas amparadas en el Código Civil, pueden llegar a la cancelación de la personalidad jurídica de una corporación o fundación. En el caso peruano, las organizaciones no gubernamentales de desarrollo deben inscribirse en el Registro respectivo (ONGD-PERU) como receptoras de Cooperación Técnica Internacional, por el cual quedan obligadas a presentar información sobre sus actividades, fuentes de financiamiento y aplicación de sus recursos. Aunque en varios de estos casos la supervisión es sólo virtual y no se ejerce prácticamente, su sola posibilidad abre la puerta a la discrecionalidad y abusos por parte del Estado. Véase Calcagno, Luis y Fourcade, M. Viviana, art. cit., pp. 53 y ss.; Viveros, Felipe, art. cit., pp. 134-135; y Belaunde, Javier y Parodi, Beatriz, art. cit., p. 238 – todos en Oliveira, Anna Cynthia (editora), Marco Regulador de las Organizaciones de la Sociedad Civil en Sudamérica, op. cit., 1997.

[43] Véase Antezana, Paula: "Estableciendo el contexto. Algunas consideraciones en torno a la revisión del marco legal que regula a las ONG", Memoria del II Taller Centroamericano: En busca de una legislación que fortalezca la participación y acción de la sociedad civil – Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, San José, 1996, p. 37.

[44] Antezana, Paula: art. cit., ibid., p. 38.

REFERENCIAS Y "LINKS" PARA CONSULTA:

Home Page de la Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano
(www.arias.or.cr/documentos)

En el **Home Page del International Center for Not-for-Profit Law - ICNL:**
(www.icnl.org)

Economic Activities of Not-For-Profit Organizations

Provisions of the US Tax Laws affecting not-for-profit organizations
(www.icnl.org/taxlaws.html)

Marco Regulador de las OSCs en Sudamérica -

⇒ **Elementos para la Consolidación de las OSCs en Sudamérica** (Anna Cynthia Oliveira)

(www.icnl.org/sabook4.html)

⇒ **Legislación Vigente para el Sector Privado y sin Fines de Lucro**, en:

- **ARGENTINA** (Luis María Calcagno y Maria Viviana Fourcade) (www.icnl.org/argent.html)
- **BOLIVIA** (Rosario Baptista) (www.icnl.org/boliv3.html)
- **BRASIL** (Gustavo Braga, Paulo Maia, Sebastião Azevedo y Sílvio Sant'Ana) (www.icnl.org/brazil1.html)
- **CHILE** (Felipe Viveros) (www.icnl.org/chile1.html)
- **ECUADOR** (Alberto Wray) (www.icnl.org/ecuado1.html)
- **PARAGUAY** (Enrique Kronawetter, Raul Quiñones y Jorge Rolón) (www.icnl.org/paragu1.html)
- **PERU** (Javier de Belaunde y Beatriz Parodi) (www.icnl.org/peru1.html)
- **URUGUAY** (María Elena Martinez)

O Terceiro Setor no **BRASIL**: uma agenda para o debate de reformas legais que o fortalecam (Anna Cynthia Oliveira) (www.icnl.org/thestudy.html)

ANEXO No. 3

Instituto de Desarrollo Económico (IDE) / Unidad de ONGs - Banco Mundial
Simposio Virtual sobre el Marco Regulador de las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSCs)
en América Latina
29 de Septiembre al 10 de Octubre, 1997
Coordinación técnica-jurídica: International Center for Not-for-Profit Law (ICNL)

DOCUMENTO DE INTRODUCCIÓN A LA SALA DE CONFERENCIA #3

LA COOPERACIÓN ENTRE EL GOBIERNO, LAS EMPRESAS Y LAS OSCs

Fernando Rojas

© Instituto de Desarrollo Económico (IDE), Banco Mundial

I. Origen y Razón de Ser de las Alianzas Tripartitas entre Gobierno, Empresas y Organizaciones de la Sociedad Civil[1]

1. Las alianzas[2] nacieron de la necesidad de elevar la eficiencia en la producción de bienes y servicios de interés común o de producir más y mejores servicios, especialmente en el campo del alivio de la pobreza y, de manera más general, del gasto social. Mediante las alianzas entre gobierno, empresas y organizaciones de la sociedad civil (OSCs), grupos u organismos públicos y privados, interesados por razones particulares a cada uno de ellos en la producción asociada de un bien o servicio de interés general, juntan recursos humanos, técnicos, físicos o financieros y comparten los riesgos de la producción y distribución. Cada grupo de participantes interviene con la expectativa de realizar su misión o de obtener beneficios particulares que justifiquen tanto sus aportes a la producción del bien o servicio como su inversión de tiempo o recursos en la conformación y el mantenimiento de la alianza.

2. Las alianzas han comenzado a llenar un vacío y están aprovechando una oportunidad. El vacío, que no se había descubierto hasta hace poco tiempo, resulta de las limitaciones de cada uno de los tres principales mecanismos o actores conocidos hasta ahora para asignar recursos y combinarlos productivamente: el mercado, el Estado y las empresas. La oportunidad es la reforma de las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, especialmente en lo que respeta a la participación ciudadana y a la descentralización de recursos y de competencias.

> Las alianzas han garantizado, por ejemplo, un cierto nivel de provisión de agua en las municipalidades de baja población del Paraguay. El gobierno nacional, a través de CENASA, ofrece estímulos a la formación de cooperativas entre los usuarios o beneficiarios del servicio. Los usuarios son generalmente residentes y pequeños o medianos agricultores o ganaderos. Las cooperativas se convierten en gestoras de un servicio que de otra manera el Estado no es capaz de producir directamente.

3. Las alianzas tripartitas superan las limitaciones de cada uno de los tres mecanismos o actores tradicionales individualmente considerados. Las razones, los factores y los frentes de esta superación se expresan a continuación.

a) En primer lugar, las alianzas superan el modelo tradicional o normativo de división de tareas y de intervención del Estado, que concentraba en el sector público todas las decisiones y todas las tareas (planeación, financiación, ejecución, etc.) dirigidas a la producción de bienes y servicios de interés común o cuyos beneficios no podían fraccionarse o no eran susceptibles de apropiación individual. Este rol tradicional del sector público anidaba los vicios del autoritarismo y el clientelismo y llevó frecuentemente a la ineficacia y a la ineficiencia en la producción de bienes y servicios de interés común. Ineficacia e ineficiencia alimentaban a su turno la resistencia de los contribuyentes y el resultado de conjunto era una producción de bienes y servicios colectivos por debajo de las necesidades y las aspiraciones de la sociedad civil y del potencial de contribución voluntaria de ésta para la producción de bienes y servicios públicos.

Se ha hecho entonces necesario cambiar o complementar el rol del Estado de manera que otros actores sociales interesados en la producción de bienes y servicios públicos participen en ella. El enfoque de participación y concertación abre paso a las alianzas entre el Estado, las organizaciones de la sociedad civil (OSCs) y las empresas. Es un enfoque posible y deseable para enfrentar el reto de combatir la pobreza y apoyar el desarrollo de los países mediante la ampliación voluntaria del ahorro y la inversión, la reducción de los costos de producción y distribución y la innovación en la forma de producción de los bienes y servicios básicos.

Hasta hace poco tiempo ningún nivel de gobierno respondía por el mantenimiento de escuelas primarias o puestos de salud en Nicaragua. El presupuesto nacional no incluía partidas para el mantenimiento de las escuelas o los puestos de salud construidos por el Fondo de Inversión Social de Emergencia, los cuales representan la mayor inversión efectuada por el Estado nicaragüense en los últimos ocho años. El costo de la reposición prematura de esta infraestructura ha sido estimado en US$ 6 millones de dólares al año.

A partir de 1997, el Gobierno Nacional ofrece fondos de contrapartida a las municipalidades que convengan un plan de mantenimiento con las comunidades de padres y usuarios y que aporten unas ciertas proporciones de los costos de ejecución del plan. El resultado ha sido sorprendente: todas las municipalidades consultadas han movilizado sus comunidades y entre unos y otros se han comprometido a aportar sumas que exceden frecuentemente los valores de contrapartida requeridos por el Gobierno Nacional.

b) En segundo lugar, las alianzas tripartitas superan también el automatismo del mercado y la expectativa de que los actores privados, motivados por fines de lucro individual, produjeran gradualmente o por cuentagotas la reducción de la pobreza. De hecho, el recurso exclusivo al mercado profundiza generalmente las desigualdades y acentúa la marginación. Además, en la práctica, muchos países han tenido dificultades para crear las condiciones requeridas por el mercado. Finalmente, el mercado no es mecanismo eficaz para movilizar recursos hacia ciertas áreas de ahorro e inversión que conjugan los intereses individuales y los colectivos y que presuponen la capacidad de identificar, movilizar y controlar colectivamente los recursos sobre bases de concertación o negociación.

El punto nodal o nicho de ventajas comparativas de las alianzas es aquel en el cual cada una de las partes de la alianza está dispuesta a sufragar en todo o en parte los costos de la

producción de un bien o servicio, a pesar de que este bien o servicio beneficie también a terceras personas. Y ello lleva a las partes a buscar activamente la participación de todos los grupos o entidades potencialmente interesados, de manera que costos y riesgos se distribuyan más ampliamente en la sociedad.

Las alianzas entre el Estado y las OSCs, o entre ambos y las empresas privadas[3], involucran las organizaciones de la sociedad civil y valorizan sus iniciativas como la veta principal de riqueza del nuevo paradigma. La idea subyacente a todo lo largo del nuevo enfoque es la participación social: múltiples actores interesados (stakeholders) intervienen en la construcción colectiva de la riqueza común.

Este punto nodal sienta las bases de interés y de compromiso de las partes sobre las cuales se está construyendo gradualmente un nuevo tipo de contratos, capaces de satisfacer la expectativa de cada uno de los participantes y, al mismo tiempo, de elevar la riqueza y el bienestar del conjunto social.

El programa PRODEL, que se lleva a cabo en cinco ciudades del Noroeste de Nicaragua, construye infraestructura urbana en los barrios más pobres de estas ciudades. El programa conjuga fondos, equipos, trabajo y materiales de los gobiernos nacional y local y de las comunidades beneficiarias. Cada uno de los vecinos vigila el aporte efectivo de los demás y entre todos ellos demandan el cumplimiento de los compromisos de la municipalidad. A su turno, municipalidad y comunidades exigen la colaboración eficaz y oportuna de los institutos descentralizados del nivel nacional responsables del agua y saneamiento o de la pavimentación e iluminación de vías.

c) En tercer lugar, la noción de participación aplicada por el nuevo enfoque supera la idea de la participación indiscriminada de ciudadanos iguales en condiciones iguales, tal como ocurre en el mercado o en los procesos de elección de autoridades estatales. La nueva participación se basa en la misión o en la vocación de los participantes en las alianzas, en sus preferencias y en sus ventajas comparativas, en su voluntad y su capacidad real de contribución. Esta noción de participación presupone un análisis estratégico para asignar papeles específicos. Se trata de actores reales, con poderes, debilidades y oportunidades distintas; no cabe aplicar reglas generales, impersonales y abstractas sino de ajustar la figura institucional a los intereses de las partes, de manera semejante a como se conforma una sociedad de personas, es decir, en atención a la calidad y a los aportes específicos de cada uno de sus miembros[4].

El tejido estratégico de una alianza requiere las más de las veces de agentes promotores capaces de identificar y articular los distintos intereses. Son agentes creativos, especializados, con habilidades singulares para la identificación de prioridades, la negociación y la convocatoria y movilización de las partes. Estos agentes son usualmente Organizaciones No Gubernamentales, ONGs; pero hay casos en los que las empresas privadas o autoridades subnacionales que gozan de natural ascendencia sobre los ciudadanos operan como promotores.

La ciudad de Cali, en Colombia, se distingue por la promoción que sus grandes empresas hacen para la conformación de alianzas con OSCs y con los gobiernos local y regional. Las alianzas promovidas cubren sectores tan diversos como la salud, la educación, la recreación y la cultura, la protección del medio ambiente, la construcción de vivienda social, la creación de microempresas y el estímulo a los pactos entre los pequeños y los grandes empresarios, etc.

Las partes de la alianza y la sociedad entera tienen interés en el desarrollo de estos agentes y aprenden paulatinamente las maneras de financiarlos y de controlarlos sin constreñir su iniciativa o su creatividad.

Las empresas privadas y los tres niveles de gobierno (nacional, departamental, municipal) juntaron recursos para pagar una ONG especializada en la promoción de alianzas para la recuperación de niños de/en la calle en la ciudad de Barranquilla, Colombia, entre 1995 y 1996. Si bien fue especialmente difícil para las entidades gubernamentales (especialmente el Instituto de Bienestar Familiar, del nivel nacional) efectuar transferencias a una ONG privada, finalmente se encontró la manera de transferirle legalmente fondos públicos.

d) En cuarto lugar, la nueva noción de participación supera también la tradición del concurso ciudadano para los fines de apoyar un interés abstracto o ajeno como lo pueden ser el gobierno de turno o el sistema institucional vigente. La nueva participación parte de la base de intereses individuales concretos aunque divergentes y de la necesidad de hacer explícitos o transparentes los conflictos de interés para llegar a la convergencia negociada. La nueva participación requiere esencialmente de la expresión de los intereses de las partes y desarrolla métodos para identificar y expresar y movilizar esos intereses. Trata a los participantes como partes interesadas, de manera que cada uno de ellos tenga demandas sobre los demás y vigile los aportes de las otras partes. La telaraña de intereses de distinto color crea una dependencia mutua que anima el control automático entre las partes.

Las alianzas están dando lugar a modalidades eficaces y eficientes de control mutuo entre los actores públicos y privados de los niveles local y regional.

Las municipalidades de Nicaragua no tienen contraloría propia y la Contraloría General de la República difícilmente alcanza a auditar, de oficio, una fracción de las 145 municipalidades cada año. La alianza entre los varios niveles de gobierno y las comunidades locales para el mantenimiento de escuelas y puestos de salud ha involucrado la Contraloría, de manera que ahora ésta confía en el control social o ciudadano y espera que los mismos actores locales remitan a ella casos fundamentados de desviación de fondos o de ineficiencia en la producción del mantenimiento.

e) En quinto lugar, a través de las OSCs, las alianzas tripartitas incorporan actores de la sociedad civil que habían sido hasta ahora externos a los programas de lucha contra la pobreza o sujetos pasivos de ellos. Su incorporación es prenda de garantía del interés de los beneficiarios, mecanismo de captación de su contribución potencial y canal de apropiación que asegura la sostenibilidad de los programas y de sus realizaciones. Las OSCs aportan información que sería muy costoso obtener de otra manera, realizan labores especializadas de promoción, movilización y organización y proponen soluciones innovativas frente a los nuevos retos.

El programa EDUCO, para la participación de las OSCs de El Salvador en la gestión de la educación pública, ha conseguido involucrar –por vez primera– los padres de familia en la selección, el control y la evaluación de los maestros y en el mantenimiento y mejoramiento de las aulas escolares.

f) En sexto lugar, las alianzas tripartitas aprovechan la oportunidad de la creciente descentralización del Estado en toda América Latina. La descentralización acerca el gobierno a las demandas y prioridades de la sociedad civil, ajusta el tamaño de los gobiernos centrales a su nuevo papel, habilita los gobiernos locales y regionales para que asuman nuevos retos y responsabilidades y, por conducto de las administraciones territoriales, llama a las empresas y las OSCs para que tomen iniciativas de gestión conjunta con los gobiernos en los campos de la educación, la salud, el medio ambiente o el desarrollo económico.

Ya son muchos los casos de gobiernos locales que consultan las prioridades de las OSCs y destinan efectivamente recursos públicos para que ellas mismas o terceras entidades (privadas o mixtas, es decir, público-privadas) presten los servicios demandados por las comunidades. Sobresale entre todos ellos, por su continuidad, su institucionalidad y su depurada metodología, el llamado presupuesto participativo de Porto Alegre, Brasil.

De hecho, las prioridades identificadas por las comunidades están llevando a identificar bienes, servicios o formas de gestión los mismos que eran hasta ahora insospechados para el gobierno central o federal: la construcción del estadio de fútbol mediante contribuciones voluntarias en la ciudad de Manizales (Colombia), la participación comunitaria en la financiación y la construcción de la infraestructura urbana en Tijuana (México), Valledupar (Colombia) o Villa Elisa (Paraguay), la concertación para la planeación intersectorial y la elevación de la competitividad de la ciudad en Mendoza (Argentina), el embellecimiento urbano en Chacao (Venezuela) o Curitiba (Brasil), las modalidades participativas de reciclaje y recolección de basuras y protección del medio ambiente en Belo Horizonte (Brasil), la participación ciudadana para la protección de la niñez de la ciudad en Ceará (Brasil), La Florida (Chile) o Estelí (Nicaragua), etc., etc.

II Premisas y propósitos de esta presentación

4. El nuevo perfil de promoción, orientación, estructuración y coordinación alcanzado por el sector público ha sentado las bases para el surgimiento de las alianzas tripartitas. Las alianzas capitalizan todo el entorno favorable que se ha creado en las últimas décadas para conseguir una relación más íntima y más consensual entre el Estado y la sociedad civil o para construir una democracia participativa.

Tomó mucho tiempo para que los gobiernos se dieran cuenta de que existía una enorme resistencia tributaria de parte de los contribuyentes y que la ciudadanía desconfiaba de la manera como el municipio, los estados, la nación o la unión asignaban y utilizaban los recursos del presupuesto. Cuando esta percepción se hizo saber común, los gobiernos aceptaron su nuevo papel de orientadores, promotores, reguladores, facilitadores, coordinadores y evaluadores. Entonces encontraron en las alianzas con las empresas y las OSCs el vehículo adecuado para producir los bienes y servicios que demanda la comunidad. Y encontraron también que los gobiernos locales estaban en mejor capacidad de identificar los recursos que cada uno de los miembros potenciales de la alianza podían aportar a ella.

5. Las alianzas están ocurriendo ya, si bien de manera todavía pionera, casi experimental, aisladas o individuales, de cobertura apenas parcial o sectorial, generalmente en el nivel local y muchas veces en pequeña escala. Pero suficientes para aprender de las experiencias en curso e identificar vías para ampliarlas y profundizarlas.

La orientación y el proceso seguidos para la restructuración de los fondos de inversión social dan cuenta del potencial de las alianzas. Estos fondos, creados para compensar el impacto de los programas de ajuste estructural sobre los grupos de menores ingresos, venían operando hasta ahora bajo procedimientos y pautas de inversión o atención uniformes, establecidos centralmente, de manera similar a las líneas de ensamble de las factorías de las décadas pasadas. Hoy en día, fondos como el FONVIS de Venezuela, el DRI de Colombia o el FISE de Nicaragua, han pasado a negociar con las comunidades, a consultar sus prioridades, a estimular sus esfuerzos, a comprometer a las OSCs en la sostenibilidad de las inversiones. Y lo han hecho a partir de pequeñas experiencias piloto, como las que desarrollara exitosamente el FISE de Nicaragua para el mantenimiento de la infraestructura social primaria.

6. Las negociaciones horizontales y las asociaciones entre el Estado, las empresas y las OSCs, para la provisión de servicios de interés común, constituyen una nueva figura institucional. La participación de nuevo carácter emerge gradualmente como un derecho básico e inalienable, del mismo rango y jerarquía que los demás derechos del ciudadano. Pero ni el concepto ni mucho menos el régimen normativo de las alianzas o de la participación que las alimenta han sido desarrollados aún de manera plena.

Las alianzas no se dan en toda la extensión que podrían alcanzar ni logran aún todo su potencial porque se trata de figuras nuevas, que no encuentran un entorno propicio, que suponen una aclimatación gradual. El desafío actual es facilitar, experimentar, demostrar, diseminar y evaluar la formación y el desarrollo de alianzas.

7. Las alianzas tripartitas pueden germinar a partir de semillas que ya están sembradas en la sociedad pero que no han tenido oportunidad de brotar y que ahora se trata de regar y abonar mediante un marco legal que les sea favorable. Son las semillas de la solidaridad basada en el beneficio particular, de la participación y de la capacidad y voluntad de hacer público y transparente el interés privado que coincide con el interés colectivo. Es la semilla del "capital social" existente en cada localidad, cada región o cada país.

8. Este documento propone los retos que los nuevos derechos y las nuevas instituciones tripartitas plantean al sistema jurídico y la manera como éste puede facilitar sus desarrollos en lugar de entorpecerlos.

9. **La armonización de lo público y lo privado** - Las alianzas tripartitas funcionan con base en intereses, de manera semejante a como ocurre en el mercado o en las empresas. Lo que las distingue de compradores y vendedores, o de las entidades con ánimo de lucro, es su capacidad de satisfacer los intereses individuales de los participantes mediante la producción de un bien o servicio de interés común.

Los miembros particulares de una alianza identifican su interés individual en el interés colectivo o del entorno; lo privado hace parte de lo público y lo público es también realización de lo privado. La vieja dicotomía entre el interés público y el privado, que los constitucionalistas y administrativistas de la primera mitad del Siglo llevaron a su máxima expresión con la fórmula de la prevalencia del interés público sobre el interés particular, cede ahora paso a la conjugación de los dos tipos de intereses y, por este conducto, a la asociación entre el Estado, agente del interés público, y las OSCs, agentes de los intereses particulares.

Las alianzas apelan a un régimen jurídico que promueva la armonización y no la confrontación de intereses aparentemente divergentes, que invite a compartir el riesgo en vez de individualizarlo, que sustituya la contraposición por la negociación y la colaboración. En este sentido, las alianzas entre los sectores público y privado llaman a que la jurisprudencia y la doctrina lean el Derecho Positivo de manera distinta al individualismo del Siglo XIX y de comienzos del Siglo XX y al estatismo del Estado Benefactor de la mayor parte de este Siglo.

10. **Alianzas, contratos y vigilancia mutua** - En cuanto parten de la base de las prioridades, los intereses y las capacidades de las partes, las alianzas son figuras institucionales arraigadas en los supuestos más básicos de la economía, especialmente de la microeconomía. Por esta razón, las alianzas demandan una ampliación de la esfera contractual y de la responsabilidad y el control basados en las contraprestaciones que los contratistas esperan de una negociación.

A la inversa, las alianzas reducen el campo de acción del Estado en cuanto soberano que impone a las partes derechos u obligaciones. Por estas razones, las alianzas están más próximas al Derecho Privado (las ramas civil y comercial) que al Derecho Público.

11. Como las alianzas hacen explícito el interés individual, lo movilizan y lo hacen transparente para armonizarlo con el interés de las demás partes, las alianzas superan las nociones tradicionales de la filantropía o de la acción desinteresada en beneficio de otros o de la sociedad en su conjunto.

III Conceptos e Instrumentos Jurídicos para el Florecimiento de las Alianzas Tripartitas

12. Por razón de apelar al interés individual de cada una de sus partes, las alianzas no requieren o no deberían requerir de herramientas que fueron concebidas para la filantropía tradicional, aquélla que institucionalizaran los códigos civiles del Siglo pasado bajo las figuras de las fundaciones, las asociaciones o las corporaciones sin ánimo de lucro. Las principales de tales herramientas fueron los privilegios *intuitus personae* o en atención a la calidad de la persona o entidad, y los subsidios o privilegios otorgados por el Estado para una acción o un resultado que se juzgaba digno de encomio y emulación.

13. **Los privilegios personalizados** - El derecho ha reconocido tradicionalmente categorías de actores privilegiados por razón de su misión o de su objeto. Y les ha otorgado un tratamiento igualmente privilegiado, tal como se predica de las "empresas ciudadanas" o las "empresas filantrópicas", o de las organizaciones de la sociedad civil destinadas igualmente a labores de caridad o filantropía. Son categorías establecidas para demandar subsidios estatales so pretexto de construir "voluntariado" o "filantropía empresarial", o de canalizar el sentimiento de solidaridad de los miembros de la sociedad civil.

Si bien tales figuras sobreviven, y seguramente seguirán siendo reconocidas legislativamente, las alianzas no apelan al privilegio ni a la protección excepcional mediante deducciones o exenciones tributarias o líneas especiales de crédito o subsidios directos del presupuesto nacional.

Mal podrían las alianzas requerir de tratamientos privilegiados particulares cuando ellas se encargan de hacer explícito el interés individual (de una entidad o de un grupo de personas o de OSCs) y el beneficio de cada uno de sus miembros. El fundamento de la responsabilidad compartida de una alianza es el *quid pro quo*.

14. Las alianzas rinden inocua la distinción conceptual entre OSCs destinadas primordialmente al beneficio de sus propios miembros y las que tienen por misión el interés de la sociedad en general; dejan por tanto sin piso los diferentes tratamientos que los sistemas jurídicos otorgan a uno y otro tipo de OSC.

Las alianzas tripartitas parten del supuesto de la validez y de la legitimidad del interés individual (de personas o de grupos) en cuanto componente germinal de una asociación que satisface intereses que, de otra manera, tendrían que atender los demás miembros de la alianza o la sociedad en su conjunto. Tan legítimo es, por ejemplo, para la constitución de una alianza tripartita, el interés de los habitantes de un barrio subnormal, asociados en una

cooperativa de ahorro y crédito, que hay gobiernos, empresas y ONGs interesados, cada uno por sus propias razones, en participar en alianza con esa cooperativa. Y los gobiernos no podrían participar transparentemente en la alianza o responder por la destinación de los recaudos tributarios si no esperaran de ella beneficios para toda la sociedad (de seguridad, de estabilidad, de empleo, de eficiencia en la formación de capital humano, de atención de necesidades básicas, etc.) y si no pudiesen demostrarlos o anunciarlos para fines de legitimación o de reelección.

15. El Estado o los actores del Derecho Público también tienen interés legítimo en participar en las alianzas, y su expectativa debe quedar consignada expresamente y sopesada frente a la magnitud de valor de su contribución a la alianza. Para el Estado, no se trata solamente de que el resultado de las acciones de la alianza beneficie a la sociedad en general, sino que las alianzas produzcan los bienes y servicios de interés colectivo de la manera más eficiente. En otras palabras, el cálculo de los costos y los beneficios es indispensable para justificar la participación del sector público en una alianza, y la alianza ofrece por sí misma posibilidades especiales para que los gobiernos sean responsables por cada centavo invertido en la alianza.

Si los bienes o servicios públicos que produce una alianza pudieran producirse de mejor manera por los particulares que actúan en el mercado, o por el Estado que actúa soberanamente, no habría justificación para que el gobierno se embarcara en una alianza. Dicho de otra manera, las alianzas son también nuevas modalidades de gestión del Estado, tan legítimas como la construcción de obras públicas por parte de un Ministerio de Obras Públicas, como la provisión de salud o educación por parte de los respectivos ministerios, o como la recaudación de tributos por parte de las administraciones de impuestos.

A la inversa, la gestión pública canalizada a través de las alianzas sólo se justifica si esta vía produce más y mejores servicios, o lo hace a menores costos, que cuando se la compara con las vías alternativas de producción de servicios. De allí que la responsabilidad del funcionario público que se embarca en una alianza tripartita sea primordialmente estratégica y que de lugar a una rendición de cuentas semejante a la que se pide a un gerente o presidente de una sociedad. La participación del sector público en las alianzas es asunto de buen juicio, discrecional, ajustable a las circunstancias; no caben aquí la competencia reglada ni el mandato uniforme o general.

La garantía de sostenibilidad financiera e institucional de la alianza estriba en que ella consiga el punto máximo de contribución de todas y cada una de las partes potencialmente interesadas en la producción del nuevo bien o servicio. Ir más allá de esta contribución induce a la producción de bienes y servicios por los cuales las partes no pueden o no quieren pagar, conduce a la ineficiencia en la asignación de los recursos, debilita la alianza y la expone a ser sustituida, tarde o temprano, por otras formas de producción de esos bienes o servicios y reduce el grado de compromiso y de apropiación de las organizaciones de la sociedad civil. O estimula la corrupción. En ninguno de los dos casos conduce al desarrollo.

16. **Los subsidios para una acción o un resultado** - Muchos regímenes autorizan el otorgamiento de subsidios directos o indirectos por parte del Estado a las empresas o a las OSCs y permiten las transferencias de recursos de las empresas hacia las OSCs en atención a que empresas u OSCs cumplen con ciertas actividades de beneficio común. Las alianzas no desconocen la necesidad de que se efectúen transferencias a las OSCs o a las empresas; pero sustituyen el concepto de subsidio, en cuanto dádiva o liberalidad, por el de pago (así se lo siga clasificando formalmente como subsidio) de una actividad enderezada a producir un

bien o servicio en el que tienen interés todas las partes involucradas en la alianza. La sustitución del concepto de subsidio por el concepto de pago presupone la entronización de las nociones más fundamentales de las alianzas, a saber: el interés, la responsabilidad y el compromiso de aporte o de contribución, basado en un cálculo de réditos o beneficios.

17. Un gobierno local, como el de Tijuana en México, participa en una alianza con el sector privado porque a través de ella cumple mejor con sus funciones de provisión de infraestructura urbana y porque puede responder mejor por sus responsabilidades; no porque espere liberalidades del gobierno central ni porque deba otorgar un subsidio a entidades de caridad o de beneficencia.

Un gobierno central o federal, como el de régimen presidencial de Bolivia, transfiere recursos a las municipalidades y expide normas de descentralización y de participación para crear el marco que permita las alianzas tripartitas en el nivel municipal. Y lo hace por razones semejantes a las que lo llevan a crear un juzgado o a mejorar el servicio de policía, es decir: porque de esta manera cumple con las responsabilidades y las competencias por las cuales debe responder ante los órganos de control y ante los electores.

Una empresa no necesita de un subsidio monetario directo o de un privilegio tributario para participar en una alianza; lo hace porque de esta manera garantiza las condiciones del entorno, diversifica sus productos, amplía sus mercados o reduce los costos directos o indirectos de producción – hasta el punto de que para ella se justifica invertir en la alianza en vez de asumir por sí misma los servicios que producirá la alianza. Cuando la firma Colgate Palmolive aporta recursos financieros y tecnológicos a una alianza con el municipio y con OSCs para la construcción de tres parques para el deporte, la cultura y la recreación en la ciudad de Cali (Colombia), lo hace después de efectuar un cálculo de los costos y los beneficios de su acción.

Las OSCs movilizan pequeños ahorros e invierten tiempo y dinero en la alianza porque ella es el único camino o el camino más eficiente para satisfacer sus necesidades básicas, apropiarse de los procesos y de los resortes para el mejoramiento de su nivel de vida, participar en el control de su entorno, etc. Las numerosas organizaciones de barrio[5] que, en el mismo caso del ejemplo anterior, se responsabilizaron permanentemente del mantenimiento de los grandes parques de la ciudad de Cali, lo hicieron porque así satisfacían sus intereses de apropiación y manejo de su entorno vecinal.

Una ONG promueve una alianza porque esa tarea es precisamente el nicho de especialización y de ventaja comparativa que el Estado, la misma sociedad civil o la comunidad internacional le retribuyen.

18. **La línea divisoria** entre las actividades que justifican la participación del sector público y las que no la justifican no está aún plenamente dibujada en el concepto o en la ley. Y tal vez no pueda trazarse de manera general o uniforme, independientemente de las circunstancias bajo las cuales se gestiona la producción de un bien o servicio de interés colectivo.

Un programa social de una grande empresa para el beneficio de sus trabajadores, cuando éstos tienen un vínculo laboral relativamente seguro o su remuneración total coincide con la del mercado, no podría motivar el interés de los gobiernos y muy difícilmente animaría las ONGs o las OSCs en general.

Pero cuando un programa de contenido similar está dirigido a un grupo de inmigrantes que han sido expulsados violentamente del campo, que llegan por vez primera a una ciudad y que necesitan de apoyo temporal mientras conocen sus oportunidades y sus responsabilidades dentro de la vida urbana, sí puede motivar legítimamente la captación y asignación de recursos del presupuesto municipal para que OSCs especializadas asuman la tarea de la reinserción de los migrantes en su nuevo entorno social. Como resulta legítima la asignación de recursos del presupuesto municipal para que, conjugados con los recursos de empresas interesadas en explorar el potencial de esta mano de obra para una futura expansión, se abran programas de formación o capacitación ocupacional especializados que reducen los costos de educación y de mantenimiento en los que de otra manera incurriría el municipio.

Ciudades que han desarrollado alianzas entre los sectores público y privado para la atención de los desafíos creados por inmigraciones masivas, como han ocurrido en Caroni o Ciudad Guyana (Venezuela), en Cali (Colombia) o en la región del Magdalena Medio (Colombia), han absorbido mejor que otras las explosivas tasas de crecimiento que caracterizan algunas de las grandes urbes de Latinoamérica. Hoy en día el Estado de México promueve alianzas tripartitas dirigidas a crear "unidades de negocios" que ofrezcan empleo y vivienda a los cinco millones de habitantes adicionales que tendrá el territorio del Estado que hace parte del Area Metropolitana del Valle de México.

Estas ciudades o regiones han elaborado y cumplido con programas integrales dirigidos a las zonas de acelerado y desorganizado crecimiento residencial de la ciudad y han convocado a las empresas de negocios, a las comunidades y a las ONGs a constituir asociaciones y desarrollar programas de titulación de tierras y transferencia de la propiedad raíz, de construcción de infraestructura, de promoción de inversión y generación de empleo, etc. Y los gobiernos locales o regionales se han visto en la necesidad de interpretar laxamente el régimen legal para que los gobiernos locales o regionales puedan transferir recursos a la sociedad civil y celebrar con ella contratos de la más variada índole.

19. Las virtudes de las alianzas no se limitan a la actividad o al resultado tangible. Los procesos de las alianzas son a veces la garantía de la eficiencia en la asignación de los recursos o en la sostenibilidad de la inversión. Es que las alianzas llevan a la apropiación de la gestión por parte de los interesados, y esta apropiación es la mayor garantía de la sostenibilidad de la inversión y de la existencia de las condiciones sociopolíticas mínimas para que se dé tal inversión. De manera que los contratos y los procesos de las alianzas, como la apropiación por parte de las OSCs, son en por sí mismos un resultado susceptible de ser cuantificado económicamente.

Las alianzas dan lugar a una *propiedad virtual*, que no está reconocida en los códigos pero que tiene un valor económico similar al valor del derecho de propiedad. Se trata de la apropiación colectiva del servicio, de la titularidad del beneficio, distinta a la titularidad formal del dominio del bien que lo produce. Casi podría decirse que se trata de una nueva forma de propiedad que valoriza los predios de los vecinos, moviliza y organiza los recursos de la comunidad y eleva la masa de recursos disponibles para la producción de bienes y servicios de interés colectivo.

El sentimiento de propiedad es premisa esencial para la movilización de las OSCs y por ello las alianzas tienen que comenzar frecuentemente por clarificar los derechos sobre los bienes o sobre los beneficios. Así lo han percibido las varias ciudades que desarrollan programas de legalización de títulos en Latinoamérica, entre las cuales se encuentran Lima metropolitana, San Salvador y Medellín. Y a ellas se suman ahora programas regionales en el mismo sentido,

como los que programados en el Estado de México o en la región del Magdalena Medio (Colombia).

> Las comunidades de usuarios de los servicios de salud y educación participan con aportes financieros y compromisos de trabajo en las alianzas que se están creando para el mantenimiento de la infraestructura social en Nicaragua. Su participación es garantía de apropiación del servicio de mantenimiento por parte de las OSCs. Este sentimiento de apropiación (que no propiedad en sentido estricto) produce automáticamente la reducción de la principal fuente de deterioro de las escuelas y los puestos de salud, cual es el pillaje y el vandalismo de las instalaciones por parte de vecinos, estudiantes y maestros.
>
> Más que las actividades mismas de mantenimiento, el procedimiento participativo de las alianzas da lugar al sentimiento de propiedad o pertenencia y este sentimiento es por sí mismo un resultado que reduce costos y asegura eficiencia en la asignación y en la producción del servicio. Si no mediara el sentimiento de apropiación de la sociedad civil, los gobiernos de Nicaragua tendrían que incurrir en costos muchísimo más altos para conseguir la vigilancia de las instalaciones, el deterioro normal de los inmuebles o la preservación física de los equipos.

20. Lo que no deben hacer los regímenes legales ni pretender los gobiernos es circunscribir la oferta de alianzas o canalizar restrictivamente las iniciativas de formación de las alianzas. Así ocurre, por ejemplo, cuando el gobierno nacional (central o federal) establece taxativamente los bienes o servicios en cuya producción tripartita pueden participar los gobiernos de cualesquier nivel. O cuando ese mismo gobierno nacional regula el concurso o la competencia a la que deben someterse las OSCs o las empresas para tener acceso a fondos del presupuesto público y esa regulación es uniforme, o no tiene en cuenta la valoración particular que las empresas o las OSCs de cada localidad y cada región asignan a una determinada necesidad, a la manera específica de satisfacerla, o a la participación de ciertos actores en la alianza tripartita[6].

Ese tipo de excesos reguladores de parte de los gobiernos o los órganos legislativos sería comparable a la inmiscución indebida de un Estado que pretenda regular el diseño o el color de las camisas que se deben ofrecer en el mercado, las tecnologías de producción o el número de empleados que deben participar de un proceso productivo. Así como existen generalmente cortapisas legales y constitucionales para prevenir los excesos de intervención del Estado en el mercado o en la vida de los particulares, así deben adoptarse –y algunos países ya han adoptado– limitaciones legales y constitucionales a las pretensiones de intervención estatal para restringir los legítimos objetivos o medios de las alianzas tripartitas.

IV Prerrequisitos para la Solidaridad basada en el Interés

21. De todo lo anterior se concluye que las alianzas –o sus miembros– no requieren de dádivas, de prebendas o de tratamiento tributario o crediticio privilegiado. Requieren, sí, de la satisfacción de las precondiciones para su existencia, especialmente de las precondiciones del entorno legal o constitucional. Y, en su actual fase de despegue o nacimiento, las alianzas requieren de programas de aclimatación o diseminación de sus beneficios y de la divulgación y promoción de los prerrequisitos para su existencia.

De la misma manera como el establecimiento de las condiciones mínimas para el funcionamiento del mercado o como la construcción del Estado tomaron décadas y centurias de reforma y adaptación, las nuevas figuras institucionales presuponen la construcción gradual

y la institucionalización de ciertas condiciones culturales o legales y la institucionalización de incentivos eficaces que lleven a los actores públicos o privados a advertir las ventajas de optar por la vía de las alianzas.

> En el precitado ejemplo de alianzas para el mantenimiento de las instalaciones escolares o de salud en Nicaragua, ha sido necesario crear el incentivo del fondo de contrapartida, enviar señales de agilidad y transparencia en el funcionamiento de este fondo, vencer la incredulidad de los gobiernos municipales y de las OSCs frente a la aplicación efectiva de las políticas del gobierno central, dar garantías convincentes de continuidad en el mediano y largo plazos, etc.

22. La preparación de las partes de una alianza tripartita, el desarrollo de los mecanismos de información y transparencia, el estímulo a la competencia entre iniciativas para la producción de bienes y servicios de interés colectivo, la evaluación de los resultados o la eficiencia de las alianzas o el surgimiento de los mecanismos de control participativo presuponen un cierto marco legal, unos ciertos estímulos y unas ciertas prácticas sociales o culturales. Es menester crear gradualmente el mercado de las alianzas tripartitas.

23. Las precondiciones para el funcionamiento de las alianzas pueden ser objetivas o del contexto (entre las cuales se incluyen el marco legal o normativo) y subjetivas o de los actores (que incluyen ingredientes tan importantes como la cultura jurídica). Entre las precondiciones se destaca la capacitación o preparación de las partes y la existencia de un régimen jurídico que facilite la constitución y el funcionamiento de las alianzas.

24. La preparación o capacitación de las partes potencialmente interesadas apunta a que ellas mismas identifiquen cuáles de sus intereses pueden ser satisfechos a través de una alianza tripartita. Se requiere de un marco que promueva o estimule la divulgación de iniciativas que pueden ser o son realizadas mejor mediante el concurso de agentes de las tres partes que mediante el mercado o la actuación individual de las empresas o el Estado.

La identificación de los objetivos y de los medios de acción de una alianza tiene un costo y una dificultad que le son particulares, como que ninguno de las partes individualmente consideradas goza por sí misma de la capacidad o del hábito de identificar el problema o el desafío común a todas ellas o para advertir que sólo puede ser enfrentado mediante su labor de consuno. Se requiere entonces de labores de promoción que presuponen cierto liderazgo, cuando menos en las primeras etapas de las alianzas. Y para ello se demanda el apoyo especial a los actores capaces de asumir esa promoción y ese liderazgo, generalmente (pero no exclusivamente) las ONGs y otros tipos de OSCs.

25. La preparación de las partes potencialmente interesadas apunta otras veces a habilitarlas para que puedan establecer los requerimientos técnicos, financieros o de gerencia y gestión[7], como también los tiempos de maduración y apropiación para la formación de redes o alianzas tripartitas, según la envergadura de la tarea y el contexto de que se trate.

26. Las alianzas requieren de incentivos que estimulen la formación del hábito de participación social y la institucionalización gradual de la participación. La descentralización del Estado y la autonomía local para la conducción de los asuntos que interesan a los residentes del lugar son también precondición para el funcionamiento de las alianzas tripartitas.

Obsérvese, por ejemplo que las alianzas deben prestar especial atención al difícil problema del rentista[8], es decir, a prevenir que personas o grupos participen de los beneficios de la alianza sin comprometerse con ella de alguna manera. Puesto que la información referente a la capacidad y a la voluntad de contribuir de las partes se conoce mejor en el nivel local, la descentralización del Estado y la apertura de espacios institucionales de participación son factores que contribuyen significativamente a la formación de alianzas tripartitas.

27. La preparación de las partes ha de incluir también los estímulos de comportamiento para que actúen con transparencia y lealtad dentro de la alianza, de la misma manera que se espera de los socios de una compañía o corporación. Los actores deben transmitir información clara y completa, entre sí y hacia la sociedad en su conjunto. La divulgación de la información hacia el público resulta crítica en cuanto nueva herramienta de control social[9] sobre la responsabilidad del sector público que participa de una alianza.

Como toda alianza implica desarrollos dinámicos, su vida completa no puede estar regulada de manera general o detallada. Y como toda alianza implica riesgos, es menester precisar la responsabilidad de los gestores públicos que, de manera transparente, se embarcan en una alianza para satisfacer la demanda de bienes o servicios públicos. Se necesita entonces capacitar a las partes, a las instituciones públicas y a la sociedad general para las nuevas maneras y los nuevos límites del control. La autorización y el reconocimiento legal de mecanismos claros y confiables de resolución alternativa de conflictos, como también su aclimatación gradual dentro de los hábitos sociales, son ingrediente favorable a la resolución de los conflictos internos de la alianza y de ésta con los gobiernos, las empresas o las OSCs.

En León, Nicaragua, las OSCs controlan celosamente el cumplimiento de los aportes en trabajo o en dinero prometidos por cada vecino a la alianza constituida con la municipalidad para la construcción de infraestructura. Y cuentan con el concurso de una funcionaria de la municipalidad, que da garantías de neutralidad frente a los habitantes del barrio, para que registre diariamente el dinero o el tiempo de trabajo aportado por cada vecino. Se apoyan también en el respaldo de la municipalidad para aplicar sanciones a quienes esperan beneficiarse de las obras sin contribuir a ellas. La sanción mas corriente consiste en impedir la conexión del vecino a la red de agua, energía o alcantarillado.

28. Las alianzas tripartitas requieren de la movilización de los recursos institucionales y financieros de las tres partes. Y esta movilización ha de ser de tal naturaleza que estimule una sana competencia y una emulación horizontal o entre jurisdicciones territoriales, entre empresas y entre OSCs. Sólo así pueden las alianzas priorizar o seleccionar las iniciativas más atractivas para cada una de las partes y para todas ellas en su conjunto.

29. Las alianzas requieren de normas legales que propicien o cuando menos permitan que los gobiernos, las empresas, las ONGs y las demás OSCs les transfieran recursos, no obstante el hecho de que las alianzas no son entidades puramente gubernamentales o que desbordan el marco institucional de la compañía o de la OSC. Requieren también de normas permisivas para que la cooperación internacional pueda apoyar ciertas iniciativas de formación o de funcionamiento de alianzas que necesitan de recursos externos sin sujetarlas a prohibiciones o a excesivos requisitos y controles que eleven desmesuradamente el costo de creación y operación de las alianzas.

30. El marco legal tradicional consagra una separación relativamente rígida entre los presupuestos públicos y los privados e impone restricciones de financiación y de asignación a las ONGs y a las OSCs en general, siempre bajo el supuesto de que cada figura institucional está llamada a realizar fines que le son propios y distintos de los de las demás instituciones. La superación de este supuesto es justamente el desafío de las alianzas tripartitas. Se requiere entonces del reconocimiento a las OSCs para que puedan realizar ampliamente su misión y de introducir la posibilidad de las alianzas dentro del giro ordinario o forma corriente de realizar los objetivos de cada una de las demás partes de una alianza, de la misma manera como se ha autorizado tradicionalmente al Estado y a las sociedades comerciales para vender y comprar, contratar con terceros, etc. Se requiere también de autorizar e instituir fórmulas similares (pero no idénticas) a las que han servido para financiar los bienes de mérito o los bienes mixtos (público-privados) en general, tales como lo fueron en su época las contribuciones tripartitas para la seguridad social o las contribuciones de valorización o mejoras para la construcción de infraestructura urbana.

Las alianzas se apoyan en la especialización, en las misiones propias o en las ventajas comparativas de cada uno de los grupos o entidades participantes. Al mismo tiempo, las alianzas rompen las barreras que han separado inveteradamente unos grupos de otros o unas instituciones de otras, hasta el punto que les impiden pensar en objetivos comunes e inalcanzables para cada uno de los actores individualmente considerados. Son las barreras del comportamiento individualizado, impuestas por la separación entre el Estado y la sociedad civil, por las definiciones rígidas y aisladas para cada nivel de gobierno, por el principio de exclusión del mercado o por la actitud confrontacional entre empresas o entre compradores y vendedores que se encuentran en el mercado.

31. Se necesita, por último, la consagración legal de la legitimidad de los costos de la formación de las alianzas y de la distribución de estos costos (y sus consiguientes riesgos) entre las varias partes de la alianza. Debe establecerse la responsabilidad continua de las partes de la alianza y han de introducirse como conceptos legales y financieros con mayor capacidad coactiva sobre sus compromisos. Es menester entonces introducir conceptos con mayor potencial y con mayores exigencias que las nociones de la dádiva, de subsidio, de generosidad o de liberalidad de las partes, para las cuales no se requería generalmente de un régimen legal muy preciso o elaborado.

V Retos y Demandas que las Alianzas Público-Privadas plantean al Sistema Jurídico

32. **La relación entre las alianzas tripartitas y el sistema jurídico** - Las alianzas tripartitas son aún figuras incipientes y su universo es todavía disperso y poco conocido. Las asociaciones entre empresas, gobiernos y OSCs revisten muy distintas formas y ocupan espacios muy diferentes; los participantes varían de una localidad a otra y de un servicio a otro. Por razón de la dispersión y del desconocimiento general de sus modalidades y de sus logros, las alianzas exitosas no nutren otras alianzas ni se conocen con precisión todos y cada uno de los factores explicativos de su éxito; menos aún se sabe cuál es la proporción del éxito imputable a un entorno jurídico hipotéticamente favorable.

Del otro lado, ni los juristas ni los responsables de formular las políticas[10] están debidamente compenetrados con el potencial de las alianzas. No se conocen bien sus debilidades o sus necesidades internas o las particulares demandas que plantean al entorno; tampoco las políticas y los instrumentos para apoyar la multiplicación y la profundización de las bondades de las alianzas ni la manera como los sistemas jurídicos pueden ayudar a realizar todo su potencial.

33. Se da por descontada la capacidad de influencia o injerencia del sistema legal en los terrenos que le son propios, esto es, que pertenecen al ámbito en el cual normas de carácter general e impersonal, con fuerza coactiva, consiguen efectivamente unos hábitos de convivencia y desarrollo. Por el contrario, aún no se conoce con precisión la eficacia actual o potencial del sistema jurídico para estimular comportamientos voluntarios como lo son los hábitos requeridos de un ambiente favorable a la proliferación de alianzas tripartitas, especialmente en la fase actual de aclimatación y despegue de estas alianzas.

En términos generales, puede suponerse que el sistema jurídico es más eficaz en la construcción de ciertos de los elementos del entorno que de otros.

34. Es casi una petición de principio que la reforma legal puede ser eficaz para el levantamiento de los obstáculos que el derecho positivo ha creado, sin saberlo, para las nuevas figuras que ahora emergen. Sin duda, la reforma del sistema legal puede ser herramienta efectiva para levantar los obstáculos jurídicos que desanimen la formación de las alianzas, para autorizar nuevas figuras institucionales que estimulen y den factibilidad y confianza a la participación.

35. De manera especial, se requiere de la ampliación del rango de acción de las partes. El sistema legal ha sido relativamente eficaz en delimitar la naturaleza y funciones, los derechos y las obligaciones de los varios grupos de personas naturales y, sobre todo, de las personas jurídicas. De allí que se presuma generalmente que la reforma legal puede contribuir eficazmente a delimitar o, cuando menos, a proponer cuáles son los aportes de cada actor a la creación o al fortalecimiento de las alianzas. Pero seguramente será más eficaz el sistema jurídico en facilitar la interacción creativa de los actores mediante la ampliación de sus campos de acción, especialmente respecto de actores que han tenido una vida singularmente regulada como lo son los gobiernos, las ONGs y los organismos de cooperación multilateral.

36. El sistema legal puede ser instrumental en articular y en viabilizar políticas financieras que estimulen el ahorro de las partes, especialmente de comunidades de beneficiarios de nuevos servicios públicos que han estado hasta ahora marginadas de los canales crediticios ordinarios. Así lo hace, por ejemplo, cuando autoriza ciertos mercados secundarios o formas colectivas de contratación y de garantía o conformación de deudores mixtos conformados por actores públicos y privados.

La eficacia alcanzada por las alianzas destinadas a la producción de vivienda para grupos de bajos ingresos en Costa Rica son ejemplo del papel que puede desempeñar un sistema legal que consagra políticas financieras redistributivas y autoriza la conjugación de actores públicos y privados para llevarlas a efecto.

En Costa Rica, políticas redistributivas nacionales, de carácter estable y predecible, otorgan subsidio para la adquisición de vivienda a personas de bajos ingresos, a condición de que los beneficiarios aporten una cuota de recursos propios. Problemas endémicos de titulación de tierras o limitaciones de la infraestructura urbana son algunos de los obstáculos con que tropiezan los grupos de bajos ingresos para hacer valer sus activos ante el sistema bancario o para proponer proyectos factibles en lo financiero o conformes con las regulaciones de desarrollo urbano.

Una ONG como FUPROVI, que canaliza recursos semilla de la cooperación internacional, organiza y habilita a las comunidades de bajos ingresos para que registren sus predios, cogestionen con las municipalidades la construcción de infraestructura, o de otra manera subsanen los obstáculos que les impiden hacer uso del subsidio para vivienda.

FUPROVI realiza una labor altamente especializada, como que aporta el difícil eslabón de la organización y el aporte de las comunidades de bajos ingresos. De hecho, el logro del ahorro y la inversión de las comunidades es precisamente una de las pruebas más estrictas de la eficacia de una ONG. Y como la comunidad, las municipalidades, el sistema bancario y el mismo gobierno nacional necesitan que alguien cumpla con éxito esta tarea, están todos dispuestos a pagar por los servicios de FUPROVI. El cobro por sus servicios, sumado a las altas tasas de cumplimiento de las obligaciones hipotecarias por parte de los deudores de bajos ingresos habilitan a FUPROVI para constituir fondos rotatorios o fondos de garantías con los recursos provenientes de la cooperación internacional, todo lo cual redunda en el uso más eficiente de esos recursos semilla.

37. A la inversa, el sistema legal no parece ser instrumento eficaz ni eficiente para promover los procesos educativos, culturales o de capacitación de las partes de las alianzas.

38. En síntesis, el reto que las alianzas plantean al contexto legal e institucional consiste en abonar el terreno donde ellas proliferan y desarrollan todo su potencial. Abonar el terreno significa facilitar y estimular la creación de las alianzas abiertas a la participación de todos los interesados y la apropiación por parte de ellas –*ex ante*, durante y *ex post*– de la formulación, la financiación, la ejecución, el control y la evaluación de las políticas dirigidas primordialmente a la reducción de la pobreza.

Estos desafíos presuponen la ampliación de espacios para la formulación participativa de políticas, el fortalecimiento de las alianzas y de sus miembros o interesados y la financiación adecuada de espacios y actores.

39. El sistema jurídico puede ayudar a crear las condiciones objetivas y subjetivas para la expansión y la multiplicación de las alianzas, entre otras, de las siguientes maneras:

a) Desvaneciendo la línea divisoria que las constituciones y las leyes han establecido, siguiendo una tradición de inspiración napoleónica[11], entre el interés individual o particular y el bien común o beneficio colectivo – especialmente en aquellos casos en los cuales ambos puedan ser atendidos mediante la conjunción de intereses y esfuerzos del Estado, las empresas y las OSCs. Son casos en los cuales los bienes o servicios públicos o de mérito no pueden ser ofrecidos por el Estado exclusivamente, o los cuales sólo podría producir el Estado de manera menos eficaz o menos eficiente. Para estos fines se requiere renovar los conceptos jurídicos y avanzar gradualmente hacia una nueva delimitación entre los casos donde la conjugación de los recursos públicos con los privados[12] tiene causa justa y es digna de ser estimulada, y aquellos otros donde la causa es injusta y deben por tanto ser prevenidos o sancionados[13].

Las prácticas de gobiernos locales, empresas y OSCs en toda la región están señalando a los juristas los límites del nuevo entorno de conjugación legítima de intereses institucionales y de recursos públicos y privados.

b) Avanzando en la institucionalización de incentivos claros, confiables y predecibles para las prácticas de cooperación entre los sectores público y privado que redundan en más, mejores o más eficientes servicios públicos. A la inversa, desestimulando las prácticas del "*free rider*" o personas o entidades que se benefician de las externalidades de un bien o servicio público sin participar en la alianza o sin contribuir con ella de otra manera. El tratamiento del "*free rider*" ha sido objeto de amplia consideración en la literatura económica; pero generalmente es aceptado como expresión del ejercicio de la libertad por parte de los juristas. Sin embargo, las prácticas de la región están indicando el potencial de las sanciones sociales[14], o aún las posibilidades de limitar el acceso a los servicios para quienes no prestan su concurso a la alianza en la medida de sus posibilidades[15].

c) Imponiendo exigencias mínimas de información y de accesabilidad público a la información sobre los ingresos y los gastos, la eficacia y la eficiencia de las OSCs destinadas a promover la configuración de alianzas y a superar los obstáculos que amenazan su sostenibilidad. De la misma manera que algunos "*free riders*" se benefician de los servicios de las alianzas sin participar en ellas, algunas OSCs se amparan en la falta de transparencia y de competencia para recibir pagos o transferencias que no merecerían,

si el mercado de estos servicios estuviera plenamente constituido y las partes demandantes de los servicios conociesen de antemano los costos y los beneficios de optar por una u otra OSC.

En el campo empresarial, el marco legal ha autorizado o reconocido por siglos instituciones predominantemente privadas que dan fe o brindan información sobre las empresas, tales como las cámaras de comercio, las lonjas o asociaciones de propiedad raíz, las asociaciones gremiales o de profesionales. Son instituciones de afiliación abierta que demandan de sus afiliados el registro periódico de información básica que se presume cierta con el cumplimiento de ciertos requisitos o hasta que no se demuestre lo contrario. Y tales instituciones pueden ser complementadas, según la naturaleza o el campo de acción de las OSCs por superintendencias o comisiones de regulación tales como las que rigen hoy las cooperativas, los intermediarios financieros o aún las entidades que prestan los servicios públicos urbanos o domiciliarios.

En todo caso, las exigencias de información y de transparencia en general que establezca el marco legal no pueden constreñir la creatividad de las OSCs o restringir legalmente sus campos de injerencia. En la medida en que se desarrolle el mercado de estos servicios, se irá estableciendo también cuáles son los campos donde las OSCs gozan de ventajas comparativas frente a otros actores sociales.

d) Facilitando el reconocimiento legal de la capacidad jurídica de las alianzas para actuar como tales y reconociendo las necesidades especiales de su naturaleza:

- Dinámicas – de objetivos cambiantes;
- Personalizadas – se forman *in tuitu personae* o en atención a las entidades que las componen, a la manera de una sociedad de personas;
- Abiertas, de manera que puedan incorporarse paulatinamente a ella las personas o entidades que identifican sus intereses con el potencial de la alianza, a la manera de una sociedad de capital;
- Mixtas, en cuanto conformadas por entidades de sectores distintos (público y privado) con misiones, naturalezas, posibilidades y limitaciones también distintas.

e) Permitiendo el reconocimiento de la fuerza contractual o poder coactivo de los varios contratos atípicos que se necesita suscribir para poner en funcionamiento una alianza eficaz. Ampliando los estatutos de contratación administrativa para que los gobiernos puedan suscribir los contratos de formación de promoción y de formación de una alianza, y para que puedan hacerse también parte de los contratos subsiguientes.

f) Relajando la sujeción de las acciones gubernamentales a planeación o presupuesto tan detallados que hacen imposible las transferencias de recursos a las alianzas con el sector privado o, de manera general, el concurso del sector público dentro de las alianzas bilaterales o tripartitas. Reviste especial importancia en este respecto la autorización de transferencia condicionada de fondos públicos[16] y la posibilidad de que los gobiernos celebren contratos de fiducia para el manejo de su participación en alianzas sujetas a desarrollos inciertos[17].

g) Autorizando a las OSCs el cobro por sus bienes o servicios. Como se trata de servicios que corresponden a las preferencias de la población, identificadas de manera participativa

y negociadas entre los varios actores sociales interesados, éstos se acostumbrarán gradualmente a pagar por servicios que hasta ahora no se requerían o cuya satisfacción se daba por supuesta. Tal es el caso de los servicios de las OSCs que conciben, promueven y articulan alianzas y que requieren de talentos, destrezas y experiencias especializadas y escasas en la sociedad.

h) "Desrregulando" o eliminando restricciones que impiden la participación de los intermediarios financieros en las alianzas. Como las alianzas estimulan el aporte de personas y OSCs que han estado generalmente marginadas del sistema financiero institucionalizado, se requiere crear el marco legal que reconozca el valor y las garantías (o colateral) que representan los ahorros y la capacidad de pago que los beneficiarios directos de las comunidades están dispuestos a aportar a las alianzas. Estos ahorros consistirán frecuentemente de activos que carecen de la titulación adecuada (como sucede muchas veces con la propiedad raíz) y la capacidad de pago o la seguridad del cumplimiento de la obligación deberá ser estimada usualmente con relación al colectivo de beneficiarios organizado en una OSC[18]. Así las cosas, las regulaciones del sistema bancario deberán adecuarse para reconocer que los préstamos otorgados o los recursos transferidos a una OSC tienen un respaldo en garantías muy confiables pero cuya materialidad es distinta a las que ofrecen los prestatarios ordinarios del sistema[19].

i) Ampliando las formas y los agentes del control y la evaluación de la asignación y el uso efectivo de los recursos públicos. Los particulares que participan en una alianza tienen interés en vigilar, controlar y evaluar el manejo de los recursos y su intervención en este sentido es frecuentemente más eficaz o menos costosa que realizan los agentes oficiales de Contraloría. Por esta razón, es menester abrir las esclusas legales a la posibilidad de formas mixtas de control, donde cada agente aporte sus ventajas comparativas a la producción de esta función[20].

VI El Inventario de la Legislación Más Influyente en las Alianzas Tripartitas

40. Vistas someramente la naturaleza y las necesidades de las alianzas tripartitas (o entre dos de los tres tipos de partes), es posible concluir cuáles son las normas y cuáles las prácticas jurídicas (jurisprudencia, doctrina, administración de justicia, vías alternativas de resolución de conflicto reconocidas por el derecho, etc.) que conviene revisar para establecer si un sistema jurídico está o no contribuyendo a la formación de dichas alianzas o cuáles son las dimensiones de este sistema que es pertinente reformar y en qué sentido. Al mismo tiempo que se identifican los vacíos y las obstrucciones de los sistemas jurídicos se establecen y se proponen las principales áreas de reforma legal.

Adviértase en todo caso la importancia de evaluar la eficacia y los costos de proponer y acometer una reforma legal. Hay sistemas jurídicos que –si bien mantienen vigentes normas obsoletas que no pueden dar cuenta de la naturaleza de las alianzas ni estimular su dinámica– permiten interpretaciones y prácticas relativamente amplias que se han vuelto costumbre jurídica y que, en los hechos, alcanzan una eficacia cercana a la que podría conseguirse con una costosa y dispendiosa reforma legal o constitucional. En otros casos, por el contrario, la existencia de normas favorables a las alianzas no es garantía efectiva del respeto por ellas, bien sea porque la hermenéutica de los tribunales les ha restado eficacia o porque la

capacidad administrativa del Estado está considerablemente a la zaga de estas prácticas contemporáneas para la provisión de bienes y servicios públicos. En estos casos, el esfuerzo ha de concentrarse en la administración pública antes que en la reforma legal o constitucional.

41. A continuación, las ramas del derecho y las normas jurídicas que suelen tocar más directamente con las posibilidades y los obstáculos de las alianzas tripartitas entre Estado, empresas y OSCs.

42. En materia de Derecho Civil y de Derecho Comercial, constituyen especial obstáculo las normas que restringen los tipos o la constitución de personas jurídicas y el accionar de éstas a la naturaleza y acción de las categorías decimonónicas de las sociedades o corporaciones, las asociaciones y las fundaciones. Es menester ampliar o flexibilizar la naturaleza de las personas jurídicas, admitiendo figuras con las características híbridas y novedosas de las alianzas y a las cuales se hiciera referencia más arriba. El reconocimiento legal de la personería de las alianzas debería dejar de ser un engorroso trámite de adecuación formal de los estatutos de la alianza a las exigencias legales y pasar a ser competencia de las autoridades judiciales o administrativas locales que sí puedan captar efectivamente el significado e impacto del "*partnership*" que se está constituyendo.

43. También en materia de Derecho Civil y Comercial, se necesita otorgar mayor y más ágil reconocimiento a contratos atípicos como los que suelen originar las alianzas o consagrar los cambiantes objetivos que asumen a lo largo de su existencia. En el mismo sentido, los contratos de sociedades civiles y comerciales deberían admitir ya las alianzas como una de las formas características de actuación (y por ende, acción usual dentro de su giro ordinario) de las sociedades.

44. En materia de Derecho específicamente Bancario o Financiero, conviene eliminar las reglas que limitan directa o indirectamente la capacidad de las alianzas para recibir u otorgar créditos, hacer valer las garantías individuales y colectivas a las que tienen acceso, reconocer el valor del control mutuo entre las partes de las alianzas para que cada una de ellas cumpla los compromisos financieros que le corresponden dentro de la alianza, etc. También en este campo, los abogados se han visto en la necesidad de encerrar las alianzas dentro de pautas de negociación financiera que no dan cuenta de la naturaleza de sus intereses ni del potencial de sus activos y de sus ingresos futuros.

45. En el campo del Derecho Administrativo, resulta imperativo dar carta de nacimiento a las negociaciones características de las alianzas dentro de los contratos administrativos o del Estado.

46. En los campos de la Planeación y del Derecho Presupuestario (Fiscal o de la Hacienda Pública), es esencial flexibilizar las normas para que el Estado pueda actuar a través de alianzas con los particulares, hacerles transferencias a ellas y reconocer los campos donde la planeación flexible y dinámica resulta más eficaz que la planeación rígida y detallada. Es también importante permitir las experimentaciones que exitosamente vienen adelantándose en la región en materia de formulación, ejecución y control participativo de los planes y presupuestos locales y regionales.

47. En materia de control o de contraloría, ha de abrirse la puerta a las varias modalidades de control social o de control mixto que involucran las OSCs y aún las empresas en la vigilancia

de la asignación formal, los resultados y la eficiencia del gasto público canalizado a través de las alianzas.

48. En general, las ramas Civil, Comercial y Administrativo deberán imponer exigencias de información, de responsabilidad pública y rendición de cuentas a cualesquier interesado sin que las exigencias de transparencia restrinjan la libre constitución de alianzas o cohiban la libertad de elección de vías financieras para las mismas.

49. Las ramas del Derecho Internacional y del Derecho Administrativo velarán porque los convenios y los tratados internacionales permitan la financiación de las alianzas por parte de programas y organismos de cooperación bilateral o multilateral y porque las reglas de incorporación o canalización de esa cooperación no menoscaben el acceso de las alianzas a los fondos semilla de la cooperación para el desarrollo.

Sobre el Autor:

FERNANDO ROJAS, colombiano, es abogado, consultor e investigador internacional, con especialización en el área jurídica y tributaria y en materia de administración pública. Ha dado asesoría técnica a gobiernos latinoamericanos y organismos multilaterales en procesos de reestructuración y descentralización del Estado y en iniciativas de cooperación entre los sectores público y privado. Se encuentra ahora en la Universidad de Harvard, como profesor visitante.

NOTAS

[1] Bajo esta denominación se incluye un sinnúmero de organizaciones de variada índole. Comprende todas las organizaciones legales formadas por iniciativa privada, que no corresponden a la naturaleza de la empresa – esta última, denominada sociedad o compañía en la mayoría de los códigos civiles y comerciales de la región. El criterio de más frecuente uso para distinguir las empresas de las restantes organizaciones de la sociedad civil es el del ánimo, espíritu o expectativa de lucro. No es, sin embargo, un criterio de fácil aplicación, como que muchos casos individuales caen en una zona gris en la que proliferan híbridos de empresas y OSCs.

[2] Llamadas también redes, carteles, asociaciones o, en Inglés, "*partnerships*". Aunque existen diferencias entre estas figuras, el carácter general de esta presentación exige que se las trate indistintamente y que las varias denominaciones se empleen de manera intercambiable, como sinónimas o equivalentes.

[3] Según se lo emplea en esta presentación, el término "alianza" denota indistintamente las asociaciones entre niveles u organismos del Estado y las OSCs, o a las asociaciones en las cuales participan, además, empresas privadas. El término "alianza tripartita" denota exclusivamente asociaciones en las cuales participan los tres grupos de actores.

[4] Por contraposición a las sociedades de acciones. Las sociedades de personas generalmente tipificadas en los códigos civiles y de comercio son la colectiva, la de responsabilidad limitada y la en comandita simple.

[5] Generalmente constituidas bajo la modalidad de cooperativas de vecinos.

[6] Por ejemplo, de grupos de interés hasta ahora marginados de los programas de lucha contra la pobreza.

[7] Especialmente de convocatoria y movilización, de negociación o concertación.

[8] En Inglés denominado "*free rider*".

[9] Y de apoyo al control formal o por las contralorías o instituciones estatales equivalentes.

[10] En Inglés, "*policy makers*".

[11] Según se prolongara por los grandes constitucionalistas y administrativistas franceses, encontrara eco en las justificaciones intervencionistas del Estado Benefactor y fuera indirectamente apoyada por la llamada Corriente Normativa del Gasto Público.

[12] No sólo recursos monetarios sino también humanos, de equipos, de infraestructuras, etc.

[13] Con el fin de suprimir inveteradas prácticas de corrupción, la Constitución colombiana de 1991 adoptó una prohibición extrema que impide toda transferencia de recursos públicos a OSCs para la producción de bienes y servicios de interés colectivo.

[14] La ciudad de Cali y la región del departamento del Valle han desarrollado algunas de las formas más avanzadas de alianzas entre los sectores empresarial, público y de OSC en general. Muchos de los empresarios que no han contribuido con la formación y gestión de los múltiples "*partnerships*" creados en la región no son invitados a participar en los círculos decisorios de los programas y proyectos concebidos para el beneficio de la región, ni sus intereses particulares son tenidos en cuenta cuando se establecen los objetivos de las alianzas. Tampoco tienen cabida en las instancias informales donde los mayores empresarios de la región expresan su preferencia y respaldo por uno o más candidatos a ocupar los cargos de representación política de la ciudad o del departamento.

[15] Las alianzas para la construcción de infraestructura urbana en los barrios más pobres de la ciudad de León, en Nicaragua, llevan celosa contabilidad diaria de los aportes en dinero y en especie de cada uno de los beneficiarios directos de las obras. Y cuando alguno de los aportes de los beneficiarios resulta inferior al plan de ofertas y de compromisos de la comunidad, ésta misma se encarga de exigir al particular una compensación en dinero o en especie. Por último, en caso de no darse esa compensación, la misma

comunidad se encarga de que la vivienda del particular reticente no se conecte al servicio o de que de otra manera se le restrinja el acceso a sus beneficios.

[16] Una de cuyas condiciones consiste precisamente en el cumplimiento de los aportes de las otras partes de la alianza, caso en el cual se denominan aportes de contrapartida.

[17] Los gobiernos locales que participan en alianzas tripartitas o alianzas bilaterales con empresas o con OSCs, se topan con la necesidad de adecuar y ajustar, mediante negociación pública y transparente, la oferta de participación del sector público en la alianza. La garantía de la eficiencia en la asignación de los recursos del Estado no la dará la regulación general, impersonal y uniforme sino la flexibilidad, la publicidad y el proceso participativo mediante el cual se llegue a la decisión y se exijan contrapartidas de parte de los beneficiarios, adecuadas siempre a su interés y a su capacidad de pago. La regulación ha de ser de tipo "marco", permisiva, formulada con el espíritu de estimular la presentación de iniciativas por parte de gobiernos locales, de empresas y de OSCs. El afinamiento debe quedar a la contratación o negociación por parte de los actores locales o regionales, incluidos los gobiernos de estos niveles.

[18] Las alianzas están demostrando una enorme creatividad en esta materia, a veces conformando fondos de garantía manejados por la municipalidad que participa en la alianza, en otras abriendo mercados secundarios de hipotecas o constituyendo fondos rotatorios manejados por los bancos bajo contratos fiduciarios.

[19] De hecho, la mayor parte de los estudios conocidos dan cuenta de que las alianzas tripartitas presentan índices de morosidad o de incumplimiento de pago inferiores a los de la cartera bancaria ordinaria.

[20] Es un paso que choca generalmente con las resistencias de las agencias especializadas del control de los recursos del Estado. No obstante esta resistencia, varios gobiernos nacionales, regionales o locales han ensayado ya, con mayor o menor éxito, en mayor o menor grado, formas de subcontratación del control o formas de control social con participación de los beneficiarios que sirven de precedente para las necesidades y las posibilidades de los controles propios de las alianzas tripartitas.

OTRAS REFERENCIAS Y "LINKS" PARA CONSULTA:

En el Home Page del International Center for Not-for-Profit Law - ICNL:

The Emerging Role of Civil Society: A Force for Social Development (S. Bruce Schearer, The Synergos Institute)

The Emerging Role of Civil Society in Social and Economic Development: Cross-Sector Collaboration with State and Market (S. Bruce Schearer, The Synergos Institute)

The Role of Philanthropy in International Development (S. Bruce Schearer, The Synergos Institute)

How Governments and Multi-Lateral Donors can form Large-Scale Partnerships with CSOs (The Synergos Institute)

ANEXO No. 4

Instituto de Desarrollo Económico (IDE) / Unidad de ONGs - Banco Mundial

Simposio Virtual sobre el Marco Regulador de las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSCs) en América Latina

29 de Septiembre al 10 de Octubre, 1997

Coordinación técnica-jurídica: International Center for Not-for-Profit Law (ICNL)

DOCUMENTO DE INTRODUCCIÓN A LA SALA DE CONFENCIA #4

AUTORREGULACIÓN:

Autonomía de las OSCs, su Estructura Interna y Órganos de Control; Visibilidad y la Imagen Pública

Alfonso Prada Gil

© Instituto de Desarrollo Económico (IDE), Banco Mundial

Para todos es claro que se viene construyendo en nuestra región –sin dejar de reconocer que es un debate universal– un espacio de participación de las organizaciones civiles u organizaciones de la sociedad civil que desarrollan actividades sin ánimo de distribuir ventajas económicas, en beneficio de los sectores más desprotegidos de la sociedad, con criterio social y de búsqueda del bien común y el interés general.

Estas organizaciones civiles –cuando desarrollan su objeto social en materias como la salud, la educación, la recreación, la vivienda, el ambiente, los servicios públicos domiciliarios, entre otros– necesariamente se interrelacionan con el Estado y con la población de muy diversas maneras, que van desde el manejo de recursos públicos y privados, la contratación, la atención de la población objetivo, hasta la influencia en la organización de la comunidad para su protección, desarrollo y prosperidad general.

Las OSCs se han convertido por ende en organizaciones importantes para la evolución social, que son permanentemente observadas por el Estado y la comunidad, y de las que se espera un adecuado comportamiento en cada una de las esferas en que desarrollan su actividad.

Cuando las organizaciones de la sociedad civil son observadas por el Estado, se implementan de ordinario procedimientos o reglas que permiten al mismo Estado controlar sus actuaciones, interviniendo en sus actividades y llegando incluso a tomar posesión de la organización.

Cuando es la comunidad la que observa, se implementan mecanismos de veeduría ciudadana o mecanismos de participación ciudadana en la gestión o control de la actividad de estas organizaciones, que le permiten a la propia comunidad intervenir en sus decisiones o señalar

las deficiencias que se presentan en el desarrollo de una actividad específica y frente a una población también identificada con claridad.

Si observamos el primer tipo de control que aparece en la interrelación de las organizaciones civiles con el Estado y la comunidad, enfrentados a la naturaleza misma de las organizaciones –que resumimos en autonomía e independencia–, vemos que el control del Estado, al intervenir en la vida cotidiana de estas organizaciones, penetra sus estructuras, su organización interna, su funcionamiento, hasta llegar a ser un gran regulador de su actividad, la que pareciera depender más de la voluntad del Estado que de sus propias reglas, estatutos o voluntad autónoma. Una organización intervenida ya no es autónoma. La fuerte presencia del Estado regulador reemplaza la voluntaria filantropía, convirtiendo estas organizaciones sin ánimo de lucro en extensiones de la omnipresencia del Estado.

El Estado se convierte así en un mecanismo de interferencia en la actividad de las organizaciones civiles, que por la fuerza de su misma naturaleza son estructuralmente independientes del Estado y surgen frente a él y no dentro de él.

Observando la legislación de diversos países de Latinoamérica, se concluye que el control por parte del Estado es fuerte, rígido, y se soporta en atribuciones directas de intervención del sector o en normas generales de policía administrativa que se radican en cabeza de la Rama Ejecutiva del poder público. A través de este control, el Estado es normalmente quien autoriza la inscripción de las OSCs en el registro de existencia jurídica, determina el número de miembros o el capital mínimo para su constitución, rubrica o revisa los libros de contabilidad, asume ser instancia de solución de conflictos internos o horizontales entre estas organizaciones, otorga las licencias o permisos de funcionamiento – organizándose por ministerios, superintendencias, gobernaciones, alcaldías, inspectores, comisionados, etc. (dependiendo de la estructura del Estado) para ejercer este control.

De esta breve descripción podemos concluir que las organizaciones de la sociedad civil han ido perdiendo su autonomía, no son tan independientes como lo define su naturaleza, y están siendo objeto de intensa regulación estatal, lo que de alguna manera se podría justificar si ello trae consigo la tranquilidad de las autoridades públicas que otorgan recursos públicos a las organizaciones sin ánimo de lucro, al saber que estas organizaciones llenan los requisitos de existencia y funcionamiento y desarrollan sus actividades en forma seria y honesta, y que, como consecuencia, arbitran y administran sus recursos acorde con los procesos de contratación o donación y con los objetivos sociales superiores que inspiran su nacimiento y existencia.

El punto al que queríamos llegar es si este fuerte control es legítimo, si es compatible con el principio constitucional de la autonomía instalado en las constituciones de la región, y si permite un adecuado desarrollo del sector de las organizaciones de la sociedad civil.

Es a primera vista conveniente que existan controles a la actividad humana, ello hace parte de la definición del Estado de Derecho precisamente para garantizar la no vulneración de los derechos de los demás y proteger a la sociedad en su conjunto; pero también es cierto que se debe respetar la libertad y la autonomía de los ciudadanos y de sus organizaciones – parámetros que nos llevan a concluir que sí deben existir controles, pero no necesariamente todos radicados en cabeza de las autoridades públicas.

Manteniendo la función pública de vigilancia y control en cabeza del Estado, la que se ejerce a través de los órganos constitucionalmente establecidos para ello, se pueden desarrollar formas de control acordes con la naturaleza de independencia estructural, orgánica y funcional de las OSCs frente al Estado, y dentro del marco de esta independencia se pueden desarrollar, de tal manera que hagan de la autorregulación un modelo que permita el retiro parcial del Estado de esferas propias de la sociedad civil.

Pareciera claro que a mayor injerencia del Estado menor la autonomía de las organizaciones, y a mayor independencia de éstas menor la intervención estatal. En esta regla de inversión proporcional, simple por demás, radica buena parte de la legitimidad del sector que se construye –como lo señalamos– frente al Estado, para cumplir sus propios objetivos, con sus recursos o los de la población, con el trabajo de sus miembros, directivos o los contratados, con su propio esfuerzo y con la responsabilidad de un comportamiento honesto, leal, respetuoso de la legalidad, y de cara a la comunidad que recibe su acción. A ella es a quien compete realmente calificar lo bueno o lo malo de su acción, y por esto es a ella a quien el sector debe demostrar su idoneidad integral y rendir cuentas.

El Estado realmente rinde sus cuentas a las mismas entidades del Estado o al pueblo, cuando se le consulta sobre la integración, ejercicio o el control del poder público.

Las organizaciones de la sociedad civil deben rendir cuentas a sus propias organizaciones y al pueblo como suprema autoridad, y sólo en aquello que sea indispensable y debidamente concertado, a fin de mantener la armonía indispensable para la coexistencia, debe rendir cuentas a organismos especializados del Estado.

Desde esta perspectiva, pueden existir mecanismos idóneos para que se controle la actividad de las organizaciones civiles, y dar con ello tranquilidad al Estado y a la población, que estén radicados en las mismas organizaciones, conservando su autonomía y el principio de libertad.

Estos mecanismos los encontramos o podemos implementar en cada una de las etapas en que desarrolla su actividad cada organización de la sociedad civil.

LOS ESTATUTOS

La primera de las etapas es la propia ideación de la existencia de la organización, que se reflejará en su carta de constitución o sus estatutos.

Los estatutos son el primero y más importante instrumento de credibilidad, de visibilidad, con que cuenta la organización, toda vez que en ellos puede plantear:

1. Sus objetivos sociales filantrópicos y su no ánimo de lucro. Esta es la primera condición que define la naturaleza de la organización y que la ubica frente al Estado y la población en un estatus especial de servicio al interés general o social;

2. Su capital, que lo debe ser serio por su cuantía y real por su existencia material. Un capital visible, destinado a la inversión social y a la reinversión de las ventajas en el crecimiento del mismo objeto social, es muestra de interés real por su causa y de eficiencia en la administración. Una organización que crece y reinvierte es buena y es más observable;

3. El número de miembros, que debe ser considerable, a fin de que no se le ubique como una simulación de organización para el beneficio económico de una o dos personas;

4. El régimen de su gobierno interno, el que debe ser democrático, responsable y participativo. Los miembros de la organización deben gozar de oportunidades de elegir y ser elegidos en las estructuras internas de decisión, lo que elimina el monopolio, la concentración del poder y la eternidad de los directivos en un cargo, salvo que cuenten con la anuencia de los miembros. Este gobierno interno debe ser claramente definido en los estatutos, que deben fijar sus competencias, los procedimientos de su selección y la periodicidad de las reuniones. A quienes aspiren a ocupar un cargo directivo, se les deben exigir títulos, certificados, antecedentes o experiencia que demuestren su idoneidad ética y profesional.

5. Los estatutos deben también establecer claras inhabilidades, incompatibilidades, y disciplinar los casos de conflicto de intereses de los directivos, para impedir la indebida utilización de la organización para el beneficio patrimonial de ellos y de sus familiares, y evitar el nepotismo y la concentración del poder por familias. Por ello vemos conveniente la creación de una base de datos que informe sobre las actividades de los miembros de las organizaciones.

6. Se debe incluir en los estatutos el periodo de duración de la organización – que debe ser estable y largo, para evitar la creación de organizaciones que participen en un evento, disfruten los beneficios y desaparezcan.

7. El manejo de los recursos y los activos debe rodearse de normas de transparencia, que permitan un fluido control de los libros y cuentas por parte de los miembros que lo estimen conveniente, sin talanqueras o trabas que vuelvan engorroso tal procedimiento.

8. Las actuaciones de la organización deben ser públicas, conocidas por sus miembros y la opinión pública o la comunidad; el secreto debe ser restringido a la mínima proporción, tal vez por la propia competencia y por periodos de tiempo estrictamente indispensables, como el de la duración de un concurso público.

9. En desarrollo del punto anterior, deben las organizaciones civiles informar de manera sistemática al público sobre su actividad económica y, en particular, sobre sus balances y el cumplimiento de metas.

EL CONTROL ÉTICO

Es de suma importancia que, en sus propios estatutos, las organizaciones de la sociedad civil se den los contenidos éticos del sector al que pertenezcan: fundaciones, corporaciones, ONGs, sindicatos, organizaciones cívicas y comunitarias, religiosas, etc., o de los niveles territoriales en que desarrollan su actividad – municipal, departamental o regional, federal o nacional, de acuerdo con la estructura de cada país.

Si cada organización estructura un contenido ético común al de las demás organizaciones del sector, en el que conjuntamente se definan unos mínimos éticos comunes y simultáneamente

se faculte a las organizaciones de grado superior (como asociaciones, federaciones y confederaciones) para la solución de conflictos, evaluación de conductas e imposición de faltas visibles, es claro que no se requiere, de funcionar bien el sistema de autocontrol, la presencia sancionatoria del Estado y estaremos llegando al ideal de autorregulación.

Para su eficacia, debe haber aprobación en los estatutos a los contenidos éticos y cesión de competencias a organismos superiores determinados.

EL REGISTRO

El registro para constitución jurídica de las OSCs debería ser llevado por una organización privada y sin ánimo de lucro, que califique con independencia la concurrencia de los requisitos legales de existencia de cada organización, lleve su actualización, certifique su constitución, su capacidad, vigencia, las áreas en que desarrolla su objeto social, su representación legal y su experiencia, entre otros asuntos de interés para la comunidad y para el Estado. A través de este registro, las organizaciones no le piden permiso al Estado para existir – se autorregulan en su existencia y manejan su propia información, llegando incluso a certificar la idoneidad para la contratación pública o privada.

LA VEEDURÍA CIUDADANA EN LA GESTIÓN COMO FUENTE DE LEGITIMACIÓN DE LA AUTORREGULACIÓN

El control de controles es el ejercido directamente por el soberano: por la comunidad. Para implementarlo debemos desarrollar, no sólo frente a las organizaciones civiles sino frente al mismo Estado, mecanismos de participación del pueblo en el control de la actividad de las autoridades públicas o de las organizaciones privadas que manejen, a cualquier titulo, dineros públicos. Este instrumento, conocido como las veedurías ciudadanas, puede funcionar en el nivel local o nacional en que se desarrolle la correspondiente actividad; debe ser democrático, ejercido por voceros elegidos por la comunidad o por organizaciones civiles de control, y es el mecanismo que legitima la acción del sector.

No existe mejor aval que el de la población beneficiaria de una obra social que así lo certifica, y no existe mayor descalificación que la emitida por la comunidad que rechaza la actuación de una organización. Desde esta perspectiva, el principal factor de visibilidad de las OSCs se soporta en un efectivo control ciudadano y desde allí se legitima también cualquier propuesta de autorregulación.

LA REGULACIÓN CONCERTADA

Este tema se relaciona con la necesidad de crear espacios de concertación sociedad civil-Estado, para que los procesos regulatorios –en la medida que sean necesarios, como ocurre normalmente en el sector salud, por ejemplo– sean definidos en instancias locales o nacionales en las que se escuche la voz del Estado y también de las organizaciones de la sociedad civil.

Este es un mecanismo de legitimación para el Estado, para sus normas reguladoras del sector, y permite identificar un asomo de respeto por la naturaleza independiente y autonomía de las organizaciones de la sociedad civil.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Podríamos concluir esta ponencia diciendo que los controles por parte del Estado no deben desaparecer: deben acomodarse a la estructura y naturaleza de las organizaciones de la sociedad civil, respetando el principio de su autonomía y permitiendo el desarrollo de la autorregulación, la que se convierte en fuente de visibilidad y credibilidad de este sector.

Para lograr los niveles deseados de autorregulación, se debe, en primer término, concertar el tema con el Estado para que sea una política que direccione el comportamiento de las autoridades públicas frente al sector. Por otro lado, se deben incluir en los estatutos de cada organización los elementos de visibilidad necesarios para despertar la confianza de las mismas autoridades y de la opinión pública en general, generando un proceso de articulación que permita la participación de las instancias de grado superior de las OSCs en el control ético del desempeño de sus miembros.

Sobre el Autor:

HERNANDO ALFONSO PRADA GIL es abogado y consultor, participó en el Congreso Nacional Colombiano y es asesor permanente de la mesa nacional de participación de la sociedad civil. Es profesor de Derecho Constitucional en las Universidades Libre y Jorge Tadeo Lozano y, como docente, coordina el Departamento de Derecho Público de la Universidad Libre de Santafé de Bogotá, Colombia.

REFERENCIAS Y "LINKS" PARA CONSULTA:

Manual de Prácticas Constructivas en Materia del Régimen Legal aplicable a las Organizaciones No Gubernamentales © Banco Mundial, Departamento del Medio Ambiente

⇒ **Capítulo M - Autorregulación**

Marco Regulador de las OSCs en Sudamérica

⇒ **Elementos para la Consolidación de las OSCs en Sudamérica - Autorregulación y Confianza Pública** © International Center for Not-for-Profit Law

Integrity, Good Governance and Transparency: Rules for Self-Regulation
© International Center for Not-for-Profit Law

ANEXO No. 5

Informe Final de la Sala de Conferencias No. 1
REGULACION ESTATAL
Informe preparado por la moderadora, incorporando observaciones de los participantes

I. EL TELON DE FONDO

El tema de esta Sala, regulación estatal, tuvo como telón de fondo un hecho impresionante para quienes hemos asistido a foros de este tipo "en vivo y a todo color": se salvo rápidamente, y en forma implícita, el conflicto terminológico o conceptual (ONG, OSC, IPD, ESAL?) que en muchas ocasiones impide que se llegue a un verdadero debate. No obstante, la pregunta de que estamos hablando?, estaba implícita y cada quien resolvió el "dilema" de una manera eficaz (y rápida!). Asimismo, el planteamiento político -si se quiere- de cual es la identidad de las ONG, cual es su papel frente al Estado, también constituyo un elemento importante, cuyas diversas posiciones sustentaron un debate critico y constructivo. De igual manera, no podía pasarse por alto el tema de las ONG creadas por los gobiernos, es un fenómeno altamente extendido en muchos países de la región e incide actualmente en una especie de conflicto de identidad colectiva de las ONG (cuales son autenticas ONG? Cuales son "clones"?).

1. De que estamos hablando?

De que estabamos hablando? De organizaciones no gubernamentales (ONG)? De organizaciones de la sociedad civil (OSC)? De asociaciones y fundaciones a secas? Aunque el problema conceptual, que tanto espacio y tiempo ocupa en otros foros y seminarios, no fue abordado de manera explícita, a veces no estaba claro de que estabamos hablando exactamente. El Simposio se dirigía al marco regulador de las ONG, sin embargo "ONG" no significa lo mismo de un país a otro (a veces ni siquiera dentro de un mismo país). No obstante, no se genero la "Torre de Babel" que fácilmente podía haberse temido. Algunas personas le dieron una definición precisa de acuerdo con su realidad, "sin duda -se dijo- son las que persiguen un interés público", se asocian "con organizaciones de interés o promoción social y que reciben cooperación técnica internacional".

En otras intervenciones, simplemente se asimilo a las ONG con fundaciones y asociaciones, "puesto que el termino ONG (o sus equivalentes) distingue un fenómeno amplio no siempre identificable con precisión, la legislación debe referirse más que al fenómeno a su forma jurídica es decir: a las asociaciones o fundaciones". Hay, sin embargo, quienes consideran que "debe distinguirse entre lo que constituye un fenómeno organizativo o de la sociedad civil (ONG) que surge como consecuencia del derecho constitucional a asociarse y en respuesta a la necesidad de atender determinados sectores, de lo que constituyen las formas o figuras legales de organización (asociación, fundación)". Y aun otras personas, utilizaron el concepto "ONG" como sinónimo de organizaciones de la sociedad civil (OSC). (Respetando la denominación que cada participante utilizo, se opto por llamar indistintamente "ONG" u "OSC" al "fenómeno social" al cual estamos haciendo referencia).

Tácitamente, todas las opiniones coincidian que, independientemente de como le llamemos, el fortalecimiento de la sociedad civil (de la cual las ONG forman parte) es una necesidad en toda la región latinoamericana. Cual es el papel que la legislación juega en ese fortalecimiento? Las opiniones variaron entre propuestas muy especificas hasta planteamientos más de orden general. Lo importante no es promulgar leyes, alguien decia, sino establecer las condiciones jurídico-legales que permitan el libre desarrollo de las ONG. "El campo de las ONG deberia ser entendido como un laboratorio de experiencias de organización y acción social altamente cambiante y no como un mundo institucional cristalizado". Se afirmaba que sin un proceso de discusión, la ley se tornaría inocua, no mejoraria el actual estado de

confusión. "Debemos trabajar públicamente para lograr que la sociedad en general y las OSC participen en este proceso, y no solamente un acuerdo de gabinete entre algunas OSC y los poderes del estado".

La discusión sobre el papel de la legislación en el proceso de fortalecimiento de la sociedad civil, podía haber seguido por días y días. Inclusive aquella pregunta que se formula repetidamente cada vez que se aborda el tema, realmente necesitamos leyes?, careció de tanta relevancia cuando se observa, de un vistazo panorámico, a los países que participaron activa o pasivamente en el Simposio, que en la mayoría de ellos se encuentran en tramite reformas a la legislación que regula a las ONG (o bien estas han sido recientemente aprobadas).

Se mencionaron los casos de Bolivia, Brasil, Perú, México, Colombia, El Salvador, (y entre los que no se mencionaron Costa Rica, Nicaragua, Guatemala, Honduras, etc.). Entonces, siendo la existencia de nuevas leyes en toda la región prácticamente una realidad virtual (valga la metáfora), la necesidad de que el debate sea lo más pragmático posible fue mucho más importante que la discusión filosófica -o conceptual- que otrora nos quitara el sueño.

2. El papel de las ONG frente al Estado

Aunque prácticamente toda la región vive una era de democratización, de búsqueda de la institucionalidad y de reivindicar el Derecho como posible mecanismo de cambio social, no podemos olvidar nuestro pasado reciente. Los gobiernos en Latinoamérica han sido dictatoriales, paternalistas o corruptos y la organización social ha sido necesariamente afectada por estos patrones. Actualmente, vivimos muy en carne viva esa herencia y cuesta ver al Estado como el "guardián del bien social", se lo ve más bien, como el represor o el competidor. El tema de la regulación estatal a las ONG necesariamente esta influido por el legado de desconfianza, fragmentación y confrontación que recibimos de las décadas pasadas.

Actualmente, el tema del fortalecimiento de la sociedad civil es lugar común en los discursos de los gobernantes de turno. Lo lógico seria que este discurso estuviera acompañado por la creación de ambientes legales favorables a ese fortalecimiento que amplien y faciliten el espacio de la organización. Paradójicamente, sin embargo, prevaleció en las distintas intervenciones la tendencia a afirmar que el control estatal excesivo es una practica común en nuestra región. Así, se hizo referencia a la discrepancia existente entre excesivos controles estatales y el derecho de las ONG a la libre iniciativa.

Como ejemplo de esa discrepancia, un participante boliviano relato que en Bolivia, en virtud de un Decreto Supremo, las ONG "deben concertar y enmarcar sus acciones en el Plan de Desarrollo Municipal, llegándose a disponer que el Gobierno Municipal debe incorporar los recursos comprometidos por las ONG en el presupuesto municipal, como si fueran fondos públicos o estatales". Representantes del Departamento de Coordinación con ONG (DCONG) del Ministerio de Hacienda de ese país, consideraron que el Estado no pretende tener un control excesivo sobre las ONG, sino que, en el caso específico de los recursos de la cooperación oficial internacional canalizados por el Estado, se debe suscribir convenios y contratos para su ejecución con los Gobiernos Municipales.

El tema de fondo lleva a preguntarse, cual es el papel de las ONG frente al Estado? Colaboradoras (socias) o ejecutoras? Las respuestas a este interrogante, de manera implícita o explícita, fueron la plataforma de base de todas las intervenciones.

Algunos participantes tuvieron una posición enfática en este sentido. Advirtieron que no se debe confundir Estado con gobierno. El Estado es aquel que esta explicitado en la Constitución, nada tiene que ver con el comportamiento actual de las administraciones de los poderes de la República, las políticas públicas son transitorias y resultantes de "pactos sociales" de coyuntura. Una OSC resulta de otro pacto que puede o no

ser coincidente con el de la Administración actual. "Ese pacto OSC no puede escapar de la órbita del Estado democrático de derecho definido en la Constitución, pues la rebeldía y el derecho a ella se incluye en el Estado. Puedo ser una OSC de fin público y no estar de acuerdo con la política gubernamental".

Esta posición fue "rematada" por una declaración de principio: la vocación de las ONG consiste, antes de todo, en luchar por cambios políticos y culturales y en desarrollar acciones ejemplares, y no en substituir al Estado en sus obligaciones sociales.

Otras personas, si bien coincidieron en que las ONG no pueden limitarse a ser brazos ejecutores de las políticas gubernamentales, advirtieron que "en la medida en que se pretenda solicitar y obtener apoyo económico estatal, de hecho debe guardarse alguna congruencia y respeto por el Plan Nacional de Desarrollo".

En fin, no se puede concluir con una posición única que responda a la pregunta cual es el papel de las ONG frente al Estado, sin embargo, también habría que preguntarse si sería deseable llegar a un consenso, este de todas maneras, no parece factible en el mediano plazo. El arte esta, entonces, en saber donde están los acuerdos y los disensos, y que estos no sean obstáculos infranqueables para seguir adelante en el proceso de discusión, análisis y propuestas.

3. ONG gubernamentales?

Para hacer aun más compleja la discusión sobre el papel de las ONG frente al Estado, no se podía ignorar un fenómeno común en muchas partes de Latinoamérica: el Estado creando sus propias ONG.

En algunos países las ONG son creadas para evitar las leyes y normas de la administración pública. Aun más, se afirmó que esta tendencia es pieza clave del rompecabezas del modelo macroeconómico actual, en virtud del cual el Estado se desentiende cada vez más de programas sociales que pasan a ser ejecutados por las ONG "estatales".

Se refirió a un gobierno que mediante una especie de decreto-ley esta creando "organizaciones sociales", muy parecidas a las OSC genuinas pero con participación estatal. Paulatinamente, el gobierno reducirá sus aportes financieros a estas OSC y la sociedad será llamada a financiarlas por medio de donaciones. Y todo, en desmedro de las "verdaderas" OSC que difícilmente podrán competir por los escasos recursos disponibles. Se dijo que se trata de algo así como "la adaptación de principios y normas a las contingencias de la reforma del Estado".

En otros países se recordó, el caso de los "auxilios parlamentarios" que los congresistas otorgaban a ONG de papel, creadas por ellos mismos, en un contexto distinto al de la reforma del Estado, pero teniendo como elemento común la desnaturalizacion de las ONG. Se canalizaron montos importantes de dinero que supuestamente estaban destinados a contribuir al desarrollo de sus respectivos departamentos y en la realidad se los utilizaba para financiar las campanas de reelección de los congresistas. En ese sentido, por ejemplo, la nueva Constitución Política de Colombia prohibe terminantemente los auxilios parlamentarios, se dejo abierta la posibilidad de que el gobierno celebre contratos con las Entidades Sin Animo de Lucro (ESAL), sin embargo, hay un clima de desconfianza que limita la posibilidad de realizar dichos contratos.

Así las cosas, se "oyeron" voces enfáticas a favor de la prohibición absoluta de que el Estado conforme sus propias ONG. "Si el Estado cree que la OSC es el instrumento apropiado de operación, debe convocar a la sociedad a hacerlo y dar su apoyo, si el Estado quiere la participación ciudadana en la gestión pública, que fortalezca a las OSC". Hubo otras voces que se unieron al clamor, y agregaron, "que se extienda la prohibición a los funcionarios públicos", lo cual fue considerado excesivo por otras personas que hicieron

un llamado a la mesura, argumentando que la propuesta de prohibición a funcionarios públicos es injusta "un día se es funcionario público otro día no. El derecho de asociación es siempre libre y no puede estar restringido por este tipo de criterios. Distintas son las situaciones de incompatibilidad que deben ser reguladas. Pero por que seria inadecuado que un funcionario o empleado público sea un asociado más en una asociación civil privada?".

De igual forma, se considero que si bien es un contrasentido que el Estado cree ONG, la situación no es tan clara en el caso de las fundaciones. La afectación de un bien o patrimonio público daría por resultado una fundación pública, "y no habría razón para que el Estado no afecte bienes patrimoniales públicos para finalidades sociales".

En otros contextos, se afirmo que no se trata de que a los poderes del Estado se les prohiba o no crear ONG, pues se tendrían que crear leyes especiales para que puedan hacerlo en virtud del principio de legalidad ("en derecho público sólo se puede hacer aquello que esta expresamente permitido").

Finalmente, para avivar aun más la polémica en una intervención se afirmo que "no vale la pena, seria contradictorio que el Estado constituyera ONG: todo Estado debe ser como una enorme ONG que se financia por la contribución solidaria de los beneficiarios de su trabajo social, lo que hacen quienes constituyen una ONG es constituirse en colaboradores del Estado en el cumplimiento de los deberes que este tiene, en especial cuando se recibe apoyo económico estatal".

II. CONSTITUCIÓN JURÍDICA, FINES Y ACTIVIDADES

1. Después de todo, que son fines públicos?

Interesante e inesperada la discusión que se suscito alrededor de la definición de los fines de la organización y, en particular, sobre los fines públicos.

Para empezar se reafirmo lo obvio: los fines deben ser lícitos y generales (aunque una voz disidente afirmo que es innecesario, por redundante, establecer que los fines son lícitos). Para mayor precisión conceptual se aclaro que fin no es igual que objeto social. Fin es el propósito general que buscan los miembros a través de una organización, el objetivo social puede ser de carácter cultural, salud, etc.

Se reconoció la dificultad existente en establecer una definición legal de interés o utilidad pública vs. beneficio mutuo, por tratarse de conceptos variables de difícil delimitación, tampoco es recomendable establecer una enunciación legal de otros conceptos (objetivos, fines específicos, etc.) deben ser los miembros de la organización quienes los establezcan. No obstante, también cabe a la ley asumir el reto de dar definiciones precisas que determinen el ámbito de su propio alcance y para orientar en su aplicación. La legislación debe enfrentar el desafío de dar definiciones a conceptos básicos y conceptos clave cuando se trate del goce de beneficios legales. Entre ellos no sólo esta "fines públicos", sino también "finalidad lucrativa", por ejemplo. Así, los participantes asumieron el reto de definir esos complejos conceptos jurídicos indeterminados. Se comenzó diciendo que fines públicos serían todos aquellos tendientes a obtener el bien común y que deben señalarse de modo genérico, pues la prioridad que se le otorgue a esos fines cambian según el gobierno de turno. Coherentes con la discusión reseñada en el punto anterior, algunas personas discreparon de esta posición y clamaron por la identificación de criterios objetivos para la definición de fines públicos. "No puede ser el gobierno el que determine que una OSC es de fin público, debería ser una ley con características de acto vinculante, no discrecional: después de constatar ciertos requisitos legales, la Administración esta en su deber de otorgar tal calificación, la cual sirve a dos propósitos: premiar a este tipo de OSC (con exenciones, por ejemplo), y que la sociedad sepa las calidades

de la OSC, para mantener una relación de confianza y apoyo". Se propuso, además, que para determinar si los fines de una organización son públicos, debe analizarse caso por caso y establecer algunos mecanismos "automáticos" que sean objetivos, por ejemplo, si la organización forma parte de un consejo estatal representando a la sociedad civil, tiene que ser de interés público. Otro participante fue más allá y propuso que el concepto de fines públicos se establezca no por referencia a las formas organizacionales sino a la naturaleza de la actividad, en ese sentido, podría perseguir fines públicos inclusive una organización lucrativa, un sindicato o una ONG. Y para la determinación de cuales actividades son, en un momento dado, correspondientes a fines públicos, se considero que "el Estado y la sociedad civil en dialogo podrán, caso a caso, ver de que manera concreta la actividad merece tal o cual grado de regulación o control, lo cual se reflejara no en una ley marco genérica sino en las leyes sectoriales respectivas". Consonante con esta visión más bien amplia de los fines públicos, se ensayo la siguiente definición "salomónica": fines públicos son "todos aquellos permitidos a la iniciativa privada y cuya realización corresponda a concretar valores, principios, fundamentos y derechos consagrados en el texto de las Constituciones nacionales".

Como se dijo anteriormente, la importancia de establecer que los fines de una organización, o de su actividad, son públicos estriba en que le corresponderían algunos incentivos para realizar su labor, así como mayores niveles de exigencia en cuanto a la rendición de cuentas (inclusive se sugirió que en Brasil las organizaciones de interés público puedan ser objeto de "acción civil pública", que cualquier ciudadano pueda ser parte legítima para proponer investigaciones). Sin embargo, también se demostró que los incentivos tributarios tienen poco significado financiero para las OSC, entonces, cual es el sentido de la declaratoria de interés público?, "la distinción entre fines públicos tiene poco impacto real en términos de las existencias y acciones reales de la mayoría absoluta de las OSC, sea porque preceden al Estado, sea porque se relacionan con el independientemente de ser o no reconocida como de fin público". En todo caso, se reitero el principio de que tanto empresas como ONG deben tener total libertad para fijar su misión, objetivos y medios para alcanzarlos.

2. Ley marco, leyes especiales, leyes sectoriales

Se preguntaba en la agenda de discusión si es deseable la compilación de todas las leyes referentes a las ONG en una ley marco o si seria preferible contar con diversas leyes para diversos tipos de ONG. Las respuestas fueron disimiles, y cada quien desde su propio contexto defendió las diferentes alternativas.

En primer lugar, se hizo una defensa enfática de la ley marco en Bolivia, entendida esta no tanto como una mera compilación de las leyes referentes a las ONG sino como una Ley Reglamentaria del Código Civil. Se considero ,conveniente la ley marco por su carácter general y porque debe establecer una serie de principios también generales. Las características peculiares de cada sector de ONG no podrían contemplarse en la ley marco (incluyendo la distinción entre organizaciones de beneficio mutuo e interés público), sino que serían las leyes sectoriales las encargadas de fijar con precisión los elementos correspondientes a cada actividad especifica (así por ejemplo, las ONG que trabajan en salud se regirían por las normas que rigen al sector salud). Inclusive se considero admisible que algunas leyes sectoriales pidan requisitos especiales a determinadas ONG por su tipo de actividad. A esto, se reacciono diciendo que si van a existir normas sectoriales que fijen requisitos según la naturaleza de la actividad, deberían existir justificativas bien fundadas y claras, a fin de respetar la equidad entre las distintas ONG.

Quizás falto profundizar en la discusión si este binomio propuesto "ley marco - leyes sectoriales", realmente facilitaría el accionar de las ONG, o si de modo contrario las podría sujetar a innumerables normas generales y particulares, que no necesariamente harían más ágil y flexible el marco jurídico aplicable. Otras intervenciones consideraron que son más adecuadas las leyes especiales, porque delimitan claramente el ámbito de operación de cada tipo de organización.

En el punto especifico si deberían existir leyes especiales para ONG (aquellas que distingan a organizaciones de desarrollo de las organizaciones caritativas o de beneficencia), se considero que la denominación "ONG" debería ser privativa de las organizaciones de interés público, vía modificación del Código Civil, no tanto mediante la promulgación de leyes especiales.

Sin embargo, la discusión va más allá. Existen otros elementos que hacen diferentes a las ONG como tales (independientemente de que su naturaleza jurídica corresponda a la de una asociación o una fundación) de otros tipos asociativos? Con base en la experiencia peruana, se ensayaron los siguientes elementos que hacen distintas a las ONG de las asociaciones civiles comunes y corrientes: a) Los miembros no son asociados en sentido estricto, sino más bien promotores. b) La conformación del patrimonio no necesariamente se basa en cuotas de los asociados sino en financiamiento proveniente de la cooperación internacional. c) Sus fines son de interés o promoción social.

Debe señalarse, que esta categorización confronto los rasgos distintivos de una ONG frente a una asociación civil, no se considero el caso de las fundaciones. No obstante, observando la realidad de muchos paises, seria factible decir que las ONG constituidas como fundaciones también han asumido los elementos señalados. Este es un aspecto que requiere mayor discusión y análisis desde la perspectiva de los distintos paises y regimenes jurídicos.

3. Diez o dos? Patrimonio actual o programado? El dilema de la constitución de las ONG

Hubo consenso en que el proceso de constitución de las ONG debe ser claro, sencillo y que los requisitos y condiciones deben tener un carácter abierto y permisivo, no restrictivo. Algunos consideraron que no precisa que este proceso sea necesariamente detallado, puesto que siempre y cuando los fines sean lícitos, la constitución de una OSC es un derecho de la ciudadania. Hubo un acuerdo general en que el órgano estatal no debe controlar "a priori" a las ONG poniendo trabas a su constitución. Como parte del proceso sencillo y ágil se considero que deberían ser los notarios los encargados de inscribir a las OSC y que el proceso puede ser descentralizado, existiendo un Registro único.

Se sugirió establecer el silencio administrativo positivo de dos meses, después del cual se da por constituida la ONG. Este plazo fue considerado excesivo para otros contextos, sin embargo, quedo claro que independientemente de como se organicen las burocracias nacionales, es importante poner un limite de tiempo para los tramites de tipo formales.

Cuantos miembros deben requerirse para la formación de una asociación? En tesis mayoritaria, se considero que diez debe ser el numero mínimo de personas para constituir una asociación. Esto, sin embargo, fue objetado por quienes preguntaron, por que diez? Cual seria la base para establecer ese numero y no otro? "En vez de limitar por el numero de personas que pueden crear una ONG, estableciendo mínimos que siempre serán arbitrarios, debería exigirse que los estatutos de cualquier asociación fijasen normas claras de procedimientos para la admisión de nuevos miembros, garantizándoles igualdad de participación y que el numero máximo de ellos fuera siempre ilimitado".

Se respondió que el numero de diez personas es necesario para que la organización sea canal de participación ciudadana, las ONG deberían expresar el punto de vista y la voluntad de actuar de una pluralidad significativa de personas y debería congregar una membresía mínima que permita cubrir una Junta Directiva razonable. A la vez, se considero que con ese numero se subraya "mas un concepto que un numero en si mismo: se trata de un problema de credibilidad, dejar claro que se trata de un esfuerzo verdaderamente colectivo". Además, "es una señal de la voluntad de cambiar imágenes que pueden ser negativas para las ONG en general".

En cuanto al monto del patrimonio inicial (dotación) de una fundación, se considero, en primera instancia que este debe ser suficiente para que la fundación cumpla su misión. Tanto en Bolivia como en Chile se considero que debe competir al órgano administrativo establecer a cuanto debería ascender dicho monto. Se dijo que las fundaciones con patrimonios simbólicos son un contrasentido y que deberían ser prohibidas (lo cual puede no ser aplicable ni justo para aquellos paises donde en la practica no se distingue claramente una fundación de una asociación). Sin embargo, lo anterior fue flexibilizado con la idea de la "integralizacion" patrimonial a lo largo del tiempo, es decir, que las fundaciones tengan a su inicio una dotación actual o programada, debiéndose, en este ultimo caso, fijar el tiempo en que dicho patrimonio debe concretarse.

Aunque no se ahondo mucho en el tema especifico de la constitución de las fundaciones y de su carácter singular - pues la tendencia fue más bien a hacer mayor referencia a las asociaciones- se coincidió en varios paises, que el nivel de responsabilidad de las fundaciones es más alto, principalmente por parte de los responsables del patrimonio. Se señaló que en el Perú la definición de fundaciones excluye a las fundaciones familiares o de beneficio particular.

4. Actividades económicas relacionadas o no con la misión (villanas o heroínas?)

a) Generalidades

El tema de las actividades económicas fue uno de los que genero mayor discusión e intercambio de opiniones, probablemente como muestra de que este es un debate muy vigente en toda la región latinoamericana. Las ONG están realizando diversos tipos de actividades económicas, algunas como parte de su misión u objetivo, pero otras más bien dirigidas a la búsqueda de su autofinanciamiento y sostenibilidad, habida cuenta de la dramática reducción de los fondos de la cooperación internacional para muchos paises latinoamericanos. Pueden las ONG realizar actividades económicas? En tesis de principio la respuesta fue afirmativa siempre y cuando, claro esta, se respete el principio de no distribución de las utilidades entre los integrantes de la organización y el de la desvinculación patrimonial entre el asociado o fundador y la organización. Sin embargo el tema va más allá, y como dijo alguien, las preguntas básicas aquí son: pueden las ONG desarrollar actividad económica distinta de sus fines esenciales? Y si lo pueden hacer, deben recibir tratamiento diferente a las realizadas por empresas?

Algunas posiciones fueron enfáticamente negativas a la posibilidad de que las ONG realicen actividades económicas, en especial cuando se trata de su autofinanciamiento, y consideraron que, de hacerlo, debe la ONG constituir una empresa lucrativa con personalidad jurídica distinta a la ONG. Aun mas, se llegó inclusive a afirmar que debería ser prohibido que las ONG, bajo sus finalidades y personería jurídica actuales, desarrollen actividades que deberían ser asumidas por otro ente y que no debería haber ningún tratamiento especial para las actividades que realicen las empresas creadas por ONG. Otra posición, considero que toda ONG que realice actividades económicas, ya sea como imperativo de sus propios fines y objetivos institucionales o como medio para generar recursos que permitan el desarrollo de sus programas, debería hacerlo a través de empresas, sin embargo, propuso que se conceda a estas empresas exención impositiva.

Y aun otra posición más, un poco escéptica a la realización directa de actividades económicas por parte de las ONG, considero que es más transparente que la entidad no desarrolle actividades económicas ni financieras por si misma, sino más bien que tenga inversiones, pudiendo ser accionista de entidades financieras o comerciales y que procure que más allá de ser simples inversiones contribuyan desde su propio campo empresarial al desarrollo de los objetivos de la ONG. Estas empresas no deben tener ningún tratamiento tributario preferencial

Otras personas, se preguntaron cual es el limite o extensión por parte de las ONG para la realización de actividades económicas? En virtud del principio de "especialidad" pueden realizar todos aquellos actos o contratos vinculados al cumplimiento de su objeto social. En ese sentido, pueden las actividades económicas estar vinculadas con su objeto social de manera directa o de manera indirecta, para este ultimo caso no debe perderse de vista el interés asociativo principal (objetivo social). En una ONG la realización de actividades económicas esta "subordinada" al objeto social o "interés asociativo" que persiguen en común los miembros, en vista de la finalidad no lucrativa que precisamente buscan. Así, aquellas actividades no relacionadas con el objeto social de la ONG no deberían ser permitidas, y en caso de que lo fueran no deben gozar de ninguna clase de exención tributaria.

Las posiciones negativas o escépticas, generaron "rebeldía" por parte de algunos participantes que se preguntaron si deberían seguir siendo validos estos principios. Afirmar que las ONG no deberían dedicarse a actividades económicas puesto que se convierten en empresas, sólo tiene sentido si se presume la existencia de beneficios tributarios, puesto que las ONG estarían compitiendo en una posición de "ventaja desleal". Por que no quitar las trabas a que las ONG puedan vender sus servicios si el producto de dichas ventas redundaría en sus programas? Por que no permitir que realicen actividades económicas aparentemente no vinculadas con su misión si no perciben ventajas tributarias? Lo importante es que nada se distribuya y para garantizar este principio se deben establecer controles y supervisión suficientemente rigurosas, no simplemente prohibir la realización de actividades económicas por no estar acordes con el principio de "especialidad".

Una visión acorde con esta ultima hizo el siguiente planteamiento: partiendo de una definición amplia del concepto de sostenibilidad, viéndolo en tres dimensiones: programática, material y generación de recursos a través de la venta de servicios o productos. Teniendo como marco esta visión, se afirmo que todas las acciones se deben transformar en productos de interés público y con potencial de comercialización, así, los productos de las ONG deben ser de excelente calidad y esto depende de la acción social detrás del producto. El planteamiento de si se debe generar utilidades o no "parece un drama típico de la clase media que no tiene problemas crónicos de sobrevivencia, puesto que cualquier entidad sin fines lucrativos que se dedique, por ejemplo, a la producción agrícola alternativa, no tendrá problema alguno con el superávit financiero de la comercialización de sus productos. Esto, por cuanto esa será una señal de su éxito y de las posibilidades de repercusión". Lo que diferencia a las ONG con las empresas es que las motivaciones no son el lucro y la orientación no esta dada por el mercado, además -según esta posición- las ONG no tienen nada que esconder.

b) La intermediación financiera

Entre las actividades económicas que realizan las ONG, las actividades financieras y crediticias constituyen prácticamente un subgrupo aparte, que por su complejidad y alto tecnicismo serian merecedoras de un Simposio dedicado únicamente a ellas. Si bien la discusión sobre este subgrupo en la Sala 1 fue somera, mereció una atención especial en muchas de las intervenciones, en particular, las actividades de intermediación financiera. Se entiende por intermediación financiera la capitación de recursos del público inversionista en forma habitual para constituir un fondo financiero que seria utilizado, en el caso de las ONG, para apoyar iniciativas del sector microempresario.

Se relato que en el Perú, las ONG pueden realizar actividades económicas mediante el crédito directo y la constitución de fondos de garantía. En ellos la ONG no realiza intermediación financiera, puesto que no capta fondos de terceros inversionistas en forma habitual, sino que hacen uso de donaciones. En ese país se ha creado el régimen especial para las Entidades de Desarrollo para la Pequeña y Micro Empresa (EDPYMES) que funciona como una empresa del sistema financiero, se organizan como sociedades

anónimas y están sujetas a las regulaciones propias de esta entidades. Lo novedoso de esta figura es que reúne a un grupo de organizaciones que otorgan financiamiento a la pequeña o micro empresa, es una experiencia sin duda interesante que esta en vías de ser emulada por otros países. Sin embargo, persiste la prohibición de captar recursos de terceros, es decir, de realizar intermediación financiera.

Y esta es la tendencia generalizada en la región: obligar a las ONG a convertirse en fondos financieros privados bajo la forma de sociedades anónimas controladas por autoridades bancarias. Algunos consideran que hay un peligro implícito en esta tendencia y se preguntan: quien atenderá al sector más pequeño? Hay una diferencia entre una ONG accionista en un banco o fondo financiero privado de la ONG que continua existiendo con sus propios fines y mecanismos. "La tendencia a que las ONG de intermediación sean fondos financieros privados comerciales se sitúa también en una lógica que con el tiempo ira suprimiendo a las iniciativas civiles no lucrativas lo cual no parece conveniente ni sano para el cuerpo social".

Por que no permitir a las ONG realizar actividades de intermediación financiera, estableciendo regulaciones especiales en la legislación financiera para contar con las garantías del caso pero facilitando la labor social de este tipo de intermediación? La pregunta quedo abierta para la reflexión y la búsqueda de propuestas innovadoras que no cierren la puerta a este tipo de actividades que han comprobado tener un fuerte impacto social.

5. Actividades políticas (un tema superado?)

Se podía suponer que la pregunta, hasta que punto pueden o deben las ONG involucrarse en actividades políticas?, generaría debate y posiciones encontradas. Sin embargo, ello no fue así. Sobre el tema se pronunciaron pocas personas y en el mismo sentido: a las ONG les asiste el derecho de involucrarse en actividades políticas, diferenciadas de las político partidistas, como una legitima actividad de quienes están involucradas en el quehacer social, "en todo lo que trata con el Bien Común de la sociedad". Se sugirió incorporar a la razón de ser de las ONG el principio de neutralidad político partidaria.

No se profundizo sobre mecanismos concretos de participación de las ONG en políticas públicas (en los niveles micro y macro), y apenas si se mencionaron los derechos constitucionales de opinión y petición. Probablemente esta parquedad se deba a que el tema apenas empieza ser de relevancia jurídica, o por lo contrario, a que el tema ya ha sido superado en algunos países de la región.

III. MECANISMOS DE SUPERVISIÓN

1. Deben establecerse mecanismos "especiales"?

En cuanto a los mecanismos que debe utilizar el Estado para asegurar que las ONG estén cumpliendo con sus deberes ante la ley y ante sus propios estatutos, se considero que lo único "especial" es la obligación que tienen las ONG de presentar informes sobre sus actividades y sus finanzas. Por lo demás, no se trata de crear ningún tipo de régimen ni mecanismo especial aplicable a las ONG.

La regla general debería ser que no debe haber supervisión hacia las ONG con fines lícitos, la supervisión estatal a las ONG no debe ser distinta a la supervisión que se admite para otras organizaciones privadas. Podría hablarse de dos excepciones a esta regla general: las fundaciones y aquellas ONG que reciben fondos públicos. Para el caso de las fundaciones, que por lo general es un instituto con pocos controles internos (a diferencia de las asociaciones), le compete al Estado proteger la voluntad del instituidor o fundador. Se considero, sin embargo, que más que control hacia las fundaciones debe hablarse de supervisión. Otras personas consideraron que deben reformarse las legislaciones que regulan a las

fundaciones con el afán de hacerlas más ágiles y autónomas en la toma de decisiones, así como permitir la participación de los propios fundadores en un órgano especial. Todo ello con el fin de que cuenten con mejores mecanismos de transparencia y rendición de cuentas que hagan innecesario el control y supervisión estatales.

En el caso de las ONG que reciben fondos públicos, ya sea mediante exenciones tributarias o el otorgamiento de donaciones, se justifica un régimen especial proporcional al beneficio recibido y la responsabilidad asumida. Algunas personas agregaron, además, a las ONG que perciben determinadas líneas de financiamiento de la cooperación internacional.

En ese sentido, se justifica que las autoridades gubernamentales ordenen una auditoría del manejo economico-financiero cuando la ONG maneje fondos públicos, y también, según algunas personas, cuando existan demandas judiciales por malversación de fondos u otros delitos económicos. Sin embargo, es claro que cuando están en juego fondos públicos la legislación general contiene ya normas de fiscalización y control y no es necesario crear regímenes especiales.

Se habló poco sobre el ente estatal encargado de la vigilancia y regulación de las ONG. Un participante propuso que estas funciones sean de competencia de una Comisión Paritaria integrada por representantes de ONG y del Poder Legislativo. más otras intervenciones, hicieron referencia al problema, endémico en nuestra región, de las burocracias estatales "especializadas" y sugirieron que en vez de crear nuevas estructuras estatales especializadas en la vigilancia de las ONG, se subsanen dichas deficiencias por medio de la conjugación de esfuerzos con la sociedad, con la delegación de parte de la responsabilidad a los auditores independientes, y para ciertas categorías de ONG incorporar la obligación de dar publicidad a sus informes financieros contables e informes de actividades y adoptar en la legislación tributaria la exigencia de auditoría independiente para los casos donde la transferencia de recursos públicos alcance montos significativos. Se hizo mucho énfasis en promover que la información de las ONG este abierta al público, lo cual contribuye a la visibilidad del sector, en este tema hubo posiciones encontradas como se vera en el punto siguiente.

Un par de intervenciones enfáticas señalaron que el cumplimiento de obligaciones de las ONG debería depender de las relaciones contractuales que esta establece. Se insistió que la vía contractual es más adecuada que la legislativa. Se dijo, inclusive, que no se ha explorado suficientemente el tema de la regulación por la vía contractual. La relación Estado-ONG debe regularse más que por leyes o normas reglamentarias por contratos. Y, ciertamente, este tema de la regulación por la vía contractual careció de debate, habría que determinar cuan aplicable es en los diferentes países, donde la relación igualitaria que supone la celebración de un contrato no necesariamente se da, en especial cuando se trata del Estado y de una ONG o de una agencia de la cooperación internacional y una ONG (por lo general, el Estado y las agencias de cooperación internacional llegan con sus términos de referencia ya preparados, muchas veces no susceptibles de discusión o negociación). Además, de alguna manera implicaría dejar los temas de la fiscalización y el control sujeto a las cláusulas de un contrato, y habría que preguntarse si ello es conveniente y factible tratándose de temas de interés público. El debate quedo inconcluso.

2. Deber de entregar informes y su publicidad

Como se dijo en el punto anterior, el deber de presentar informes a los entes estatales es el único deber especial de las ONG. No se discutió mucho sobre el tipo de informes que se deben presentar, quedo sobreentendido que se trata de informes anuales de actividades y de finanzas. Alguien considero, no obstante, que no se pueden diseñar exigencias de información que no estén al alcance de todas las ONG, hay que aclarar para que se quiere la información.

El debate se centró en si se debe dar publicidad a estos informes o no. Para algunas personas la respuesta debe ser negativa, "la obligación de presentar informes periódicos que sean libremente disponibles para el Estado y la comunidad vulneran la intimidad de la institución, le generan un esfuerzo adicional y pueden incluso perjudicar el éxito de su trabajo social".

Otras asumieron una posición intermedia y señalaron que no es conveniente dar absoluta publicidad a los informes, sino sólo en los siguientes casos: acceso a regímenes tributarios especiales, labores de interés social o en beneficio de la comunidad, acceso a líneas de financiamiento especiales.

Por el contrario, otras personas opinaron que las ONG deberían proporcionar anualmente información a la ciudadanía. El gobierno debería tener acceso a esta información como cualquier ciudadano; consideraron la publicidad de los informes como un mecanismo de autorregulación que abona a la transparencia que las ONG deben tener. Este punto será más desarrollado en la Sala 4 sobre autorregulación.

3. Sanciones

Las sanciones que deben imponerse a las ONG que han incumplido con los requisitos de la ley y de sus propios estatutos, dependen de la naturaleza del incumplimiento, es preciso que se determinen en el marco de los principios y reglas del debido proceso y dejar siempre abierta la posibilidad de apelación para ante una instancia judicial.

Alguien menciono que hay dos tipos de sanciones: apercibimiento y cancelación de personería. Esta ultima puede aplicarse cuando la ONG es responsable institucionalmente por la comisión de delitos económicos, tiene un numero de miembros inferior al mínimo requerido por la ley, y, no presenta información pública anual durante dos años consecutivos. Para otras personas estas dos ultimas causales fueron consideradas excesivas para provocar la cancelación de la personería jurídica. Esta debería surgir "por un control a posteriori del Estado cuando determine que la persona jurídica realiza actos contrarios al orden público o buenas costumbres. La reducción del numero de miembros inferior al requerido por ley es causal de disolución forzosa, que puede ser revertida por la propia persona jurídica; en cuanto a no presentar información pública anual se trata de un incumplimiento administrativo o formal cuya sanción debe ser acorde con tal hecho".

Alguien se pregunto como sancionar la incompatibilidad del accionar de la ONG con sus fines y objetivos institucionales? La pregunta quedo abierta para ser respondida en la Sala sobre autorregulación.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES

1. Detrás de la discusión sobre la regulación estatal y los mecanismos de supervisión y control hacia las ONG, esta la discusión política y social sobre el modelo de desarrollo y el papel que desempeñan en el las ONG. Algunos consideran importante profundizar esa discusión en el marco de las relaciones Estado-sociedad y no únicamente en función de la regulación especifica "ONG apoyadas por la cooperación".

2. Aunque, como ya se ha dicho, en el debate se pudieron escuchar posiciones y perspectivas diversas, en general fue común mencionar como una necesidad que la regulación estatal sea razonable, que no inhiba la organización social ni asfixie la iniciativa de la ciudadanía de organizarse. Todo lo contrario, la legislación debe promover, facilitar y estimular la organización ciudadana.

3. Como una nota que llama a la reflexión, fue común que algunas intervenciones tomaran como ejemplo la estructura, considerada ágil, de las organizaciones que lucrativas. Pareciera que en los diferentes

ordenamientos jurídicos las entidades comerciales tienen más espacio de acción, menos responsabilidades e inclusive más alicientes fiscales que las ONG. Esto constituye una paradoja, que algunas personas consideran que merece mayor debate.

Desde el punto de vista metodológico, puede decirse que la agenda de discusión de esta Sala fue cubierta casi en su totalidad, tocándose inclusive temas que no estaban contemplados pero que resultaron de suma importancia para el intercambio de ideas y el aprendizaje. Llama la atención, sin embargo, que el bloque B sobre Mecanismos de supervisión fue tocado de manera más superficial que el otro Bloque, valdría la pena hacer una revisión metodológica tanto de la agenda como de los materiales de consulta que fueron la referencia para los temas de esta Sala.

Informe Final de las Salas de Conferencias No 2 y 3

TRATAMIENTO FISCAL Y COOPERACIÓN

Informe preparado por el moderador, incorporando observaciones de los participantes

I. INTRODUCCION

1. El camino recorrido

Los organizadores del evento nos repartieron unos materiales previos (el Manual, las presentaciones iniciales o "keynote speeches" para cada sala, algunas otras notas) destinados a servir de marco de referencia común y a ambientar y documentar las preguntas especificas de las agendas de nuestras salas. Abrimos las salas (la Sala No. 2 el 29 de septiembre y la Sala No. 3 tres días más tarde) y debimos esperar varios días a que ellas cobraran verdadera dinámica. En vista del silencio inicial, pensamos que el tema tributario podía ser un poco ajeno a los intereses o al manejo de buena parte de los participantes; así lo comprobaron explícitamente varias de sus intervenciones. Optamos entonces por juntar las dos salas bajo el común denominador de la financiación de las ONG. Naturalmente, el ángulo de la financiación de las ONG no abarca ni agota por completo la dimensión del régimen fiscal especial para las ONG (especialmente la tributaria); tampoco subsume enteramente todas las múltiples aristas de la cooperación de las ONG con otras organizaciones de la sociedad civil y del Estado. Pero es quizás el máximo común denominador de ambas salas y, sobre todo, nos permitió vencer el silencio inicial y animar el manejo comparado de las dos vías de financiación. Como era de esperar, tropezamos con varias ambigüedades en el manejo del lenguaje. Según me lo han sugerido algunos de Uds., cito como ejemplo el manejo del vocablo "fiscal". Varios lo emplearon como sinónimo de "tributación" o de "impuestos"; otros, lo aplicaron tanto a la capitación de ingresos públicos como a la erogación o gasto de esos ingresos. Obviamente, este ultimo entendimiento abre las puertas a todas las vías de financiación directa o indirecta de las ONG por parte del Estado. Por fortuna, recurrimos generalmente al contexto o a las explicaciones sobre el uso de nuestros vocablos para darnos a entender a los demás y superar la ambivalencia o la imprecisión de los términos.

Poco a poco nuestras discusiones sobre las vías de financiación de las ONG nos llevaron a consideraciones especificas de cada una de las salas. Así, llegamos a plantear dilemas propios de la política tributaria y de la conformación y sostenibilidad de las alianzas o de la cooperación entre organizaciones sociales de distinto tipo para los fines propios de las ONG. La dinámica de nuestra discusión nos mantuvo siempre dentro de la problemática de las dos salas; pero no pudimos dar suficiente atención a las preguntas especificas que nos planteaban las agendas. Nos focalizamos en las consideraciones más fundamentales de las opciones de políticas y descuidamos un poco la parte instrumental y la parte operativa. Así, nos preguntamos preferentemente cual es la razón de ser y la justificación de los incentivos tributarios a las ONG y cual el impacto bajo el cual medimos la eficacia de esos incentivos o la eficiencia del gasto público implícito en ellos; pero no pudimos profundizar entre los varios tipos de impuestos o dentro del andamiaje especifico de cada impuesto. Asimismo, nos dirigimos más a los factores que motivan, facilitan o posibilitan la configuración de las alianzas de colaboración, a los mecanismos de conjugación de intereses diversos y a los aportes especificos de cada una de las partes; pero no alcanzamos a profundizar en las varias maneras como se gestan, funcionan y se mantienen esas alianzas o en los tipos de servicios más propicios para ser atendidos por cada tipo de alianza.

De manera que, al final de cuentas, hubimos de dejar muchas preguntas pendientes para futuras reflexiones y posteriores intercambios. Tanto de aquellas preguntas que nos proponían las agendas de las salas como de las que surgieron de manera implícita o explícita en nuestras discusiones.

El vacío de información sólida, especialmente información cuantitativa, se hizo evidente a lo largo de la discusión. Y varios de Uds. hicieron esfuerzos por llenar estos vacíos con la limitada información a su alcance y apuntaron a la necesidad de posteriores estudios que nos brinden datos más sólidos para la recomendación de políticas y reformas legales. Algunos anunciaron estudios en curso que podrán subsanar parcialmente nuestros vacíos. Otros nos convocaron a continuar trabajando sobre algunos de los temas que mayor dificultad nos presentaron, a saber: (a) las nociones de utilidad social y de responsabilidad social, que empleamos para delimitar las nuevas ONG de la filantropía tradicional, deben respaldarse con indicadores objetivos que permitan a las autoridades tributarias y a todos los actores sociales distinguir cuando se esta efectivamente frente a un acto de responsabilidad y cuando frente a un acto de filantropía, especialmente de filantropía empresarial; (b) el potencial o el alcance de la descentralización del Estado para la financiación de las ONG, especialmente por la vía de la conformación de alianzas de cooperación; (c) la participación de las ONG en el plano de la definición de las políticas y de los programas de alcance macro y de mediano o largo plazo, ya no solo en la ejecución de proyectos y en la rendición detallada de cuentas; (d) la constitución de fondos nacionales para el desarrollo con participación de varios actores sociales.

2. La dinámica de esta Conferencia Virtual

Alrededor de doce personas intervinimos en estas dos Salas. Seis o siete lo hicimos de manera muy activa; otras siguieron silenciosamente las discusiones y dieron ocasionales señales de presencia; de algunas otras nunca supimos si estaban o no presentes. El numero de personas que participan activamente en una Conferencia es siempre inferior al numero de participantes en ellas. Suele ser también mayor el numero de invitados que quienes efectivamente llegan a la conferencia. De manera que, en estos respectos, seguimos las pautas generales; pero todavía debemos preguntarnos por que la tasa de intervenciones efectivas resultó más baja que la que se suele dar en conferencias con participación personal. Entre todos hemos ido elaborando algunas de las hipótesis que podrían coadyuvar a la explicación de este fenómeno:

(i) Las dificultades técnicas o de comunicación parecen haber obstruido especialmente la etapa de convocatoria y de organización de la Conferencia.

(ii) La timidez o la falta de familiaridad con el uso de la comunicación electrónica, aun en aquellas organizaciones que cuentan con los equipos suficientes y no tropezaron con problemas técnicos durante la Conferencia.

(iii) La exigencia de las lecturas previas (en este caso abundantes lecturas previas) parece hacerse más rigurosa cuando se debe responder, por escrito, a preguntas especificas.

(iv) La moderación "virtual" no puede convocar a los participantes a intervenir con la misma eficacia con la que puede preguntar, en voz alta, a ciertos participantes de las conferencias de participación personal; especialmente cuando se trabaja en grupos.

(v) La ausencia del factor de compromiso efectivo que representan los costos de los billetes de transporte y de desplazamiento. A todo lo cual hay que agregar el hecho de que esta Conferencia se ocupa de temas relativamente novedosos, frente a los cuales todos sentimos incertidumbres. Son temas que preferimos abordar generalmente desde las abstracciones teóricas (v.g. el cambio de las relaciones entre el Estado y la Sociedad Civil) o desde la narración o descripción de nuestras propias practicas; pero frente a los cuales sentimos timidez de recomendar instrumentos puntuales o vías especificas de resolución de los problemas. Con mayor razón si se tiene en cuenta que en esta Conferencia estamos interactuando personas que provenimos de distintos marcos legales y de diferentes contextos políticos. De allí que varios de los

participantes hubieren recomendado que las próximas Conferencias se ocupasen de la discusión detallada de las practicas, a través de casos "paradigmáticos" o de aplicación más o menos común a toda la región.

Ahora bien, la Conferencia Virtual mostró sus enormes posibilidades para:
- Reflexionar por escrito, es decir, con textos a los cuales podemos referirnos una y otra vez, depurándolos y superándolos continuamente.
- Animar redes formales o informales de intercambio continuo que maduran gradualmente sus preguntas y sus recomendaciones, que aportan nuevas experiencias, que inspiran la creación de bancos de datos o la realización de estudios comparados, etc.
- Vincular audiencias cada vez más amplias a las que basta con recoger la secuencia de las discusiones para sumarse a ellas.
- Reducir los costos de realización de una conferencia de participación personal.
- Quebrar paulatinamente las barreras de las distancias y los contextos o los marcos jurídicos diferentes. Piénsese que, hasta hace poco tiempo, el Derecho Comparado era materia circunscrita a unos pocos versados en estas materias.
- Aproximarnos a políticas relativamente comunes en toda la región. O, cuando menos, a formular explícitamente las preguntas sobre las diferencias.

II. LAS PREGUNTAS PROPIAMENTE FISCALES

Los temas fiscales fueron menos tratados que los temas de la cooperación o las alianzas. Cuando los tratamos, lo hicimos predominantemente en relación con el Impuesto sobre la Renta. Y entonces nos concentramos en las deducciones para los donantes a las ONG y en las exenciones para las ONG mismas. Los créditos tributarios (y su argüida capacidad para llegar mejor al resultado deseado) no fueron discutidos o fueron descartados rápidamente. Menos tratados fueron los temas de los impuestos sucesorios o los demás tributos o contribuciones fiscales. Ocasionalmente tocamos el tema de las relaciones fiscales intergubernamentales (que nivel de gobierno puede cobrar o estructura que impuesto); pero entonces lo hicimos en conexión con las posibilidades de los gobiernos locales para formar alianzas y fuimos hacia el tema de las transferencias intergubernamentales y el acceso a fondos especiales. El hecho de que los participantes de Chile y de Brasil (ocasionalmente de Perú) pusieran más énfasis en este aspecto que los participantes de otros países lleva a pensar en un desarrollo desigual de las políticas (o de los debates sobre ellas) a lo largo de la región. Pero nuestra muestra es excesivamente limitada para fundamentar debidamente esta conclusión. Quienes tocaron el tema coincidieron generalmente en: (i) La importancia de mantener los incentivos tributarios, especialmente porque constituyen un mecanismo que brinda más garantías que los mecanismos (tradicionalmente más discrecionales) del gasto público. Porque abren las puertas a las iniciativas de la sociedad civil sin la orientación previa o exclusiva del Estado. Porque inspiran alianzas u otras formas de vinculación entre empresas privadas y ONG. Se miro entonces con preocupación la tendencia actual, que pareció extendida a varios países de la región, a reducir o eliminar los incentivos fiscales en aras de la neutralidad, la ampliación de las bases gravables o la (supuesta?) ineficacia de los incentivos. (ii) Carecemos de estudios sólidos de impacto, costo-efectividad o eficiencia, etc. para justificar nuestras apreciaciones sobre las virtudes de este mecanismo, en si mismo considerado o en comparación con otros. (iii) Conviene afinar los mecanismos de control de las ONG y de la destinación de los recursos para garantizar que ellos no se desvían hacia finalidades ajenas a las perseguidas por la política tributaria cuando otorga estos estímulos. Varios de los mecanismos de control esbozados nos pusieron en contacto con los temas de las Salas Nos. 1 y 4 de esta Conferencia Virtual. (iv) En cualquier caso, la vía fiscal es una vía complementaria a las otras vías de financiación de las ONG y no debe ser abandonada por el hecho de que surjan nuevas vías o nuevas alternativas de financiación.

III. LAS PREGUNTAS DE LA COOPERACIÓN PROPIAMENTE DICHA

Los participantes reconocieron el carácter incipiente del tema; pero coincidieron generalmente en que ya contábamos con suficientes elementos empíricos y conceptuales para distinguir entre las alianzas y los contratos de servicios o de ejecución de proyectos. Hablaron con frecuencia de experiencias en curso o que aun no pueden ser evaluadas en toda su complejidad o con la suficiente distancia. La discusión se concentro en los requisitos contextuales y de comportamiento para formar alianzas con la empresa privada y aquí resaltaron los temas de la cultura y la confianza. Se hicieron sugerencias de estímulos o incentivos para estimular una cultura de responsabilidad social y de acercamiento entre actores con distintas misiones y diferentes intereses.

La discusión presto también especial atención a los varios mecanismos mediante los cuales las ONG y los gobiernos se juntan para realizar algo en conjunto. Se quiso distinguir entre la mera contratación de servicios, tal y como lo ha hecho tradicionalmente el Estado, y la conjugación de propósitos, en un plano horizontal o de igualdad, entre ONG y gobiernos (o entre ONG y Estado, como lo subrayara con frecuencia uno de los participantes). Se visualizaron mecanismos para consagrar este ultimo tipo de relación. Se esbozaron ocasionalmente los papeles específicos que pueden cumplir las ONG en la promoción, conformación, desarrollo y sostenibilidad de las alianzas. Pero, como ya se dijo, no se profundizo sobre este tema. Se identificaron obstáculos legales a la conformación de las alianzas, especialmente en las alianzas con el sector público, por razón de los regímenes presupuestarios o de contratación que sujetan al sector público. Ocasionalmente se mencionó el régimen laboral como obstáculo.

IV. LAS RELACIONES ENTRE LAS TEMATICAS DE LAS DOS SALAS

- Los participantes insistieron en la necesidad de ampliar y complementar los instrumentos de financiación de las alianzas. Generalmente no se vio a la financiación fiscal y a la opción de cooperación como opciones excluyentes sino complementarias; incluso se sugirieron campos o nichos de aplicación especializada de la vía tributaria de financiación y de la vía de financiación mediante alianzas.

La descentralización fiscal y los manejos participativos de los fondos sociales o de emergencia, entre otros, conectaron el tema fiscal con el tema de las alianzas, particularmente en el nivel local o comunitario. Se subrayo la necesidad de colocar cortapisas que aseguren que la financiación de las ONG no se vuelve un fin en si mismo sino que llega a los fines o destinatarios perseguidos. Nuevamente, este tema nos conecto con las Salas Nos. 1 y 4.

Informe Final de la Sala de Conferencias No 4:
AUTORREGULACIÓN DE LAS ONG
Informe preparado por la moderadora, incorporando observaciones de los participantes

I. POR QUE LA AUTORREGULACIÓN?

La única manera de evitar el control estatal excesivo sobre las ONG y a la vez garantizar la transparencia y la rendición de cuentas ante la sociedad, es la autorregulación. Esta puede verse, según el Manual de Practicas Constructivas en Materia del Régimen Legal Aplicable a las ONG del Banco Mundial, desde dos perspectivas: a) los esfuerzos de una ONG para regularse a si misma, y, b) los esfuerzos de grupos de ONG para establecer y aplicar estándares a todos los miembros del grupo.

A pesar de la importancia indudable del tema, en la región se han desarrollado pocas experiencias concretas y exitosas de autorregulación. Pareciera que existe una especie de resistencia a que se establezcan controles internos rigurosos dentro de las ONG, a publicar información abiertamente y a coordinarse con otras organizaciones del sector para elegir y acatar parámetros de buen gobierno y visibilidad. Probablemente la razón de esta resistencia se explique en las condiciones sociopolíticas de cada país y a que el fenómeno de las ONG participando "libremente" en diversas esferas del desarrollo, es un fenómeno reciente.

En contraste con la nutrida participación que tuvo la discusión sobre regulación estatal, el tema de la autorregulación fue abordado de manera mucho más somera. No obstante, este tema fue introducido de una u otra forma en el debate sobre regulación estatal, lo cual no produce ninguna sorpresa, puesto que regulación estatal (digamos externa) y autorregulación (o interna) son dos caras de la misma moneda. Por ello, en el resumen que se presenta a continuación, se han tomado temas tratados en la Sala 1 y que corresponden, con mayor propiedad a la Sala 4 sobre autorregulación. Debe advertirse, sin embargo, que por la estrecha relación de ambos temas cuesta, a veces, separarlos. Por ejemplo, interesante fue la afirmación de que si no hay incentivos tributarios, ni acceso a fondos públicos, no hay necesidad de hablar de control o regulación estatal, "la OSC como fenómeno social anterior al Estado, tendría su propia autorregulación".

II. ESTRUCTURA Y GOBIERNO

1. Estatutos

Como lograr el equilibrio entre la libertad de las ONG para autogobernarse y la subordinación a normas externas? Los estatutos son los mecanismos de autogobierno por excelencia. La ley debe dejar a criterio de la asociación la definición de las facultades que encomendara a esta y demás órganos que considere, sólo debe establecer un marco de principios a ser observados por las asociaciones y fundaciones, pero son los estatutos los que han de especificar y dar su singularidad propia a cada organización. La ley debe establecer un marco general o básico respecto a la estructura organizativa y otros temas vinculados a este tipo de organizaciones sin fines de lucro. Es decir, la legislación debería establecer algunos mínimos esenciales que se deben contemplar en los estatutos y el resto dejar a la libre iniciativa de los integrantes de la ONG. Es importante que estos mínimos esenciales sean determinados por la legislación y no por la regulación administrativa, puesto que visto esta con la experiencia de algunos países que aplican los estatutos estandarizados o estatutos tipo, que esta puede ser una manera indeseable de intromisión estatal en los asuntos internos de la ONG. No obstante, es importante definir cuales son los mínimos esenciales.

En términos generales, se mencionaron los siguientes parámetros: reglas sobre las potestades y funciones de la Asamblea General; la igualdad de derechos y deberes de los miembros, incluyendo el derecho al

disenso; criterios de exclusión y admisión de asociados, aplicando las reglas del debido proceso (entendidas estas básicamente como el derecho a la defensa); la elección de miembros para el desempeño de cargos de dirección; el destino del patrimonio en caso de disolución voluntaria; la prohibición expresa de distribuir cuotas, ingresos o utilidades entre los asociados; representación legal. Se sugirió que además de los estatutos, las ONG deberían contar con reglamentos internos (escritos y públicos), donde se detallen los mecanismos de gobierno, administración, políticas institucionales, establecimiento de sanciones hacia los asociados que incumplan las disposiciones en el contenidas. No obstante, a pesar de la importancia de los reglamentos internos, en otra intervención se considero que el instrumento apropiado para reseñar materias substantivas son los estatutos (mas que los reglamentos), que deben ser públicos, registrados por un notario, archivados donde puedan estar abiertos a la consulta de cualquier parte interesada.

Además, mediante la ley se puede impulsar la autorregulación de las ONG. Se mencionaron las siguientes propuestas concretas:
- La ley puede PROMOVER la autonomía con responsabilidad, señalando áreas abiertas a la autorregulación.
- Puede OSAR innovaciones para estimular la autorregulación de asociaciones y fundaciones, concediéndole un status de "libertad vigilada", es decir, en vez de simplemente establecer prohibiciones, que la ley exija la inclusión en los estatutos de una presentación circunstanciada de las reglas internas.
- La ley puede PROVOCAR la autorregulación, instando a las OSC a incluir en sus estatutos valores internos positivos.

El caso especifico de las fundaciones merece atención aparte, puesto que es una figura diferente a la asociación, con menos controles internos (no cuenta con Asamblea ni con asociados), su estructura organizativa es básicamente de carácter administrativo y de gestión. Se hizo énfasis en la necesidad de identificar y promover estructuras flexibles, buscando un equilibrio entre protección del interés del fundador y cumplimiento del objeto social vs. autonomía privada. Es necesario contar con mecanismos ágiles para complementar la voluntad del fundador, una estructura administrativa que busque dar participación a los fundadores, participación y control del Estado, regulación de conflictos de intereses, posibilitar la modificación del estatuto para asuntos no substanciales (que no se altere la voluntad del fundador), de tal manera que las fundaciones puedan adaptarse a los nuevos tiempos.

La obligación de realizar auditorias externas se podría exigir a aquellas ONG que tengan acceso a beneficios tributarios especiales, acceso a fondos públicos o que desarrollen actividades de interés social o público.

En cuanto al tema de la responsabilidad de los asociados, por un lado se considero que debería estar limitada al aporte de cada quien, lo cual genero la pregunta, que pasa cuando las asociaciones perciben recursos del público? Se relato que en Brasil se esta sugiriendo que los consejeros y administradores de una ONG sean responsables hasta el limite de su patrimonio personal, lo cual debe estar establecido por una decisión judicial.

Quedo pendiente de aclaración la propuesta de que en la estructura orgánica de una ONG se discrimine funciones de dirección y de administración y se establezca la incompatibilidad en el desempeño simultáneo de ambas funciones.

2. Deber de información, acceso a archivos de las ONG y transparencia

Debería darse acceso a la información y archivos de una ONG? Hasta que punto deben publicarse los informes de las organizaciones? El tema fue debatido acaloradamente. Todos coincidieron en que es

necesario lograr la transparencia de las ONG y conquistar la confianza del público, el debate giro alrededor de que se debe publicar, en que medio y a que información se debe tener acceso.

Unos consideraron que las ONG deberían tener políticas de información hacia el público sobre sus actividades y recursos, pero que por la variedad de ONG no se pueden señalar parámetros comunes y exigir a todas lo mismo, no se puede exigir la información de manera indiscriminada. Por el contrario, otras personas sustentaron la posición de que la ley debería exigir a las ONG proporcionar anualmente información a la ciudadanía, tanto sobre su gestión programática como económico-financiera y que estos informes podrían publicarse en la pagina Web de las asociaciones o redes de ONG.

También hubo posiciones en los dos extremos:
* No es suficiente que se publiquen informes de las actividades y del financiamiento de la ONG, se deben incluir en sus procedimientos la auditoria externa y la existencia de instancias externas de rendición de cuentas, la primera instancia es la asamblea de asociados pero se puede ampliar convocando a grupos sociales externos a la OSC.

* "Sería llevar a los extremos pensar que cualquier ciudadano pueda tener acceso a los archivos, situación que podría darse únicamente desde un proceso judicial que así lo ordene".

Otras personas consideraron que el acceso a la información debería regularse de manera contractual, según las características, alcances y beneficiarios de cada ONG. "Se requieren parámetros diferenciados como bases para los contratos más que normas uniformes que muchas veces no se pueden cumplir".
Se podría establecer que el contrato obligue a que la información financiera se entregue a los beneficiarios. Un participante pregunto como podrían todas las ONG existentes en un país publicar sus informes en los medios de comunicación? "Buen negocio para estos últimos, pero que se logra efectivamente?".

Quienes defendieron con mayor énfasis el deber de dar acceso y publicar la información de las ONG dijeron que la información es necesaria para promover la transparencia de las ONG: estas en su relación con el Estado y la sociedad no sólo deben ser, sino que deben parecer y ser percibidas como honestas. Además, dependiendo que tan democrático es un gobierno en particular puede ser contraproducente que los informes de las ONG sean accesibles únicamente en las dependencias gubernamentales, por ello es doblemente importante que las ONG publiciten la información sobre los aspectos más importantes de sus actividades y finanzas. Así, un participante, fue más allá y considero que el problema de fondo es que el carácter privado de las ONG prevalece sobre lo público cuando se trata de la transparencia, sin embargo "reivindicamos lo público cuando gestionamos recursos públicos", si bien en el pasado podría justificarse una resistencia a brindar información por razones políticas, actualmente este ya no es un elemento inhibidor importante. Y más aun, sostuvo que no sólo deben elaborarse bancos de datos de acceso público, sino que se debe proveer la información de la ONG a la prensa, para que "haga lo que juzgue apropiado con esa información" o mantener en las sedes de las ONG murales con la reseña de las actividades y del desempeño financiero. Por que? "porque se debe diferenciar a las organizaciones que viven a expensas del Estado, recibiendo recursos públicos importantes, y prestando en general, un servicio bastante cuestionable". Además, estas practicas tendrían efectos saludables al interior de las ONG impulsándoles a tener planeamientos más efectivos y un mejor uso de los recursos que captan. Por haber sido esta una de las ultimas intervenciones del Simposio, no fue posible conocer las reacciones de otros participantes a estas propuestas, defendiendo la transparencia de las ONG, que pueden considerarse las más atrevidas.

III. ORGANIZACIONES "PARAGUAS"

Las organizaciones de segundo o tercer grado, que reúnen a diversas ONG, o las llamadas organizaciones "paraguas", pueden servir de mecanismo de interlocución del sector de las ONG con la sociedad y el estado, así como servir de espacio de coordinación respecto de las actividades de sus miembros, a fin de evitar la duplicidad de esfuerzos. También las organizaciones "paraguas" pueden coadyuvar a la autorregulación del sector. En ese sentido, se trata de forjar un sistema de autorregulación con capacidad para producir normas que obliguen a sus miembros y para aplicar sanciones en situaciones de comportamientos poco éticos que no son delitos. Sus principales objetivos podrían ser: aglutinar, educar, dar buen ejemplo y representar a sus "hijos". En algunos países, como Colombia, se ha propuesto que estas entidades den un aval o respaldo frente a la idoneidad y el buen nombre de instituciones nacientes o pequeñas, para efectos de contratar con el Estado, también se propuso que ese aval sea otorgado por una empresa aseguradora, y que en caso de que exista un mal uso de los fondos el fiador será solidario con las perdidas sociales. Este tipo de mecanismo puede ser valioso como medio de autodepuración ya que la organización no daría el aval a quien no lo merezca.

Las organizaciones "paraguas" carecen del "ius imperium", como fue recordado por una participante, y no pueden ejercer medidas coercitivas "formales", ni emitir códigos de conducta de acatamiento obligatorio, ni ejercer funciones arbitrales en la resolución alternativa de conflictos. No obstante, su papel político, estratégico e inclusive componedor, fue resaltado de las siguientes maneras:

* Pueden determinar que información y por cual medio se desea dar a conocer al público.
* Deben adoptar y hacer valer la regla de divulgar determinados datos de sus afiliadas.
* Juegan un papel fundamental en la autorregulación colectiva: dan a conocer la labor que realizan sus afiliadas, celan por la calidad ética del accionar de sus afiliadas.
* Pueden realizar campanas de concientización y discutir estándares deseables de conducta que sus afiliadas pueden adoptar o no, pero que la organización "paraguas" procura persuadir en su acatamiento.
* Puede llevar a consolidar un cuerpo de normas, que después de todas las formalidades del caso y con la aprobación de las afiliadas, se convierta en códigos de adopción obligatoria. Estos códigos pueden tratar asuntos de gestión interna, relaciones con la población objetivo y contrapartes, con otras ONG y otros sectores, cumplimiento de la legislación y la relación con agencias gubernamentales, rendición de cuentas a la sociedad, delegación de poderes más o menos extensos a la misma organización paraguas, autorizándola a desempeñar un papel activo en la resolución de conflictos en que participen las afiliadas, es decir, facilitar y moderar la discusión entre las partes involucradas.

Como hacer .que un código de conducta tenga fuerza de ley para las afiliadas de una organización paraguas? Se sugirieron dos caminos: incorporar las normas al estatuto de la asociación o de la ONG y aprobarlas como reforma del mismo, o prever la existencia y aplicación del código en el estatuto, transcribirlo como parte del acta de la asamblea que lo aprobó y registrarlo ante notario público.

Se dejo planteada la pregunta si las fundaciones podrían participar en procesos como los descritos y contar con sus propias organizaciones paraguas. Es posible que en algunos ordenamientos jurídicos haya restricciones para ello, lo cual deja en la mesa de discusión, una vez más, la necesidad de profundizar en el caso concreto de las fundaciones. Estas, de manera variable en cada país, están siendo adoptadas como las estructuras organizativas de muchas expresiones de la sociedad civil.

La autorregulación mediante organizaciones "paraguas" no es tarea sencilla, ni fácil. Requiere una serie de cambios culturales que no se dan de la noche a la mañana. Es preciso realizar un proceso de concientizacion y educación, donde se establezcan espacios y razones claras por las cuales las ONG deben dejar de ser entes fragmentados y polarizados. Las organizaciones "paraguas" no son la panacea de todos

los problemas, pero pueden ser una alternativa innovadora que le otorgue a las ONG la característica de "sector" con autoridad y capacidad de interlocución.

IV. PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES EN EL CONTROL

La rendición de cuentas de las ONG a sus cooperadores internacionales o al Estado que le provee los recursos, no es suficiente. Es menester promover la rendición de cuentas principalmente frente a los destinatarios de la acción de las ONG y ante la sociedad como un todo, ambos son partes interesadas y legitimas cuando se trata de actividades de interés público. No obstante, quien representa a los destinatarios o comunidades? Tienen estas la capacidad de ejercer el control frente a las ONG? Por un lado, se expusieron las dudas de la capacidad de las comunidades de identificar lo bueno y lo malo, las comunidades pueden ser engañadas y los bajos niveles de escolaridad e información contribuyen a ello. La capacidad de las comunidades es reducida, se dijo que los individuos de los grupos sociales marginados son muchas veces dominados por una actitud de sumisión a las autoridades, las cúpulas dirigenciales pueden ser manipuladas. Es deseable crear mecanismos de participación de la comunidad, pero es de dificil aplicación por la falta de capacitación. Otra posición, sin embargo, sostuvo que si la labor de la OSC en una comunidad es eficaz no debe temer la corrupción asociada con esos esquemas. "Avances y retrocesos políticos son parte integrante de los mismos procesos de movilización y concientizacion para el rescate de los derechos". No se puede restar importancia a este mecanismo por ser de dificil aplicación. Algunas personas opinaron, no obstante, que este tipo de control sólo debe darse en las ONG que realizan una labor de interés social. Es preciso lograr el equilibrio: transparencia vs. Autonomía. También se sugirió que este tipo de control se viabilice en aquellos proyectos o programas especificos que se realizan a favor de determinado grupo, mediante instancias especiales creadas por el mismo. En el caso de las fundaciones, se dijo que la participación de la comunidad puede ser establecido potestativamente por el fundador o por el Estado en caso de que lo estime pertinente para el mejor cumplimiento del objeto social, lo cual una vez más pone en el tapete de discusión el papel especifico de las fundaciones en los diversos mecanismos de autorregulación.

V. UN TEMA INCONCLUSO

La autorregulación es un tema inconcluso. Es preciso profundizar en los diversos asuntos y reaccionar ante propuestas concretas que se hicieron, y las cuales apenas si fueron discutidas. No obstante, no se puede negar que la discusión de esta Sala arrojo información interesante sobre este tema; posiciones encontradas que van desde el cuestionamiento a la necesidad de dar publicidad a los informes de las ONG, porque puede producir efectos adversos, hasta sugerir que la información de actividades y financiera de una organización sea otorgada a la prensa, para que ella haga lo que considere conveniente. Estas dos posiciones, que pueden considerarse tal vez extremas, dejan de por medio muchas alternativas intermedias que vale la pena indagar y profundizar. El Simposio tuvo la virtud de abrir el tema y de dejar los puntos de la agenda en la mesa de discusión.

La resistencia a que los informes de las ong sean publicados abiertamente, en realidad no debiera causar sorpresa. Los anos de represión y violencia vividos en distintos paises, al lado de una falta de costumbre o cultura de dar y recibir información en forma abierta, pueden ser dos de las razones que explican esta resistencia. Sin embargo, como dijo un representante de una ONG "las demandas que hacemos para nuestra actividad sólo serán legitimas si nos conocen, nos critican y nos valoran (debemos ser) nosotros concertados, los que rompamos el circulo, avanzando hacia donde queremos, pues no creo que el Estado lo haga por nosotros".

Desde el punto de vista metodológico, es probable que el análisis de este tema, hubiera podido incorporarse al de la Sala 1, regulación estatal, a fin de no dividir dos aspectos íntimamente relacionados entre si. A veces fue necesario realizar un nivel de abstracción importante para poder dividir artificialmente, y para efectos prácticos, los cuatro temas del Simposio que tanta relación e interdependencia tienen entre si. No obstante, la alternativa de juntar los temas tampoco es viable, ya que no hubiera sido posible profundizar en ninguno. Queda únicamente por indagarse si una agenda más compacta que incluyera regulación estatal y autorregulación hubiera generado mayor análisis de los diferentes temas. También, seria importante analizar cuantas personas tuvieron oportunidad de consultar los materiales de referencia de cada una de las Salas: el documento introductorio y el Manual de Practicas Constructivas en Materia del Régimen Legal Aplicable a las ONG, del Banco Mundial. Ambos materiales contienen "provocaciones" importantes que tal vez no fueron analizadas, ni tomadas en cuenta por los participantes, como una manera de estimular el debate.

Esta Sala contó con pocas participaciones, pero de muy alta calidad. Aunque se expusieron perspectivas diferentes, y desde distintos ámbitos de acción, hubiera sido interesante contar con la reacción de algún/a representante de una de las tantas redes o coordinaciones (organizaciones "paraguas) que existen en Latinoamérica.

Quedan, pues, muchos temas planteados para futuras discusiones.

ANEXO No. 6

Simposio Electrónico sobre el Marco Legal de las ONG en America Latina

LISTA DE PARTICIPANTES

REPRESENTANTES DEL ESTADO

Argentina

Leopoldo J. FYDIKA
Ministerio del Interior
dinac@hotmail.com

Juan CARRERA and Ana SANGUINETTI
Cenoc, Secretaria de Desarrollo Social
jcarrera@cenoc.gov.ar

Brasil

Sandra Graca FONSECA ARAUJO VALLE
Secretaria de Justica
valle@mj.gov.br

Alexandrina SOBREIRA de MOURA
Assesora da Casa Civil, Presidencia da Republica
asmoura@nma.gov.br

Bolivia

Fernando AGUIRRE BASTOS
Institución u Organización:
Telefono: 59-1-2 320-237
faguirre@wara.bolnet.bo

Leonor ARAUCO
Unitas
Telefono: 59-1-2 413-213 / 391-365 / 3412-213/ 353-048
unitas@unbol.bo

Chile

Marcela JIMENEZ DE LA JARA
Ministerio de Planeacion y Cooperacion
Fax: 56-2 6729027
mjimenez@mideplan.cl

Mario RADRIGAN
Ministerio de Hacienda
mradriga@abello.dic.uchile.cl

Colombia

Diego RESTREPO
Departamento Nacional de Planeacion
Telefono: 57-1- 342 7277
drestrepo@dnp.gov.co

John SUDARSKY
Consultor en materia de ONG
johnsudy@openway.com.co

Ecuador

Marco LOZA C.
Ministerio de Bienestar Social
Telefono: 5932 545 918
Fax: 5932 545 918
os cor@mm.rr.ee.gov.ec (this address continues to be rejected)

David ALVAREZ
Ministerio de Agricultura
Telefono: 5932 552 547
Fax: 5932 500 873
prsa1@prsa.mag.gov.ec

México

Magdalena LIMA
Congreso
prescom@ntmk.com

Victor GARCIA LIZAMA
Junta de Asistencia Privada
Telefono: 281 5214
Fax: 282 1772
jap@entercom.nt.mx or : jap@inetercom.nt.mx

Guillermo ORTIZ SOLALINDE
Direccion de Atencion a Organizaciones Civiles de la Secretaria de Gobernacion
gortiz@mail.internet.com.mx

Perú

Magdalena FAJARDO
Ministerio de la Presidencia
mfajardo@secti.pnudreg.org.pe

Alejandro AFUSO
Foncodes
aafuso@foncodes.gob.pe

Venezuela

Norma RAMONES
Oficina de Planeacion y Coordinacion de la Presidencia de la Republica (CORDIPLAN)
Telefono: 582 578 2677
WPALOMIN@GUAICAIPURO.MH.GOV.VE

Jose Gregorio ORTEGANO
Coordinador Tecnico Programa de Apoyo de Iniciativas de Organizaciones de la Sociedad Civil (PAIS).
Telefono: 582 238 2004/4750/3411
FONVIS@TELCEL.NET.VE

REPRESENTANTES DE ONG

Argentina

Ana HARDOY
IIEL-AL
Telefono: 54-1- 703 2894
Fax: 54-1- 701 2805
ficong@iiedal.edu.ar

Esteban de NEVARES
FUNDAPAZ
postmaster@funpaz.org.ar

Carlos BUTHET
Encuentro de Entidades No Gubernamentales para el Desarrollo
Telefono: 54-1 952 2180
Fax: 54-1 952 2180
SEHAS@nt.com.ar

Marcos CYTRYNBLUM
Fundacion Tercer Sector
Telefono: 54-1 832 1762
Fax: 54-1 832 7985
fundacion@tercersector.org

Elba LUNA
GADIS
Telefono: 54-1 322 2635
Fax: 54-1 322 2635
gadis@wamani.apc.org

Maria Rosa de Martini
Conciencia
aconci@aconci.cci.org.ar

Luis MORENO OCAMPO
Poder Ciudadano
Telefono:54-1 815 2707
sole@mocampo.com.ar

Chile

Manuel FIERRO LAVADOS
Cobijo- Habitat y Desarrollo
Telefono: 56-2- 2050998
Fax: 56-2- 2048827
cobijo@reuna.cl

Luis MAGALLON
SUR
asur@huelen.reuna.cl

Miguel SANTIBANEZ
Jundep
jundep@reuna.cl

Benito BARANDA
Fundacion Hogar de Cristo
hcristo@hcristo.cnt.cl or it could be hcristo@hcristo.ent.cl

Gonzalo DE LA MAZA
PROSAM
delamaza@entelchile.net

Leonardo MORENO
FNSP
serpais@entelchile.net

Paraguay

Roberto STARK
CALLESCUELA
Telefono: 595 21 507477
Fax: 595 21 507477
callescuela@sce.cnc.una.py

Miguel Angel VERDECCHIA
SEDES
Telefono:595-21 442162
Fax: 595-21 442 162
otsedes@quanta.com.py

Hebe de ROLON
BASE Ecta
basecta@mmail.com.py

Uruguay

Alvaro ARROYO
CLAEH
claeh@chasque.apc.org

Juan Jose SARACHU
CCU
ccu@chasque.apc.org

Brasil

Silvio CACCIA BAVA
Associacao Brsileira de ONGs (ABONG)
Telefono: 55-11 8299102
Fax: 55-11 822 6604
abong@ax.apc.org

Jorge Eduardo DURAO
Federacao de Orgaos para Assistencia Social e Educacional (FASE)
Telefono: 55-21 285 2998
Fax: 55-21 2053099
fase@ax.apc.org

Roberto AMARAL
Grupo de Institutos, Fundacoes e Empresas (GIFE)
Telefono: 55-11 287 2349
Fax: 55-11 287 2349
gife-br@originet.com.br

Candido GRZYBOWSKI, Sonia CORREA and Atila ROQUE
Instituto Brasileiro de Analises Sociais e Economicas (IBASE)
Telefono: 55-21 537 8228
Fax: 55-21 5379185
ibase@ibase.org.br

Elizabeth SUSSEKIND and Ruben Cesar FERNANDES
Viva Rio
Telefono: 55-21 556 5923
Fax: 55-21 205 8035
iser@ax.apc.org

Joaquim de ARRUDA FALCAO NETO
Fundacao Roberto Marinho
Telefono: 55-21 273 3377
Fax: 55-21 293 3143
fundacao@frm.org.br

Carlos Fernando Gallinal Cuenca
Fundacao Roberto Marinho
Telefono: 55-21 273 3377
Fax: 55-21 293 3143
carlos@frm.org.br

José Paulo CAVALCANTI FILHO
Telefono: 55-81 423 4977
Fax: 55-81 423 8188
jpaulo@truenet.com.br

Lucia PONTES
Centro Josue de Castro
cepjc@elogica.com.br

Luis Carlos MEREGE
Fundacao Getulio Vargas
merege@eaesp.fgvsp.br

Silvio SANTANA
Diretor
ESQUEL/Brasil
Tel 1 (061) 322-2062
Fax (061) 322-1063
silvio@esquel.org.br

Eduardo HOMEM
Centro de Cultura Luz Freire
Tel (55 81) 429 3444
Fax (55 81) 429-4881
clf@ax.ibase.br

Bolivia

Antonio ARAMAYO
Qhana
qhana@qhana.rds.org.bo

ACLO
aclo@nch.bolnet.bo

CEJIS
cejis@mail.scbbs-bo.com

SEMTA
warisata@wari.bo

CER-DET
cerdet@uajms.bo

Perú

Abelardo SANCHEZ DE LEON
Institución u Organización:DESCO
Telefono: 51-1 264 1316
Fax: 51-1 264 0128
postmaster@desco.org.pe

Federico ARNILLAS LAFERT
Asociacion Nacional de Centros (ANC)
Telefono: 51-1 433 3477
Fax: 51-1 433 3470
postmaster@anc.org.pe

Carlos BASOMBRO IGLESIAS
Instituto de Defensa Legal
Telefono:51-1 441 0192
Fax: 51-1 442 4037
ideele@idl.pe

Carlos MONGE and Victor CABALLERO
SEPIA
Telefono: 51-1 432 3070
Fax: 51-1 432 4981
sepia@iep.org.pe

Ecuador

Cornelio MARCHAN
Esquel Ecuador
Telefono: 593-2 520001
Fax: 593-2 554029
presidenciaesquel@hoy.net

Francisco ROHN
CAAP
caap1@caap.org.ec

Jose TONELLO
FEPP
fepp@uio.satnet.net

Nelson ANDRADE
CESA
admin@cesarmr.ecx.ec

Yolanda KAKABADSE
Fundacion Futuro Latinoamericano
Telefono: 59-3-2 435 521/91
Fax: 59-3-2 462 204
ffla1@fulano.org.ec

Anibal PROANO
ESQUEL de QUITO
presidenciaesquel@hoy.net

Victor Hugo TORRES
COMUNIDEC
alex@comuni.ecx.ec

Carlos VAROLA
IICA ECUADOR
carlos@iica.satnet.net

Jose Pedro de LA CRUZ
Federacion Nacional de Organizaciones campesino-indigenas
rrii@fenociecx.ec

Colombia

Ines USECHE de BRILL
Confederacion de ONGs
Telefono: 57-1 347 6515/6/7
Fax: 57-1 211 8927
confe@colnodo.apc.org

Gustavo GALLON
Comision Andina de Juristas
Telefono: 57-1 281 1052/283 2661
Fax: 57-1 342 8819/211 2790
ccj@colnodo.apc.org

Oscar ROJAS
Fundacion FES
Telefono: 57-2 884 5933
Fax: 57-2 883 4796
fes@cali.cetcol.net.co

Enrique ANDRADE and Leonor ESGUERRA
Fundacion Social
Telefono: 57-1 321 5011 ext 1512
Fax: 57-1 321 6958
relaciones_externas@fundacion-social.com.co

Andrés MUTIS
Fundacion Social
Telefono: 57-1 321 5011
jbetanco@latino.net.co

Juan Carlos JARAMILLO
Fundacion Social
Telefono: 57-1 321 5011
jbetanco@latino.net.co

Gabriel IZQUIERDO
CINEP
cinep@colnodo.apc.org

Maria Victoria de LLERAS
Corporación Mundial de la Mujer
autares@colomsat.net.co

Venezuela

Ligia BOLIVAR
Programa Venezolano de Educacion Accion en Derechos Humanos (Provea)
Telefono: 58-2 862 1011
provea@conicit.ve

Santiago MARTINEZ
CESAP
cesap@eldish.net

Panama

Santander TRISTAN DONOSO
Centro de Asistencia Legal Popular
Telefono: 507 223 5351
Fax: 507 264 6529
cealp@nicarao.apc.org

Olimpia DIAZ
Institución u Organización:Centro de Estudios y Accion Social Panameno (CEASPA)
Telefono: 507 226 4529
Fax: 507 226 5320
ceaspa@nicarao.apc.org

Nicaragua

Yamil ZUNIGA
FACS
facs@ibw.com.ni

Ada Esperanza PEREZ
Centro de Derechos Constitucionales
edenie@nicarao.apc.org.ni

Edwin ZABLAH
Federacion e ONG de Nicaragua (FONG)
Telefono: 505- 785 651
Fax: 505-2 675 670
facs@nicarao.apc.org

Xanthis
CESADE
cesade@nicarao.apc.org.ni

El Salvador

Alma de HERNANDEZ
FUSAI
Telefono:503 245 2611
Fax: 503 224 3310
fusai@itinet.net

Rolando MATA
Fundacion Salvadorena para el Promocion del Desarrollo Social y Economico (FUNSALPRODESE)
Telefono: 503 225 2722
Fax: 503 225 5261
funsal@es.com.sv

Luis Enrique SALAZAR
Fundacion de Estudios para la Aplicacion del Derecho (FESPAD)
fespad@es.com.sv

Guatemala

Edna RODRIGUEZ de MARROQUIN
Convergencia Civico Politica de Mujeres
convmugua@c.net.gt

Oscar AZMITIA
PRODESSA
prodessa@gold.guate.org

Honduras

Eloisa ACOSTA
Federacion de Organizaciones Privadas de Desarrollo de Honduras (FOPRIDEH)
Telefono: 504 329339
Fax: 504 328364
eloisa%foprideh@sdnhon.org.hn

Costa Rica

Hernando MONGE
CECADE
cecade@nicarao.apc.org

Anayansy VALVERDE
Institucion u Organizacion: FUPROVI
fuprovi@sol.racsa.co.cr

Soraya LONG
eduarte@irazu.una.cr

México

Vicente ARREDONDO RAMIREZ
Fundacion DEMOS I.A.P.
demos@laneta.apc.org

Emilio CARRILLO and Jorge VILLALOBOS
Centro Mejicano para la Filantropia A.C. (CEMEFI)
cemefi@laneta.apc.org

Fernando CASTRO y CASTRO and Jose Miguel MOTO
Fundacion Miguel Aleman
Telefono: 531 1936
Fax: 250 1043
103503.1144@compuserve.com

Laura BECERRA
Equipo Pueblo
pueblo@laneta.apc.org

Marie Claire ACOSTA
Comision Mexicana de Defensa y Promocion de los Derechos Humanos (CMDPDH)
Telefono: 525 682 2014
Fax: 525 669 4076
cmdpdh@laneta.igc.apc.org

Ana Maria SALAZAR SANCHES de MURIETTA
Convergencia Centro Antonio Montesinos
montesinos@laneta.org

Reepública Dominicana

Norberto PAZOS
Consejo de Fundaciones Americanas para el Desarrollo - SOLIDARIOS
Telefono: 809 549 5111
Fax: 809 544 0550
0003414165@mcimail.com

Estados Unidos

David WINDER
SYNERGOS Institute
dwinder@synergos.org

Kenneth COLE
ESQUEL
kcole@esquel.org

America Latina

Pablo GUARINO
ALOP
guarino@chasque.apc.org

Manuel CHIRIBOYA
ALOP
info@alop.or.cr

Global

Miguel DARCY de OLIVEIRA
CIVICUS
Telefono: 55-21 511 0142
Fax: 55-21 512 6862
idac@ax.apc.org.br

ACADEMICOS

Mario Roiter
CEDES
Buenos Aires, Argentina
postmaster@cedes.edu.ar

Felipe VIVEROS
Abogado (Keynote Speaker at the Symposium)
Tel.: (56-2) 697-1089 (Universidad Diego Portales)

Fax: (56-2) 696-1521 (Estudio Jurídico)
Huérfanos, 1373 - Oficina 703
Santiago, Chile
felipe.viveros@jur.udp.cl

Anna Cynthia OLIVEIRA
Tel.: (1-703) 8239653
Fax: (1-703) 8239653
1275 Quaker Hill Drive
Alexandria, VA, 22314, USA
acynthia@msn.com

Sergio Aguayo
Academia mexicana de Derechos Humanos/ Alianza Cívica
alianza@laneta.apc.org

Estudio Belaunde & Monroy, Abogados
Beatriz Parodi Luna; Javier de Belaunde
Tel.: (51-1) 440-5704
Fax: (51-1) 441-4741
Miguel de Cervantes, No. 280
Lima 27, PERU
postmast@bymaboga.com.pe

Comisión Andina de Juristas
Dr. Diego García Sayán
Los Sauces No. 285
Lima 27, PERU
cg@cajpe.org.pe

CEPES
Mariano VALDERRAMA
Lima, Peru
cepes@cepes.org.pe

Jesus Izquierdo
American Bar Association
jizquierdo@staff.abanet.org

Harold Rocha
University of Wisconsin - Law School
horocha@facstaff.wisc.edu

Michelle Guanca
Lawyers Committee for Huma Rights
NYC@lchr.org

Kate Dickson
PAHO
dicksonc@paho.org

William Reese
Partners of the Americas
br@partners.poa.com

Caterina Valero Aleman
UNDP
caterina.valero@undp.org

Noel Ricardo AGUIRRE LEDESMA
Universidad Catolica Bolivariana
cebiae@datacom-bo.net

Fernando DICK
Institución u Organización: Universidad NUR
Telefono: 59 -1-3 363 939
dpid@nur.bo@internet (I'm not sure this a correct em address)

Silvia ESCOBAR de PABON
Institución u Organización: Centro de Estudios para el Desarrollo Laboral y Agrario (CEDLA)
Fax: 59-1-2 414625
cedla@unbol.bo

Roberto LASERNA ROJAS
Institución u Organización: Centro de Estudios de la Realidad Economica y Social (CERES)
Telefono: 59-1-42 93148/49/50
Fax: 59-1-42 89135
rlaserna@llajta.nrc.bolnet.bo

REPRESENTANTES DEL BANCO MUNDIAL

William PARTRIDGE
Lead specialist
telefono: 1-(202) 473-8622
wpartridge@worldbank.org

Alberto NINIO
Counsel
telefono: 1-(202) 458-1750
aninio@worldbank.org

Katehrine BAIN
Consultant
telefono: 1-(202) 473-4708
kbain@worldbank.org

Ariel FISZBEIN
Senior Economist
telefono: 1-(202) 473-9408
afiszbein@worldbank.org

Camilo GRANADA
Consultant EDIHR
telefono: 1-(202) 473-9079
cgranadabarrera@worldbank.org

Jose Ramon LLOVERA
Consultant, NGO, Caracas Venezuela
telefono: 58-2 284-3437
jllovera@worldbank.org

John GARRISON
Consultant NGO, Brasilia, Brasil
telefono: (55-61) 329-1000
jgarrison@worldbank.org

Maria Elizabeth DASSO
NGO Specialist, Lima Peru
telefono: (51-1) 422-0282
mdasso@worldbank.org

Sandra CESILINI
NGO Specialist, Buenos Aires, Argentina
telefono: (54-1) 313-6816
scesilini@worldbank.org

Jairo ARBOLEDA
NGO Specialist, Bogota, Colombia
telefono: (57-1) 320-3577
jarboleda@worldbank.org

Salomon NAHMAD
NGO Specialist, Mexico City, Mexico
telefono: (52-5) 480-4200
snahmad@worldbank.org

Caroline MOSER
Lead Specialist,
telefono: 1 (202) 473-3939
cmoser@worldbank.org

Antony ODY
Special Assistant to Vice President
telefono:1 (202) 458-2344
aody@worldbank.org

Rudolf Van Puymbroeck
Senior Counsel
rvanpuymbroeck@worldbank.org

REPRESENTANTES DEL BID

Jorge LAN
jorgelan@iadb.org

Charles RE
charlesre@iadb.org