



This document has been provided by the International Center for Not-for-Profit Law (ICNL).

ICNL is the leading source for information on the legal environment for civil society and public participation. Since 1992, ICNL has served as a resource to civil society leaders, government officials, and the donor community in over 90 countries.

Visit ICNL's **Online Library** at
<http://www.icnl.org/knowledge/library/index.php>
for further resources and research from countries all over the world.

Disclaimers

Content. The information provided herein is for general informational and educational purposes only. It is not intended and should not be construed to constitute legal advice. The information contained herein may not be applicable in all situations and may not, after the date of its presentation, even reflect the most current authority. Nothing contained herein should be relied or acted upon without the benefit of legal advice based upon the particular facts and circumstances presented, and nothing herein should be construed otherwise.

Translations. Translations by ICNL of any materials into other languages are intended solely as a convenience. Translation accuracy is not guaranteed nor implied. If any questions arise related to the accuracy of a translation, please refer to the original language official version of the document. Any discrepancies or differences created in the translation are not binding and have no legal effect for compliance or enforcement purposes.

Warranty and Limitation of Liability. Although ICNL uses reasonable efforts to include accurate and up-to-date information herein, ICNL makes no warranties or representations of any kind as to its accuracy, currency or completeness. You agree that access to and use of this document and the content thereof is at your own risk. ICNL disclaims all warranties of any kind, express or implied. Neither ICNL nor any party involved in creating, producing or delivering this document shall be liable for any damages whatsoever arising out of access to, use of or inability to use this document, or any errors or omissions in the content thereof.

Una propuesta novedosa para la divulgación del Derecho No Lucrativo en Latinoamérica

Por Antonio L. Itriago Machado y
Miguel Ángel Itriago Machado

Uno de los más graves problemas para el desarrollo de la sociedad civil en Latinoamérica es la ausencia de abogados especializados en Derecho No Lucrativo. Con honrosas excepciones, ni las organizaciones de la sociedad civil, ni los gobiernos, cuentan con profesionales que los puedan asesorar debidamente en lo referente a la redacción de leyes o sobre los instrumentos jurídicos más adecuados para fortalecer y desarrollar sus respectivas sociedades civiles y, por ende, para hacer sus democracias realmente efectivas.

Esa carencia de abogados especialistas se acentuó desde finales del siglo pasado, cuando en todos los países de la región comenzaron a surgir las redes y redes de redes latinoamericanas y se remozó el concepto de democracia participativa.

La desorientación producida por la ausencia de especialistas del Derecho en el campo no lucrativo, ha determinado que contradictoriamente en la región, sean las mismas organizaciones de la sociedad civil las que promuevan o apoyen proyectos de ley intervencionistas, abiertamente contrarios al derecho de libre asociación, no obstante ser éste un derecho humano de Primera Generación, consagrado en la casi totalidad de las constituciones latinoamericanas y del mundo, y en muchos acuerdos y tratados suscritos por los diferentes países.

No siempre el intervencionismo es fruto de la mala intención del Sector Gobierno. Muchas veces nuestros legisladores, tratando de favorecer al Tercer Sector, la han hecho daZo. Los gobiernos también requieren un adecuado asesoramiento para promover y fortalecer a las organizaciones de la sociedad civil.

Si esos problemas se presentan con cierta intensidad en los niveles más ilustrados de la población, es fácil intuir el desconocimiento que las comunidades en general tienen sobre las leyes que las afectan y sobre el desarrollo institucional.

La mayoría de las organizaciones de la sociedad civil utilizan los servicios de abogados no especialistas en la materia, “prestados” por el sector empresarial. No dudamos de la buena fe de esos profesionales ni de las empresas que desinteresadamente los aportan. Sin embargo, no siempre el asesoramiento es el adecuado y puede ser hasta inconveniente, pues el Derecho Común no es suficiente para atender los requerimientos de una sociedad civil en plena ebullición y transformación, como es la latinoamericana.

También vemos con preocupación que algunos egresados de cursos sobre Gerencia de ONG, que no son profesionales del Derecho, intentan suplir ese vacío con los conocimientos escasos y rudimentarios conocimientos de Derecho No Lucrativo,

que adquieren como parte de la amalgama de las diversas materias que reciben.

Diferentes encuestas realizadas en la región latinoamericana, incluso en nuestro propio país (Venezuela), han revelado que uno de los obstáculos más graves para el desarrollo de la sociedad civil es, precisamente, la ausencia de abogados especializados que puedan asesorar a las organizaciones. Personalmente hemos tenido la oportunidad de constatar en varios países la veracidad de esa apreciación.

Lo triste del asunto está en que esa carencia de profesionales especializados ocurre cuando más abogados están egresando de las Facultades de Derecho y hasta se buscan fórmulas para impedir que ese número siga creciendo desproporcionadamente.

Como una nota optimista o esperanzadora, también hemos podido observar el marcado interés que a nivel académico existe de subsanar ese vicio en la formación de nuestros profesionales.

La pregunta lógica es ¿Qué hacer entonces para formar abogados especializados en el Derecho No Lucrativo?

Lo primero que se puede hacer es incorporar la asignatura o materia de Derecho No Lucrativo en el pensum o programa de estudios de pre grado de las facultades de Derecho, de modo que el estudiante al egresar, tenga una formación universitaria con conocimientos similares a los de cualquier otra asignatura del Derecho; conocimientos los cuales podría profundizar en doctorados o maestrías posteriores. Esta fórmula sería la ideal. Sin embargo, resulta muy difícil implementar dichos cursos con la urgencia que los países lo requieren. Dificultades burocráticas y presupuestarias, el desconocimiento mismo de la importancia del Derecho No Lucrativo, divergencias políticas, celos profesionales y muchos otros factores, impiden realizar a corto plazo las modificaciones de los programas de estudio respectivos.

Otra fórmula es la de aprovechar el evidente interés que algunos decanos y profesores tienen en la materia, para incorporar “píldoras” de conocimientos de Derecho No Lucrativo, en asignaturas ya existentes o proyectadas en los programas de estudio de las facultades de Derecho de la región, para crear centros piloto que vayan preparando a los futuros especialistas. Esta fórmula no excluye la expuesta en el párrafo precedente, de modo que ambas soluciones pueden instrumentarse simultáneamente, aunque las “píldoras” de conocimiento lucen más sencillas, rápidas y efectivas.

Lógicamente, se requiere que verdaderos especialistas del Derecho No Lucrativo, asesoren a quienes estén elaborando esos programas, para garantizar la coherencia, armonía y efectividad de los paquetes de información que se incorporen a las respectivas asignaturas de cada pensum.

Quizás el primer centro piloto de esa naturaleza sea promovido en Honduras,

pues en reciente estadía en Tegucigalpa, Amy Horton, Legal advisor del International Center for-Not-Profit Law; Don Francisco Alcaide, en representación de FOPRIDEH y quienes suscribimos, para instrumentar la mejor manera de llevar a cabo una colaboración recíproca, hicimos los primeros contactos con los decanos de las facultades de Derecho de cuatro importantes universidades de ese país. Vale la pena reseñarle aquí el entusiasmo e interés con que fueron recibidos los ofrecimientos institucionales.

Todos los decanos ofrecieron participar activamente en la divulgación del Derecho No Lucrativo y aportaron magníficas ideas e informaciones sobre la mejor manera de llevar a cabo esa colaboración mutua. El ICNL está analizando las diversas propuestas. Mientras tanto, aprovechando la gran receptividad y el hecho de que en nuestra visita se realizó en momentos cuando en la Universidad José Cecilio del Valle se están reformulando los programas de estudio, y aprovechando también, muy especialmente la colaboración que nos ha ofrecido el Decano de dicha Universidad, Dr. José María Leiva, nos permitimos elaborar como ejemplo un anteproyecto o esquema, desde luego sujeto a modificaciones por parte de todos los involucrados, de lo que podría calificarse como paquetes de Derecho No Lucrativo, para ser incorporados a los respectivos programas. Esas informaciones podrían incluirse en los programas de otras universidades de Honduras y de otras de la región, con las modificaciones locales pertinentes.

Proyecto Honduras

Anteproyecto de incorporaciones al nuevo programa de estudio
de la Facultad de Derecho de la Universidad José Cecilio del Valle, de Tegucigalpa

Primer año. Período 1

Sociología

Se trata de la materia adecuada para tratar lo relativo al tema de la sociedad civil y de las redes y redes de redes como instrumentos de transformación social. Redes formales y redes informales. Características de las redes latinoamericanas. Las alianzas bipartitas y tripartitas. Se daría especial énfasis a las siguientes inquietudes: ¿Qué es la sociedad civil? ¿Quiénes la representan? y ¿De qué manera?

Primer año. Período 3

Teoría del Estado

Sectores del Estado: Gobierno, Sector Privado Lucrativo y Sector Privado No Lucrativo (Tercer Sector). El Cuarto Sector. Análisis de la tesis de que es la sociedad civil la dueña del Estado y no a la inversa. Se debe hacer énfasis en algunos puntos esenciales, a la luz de la realidad hondureña: ¿Se puede prescindir de las organizaciones intermedias, como algunos pretenden, para que no existan intermediarios entre el Estado y los particulares? ¿Llega la acción de Estado a todos los sectores y áreas de Honduras? ¿Le conviene al Estado la ayuda de las organizaciones de la sociedad civil, para concentrarse en asuntos de soberanía? Los principios de transparencia y autosustentación de las ONG. Regulación vs

Autorregulación de las ONG.

Primer aZo. Período 3

Derecho Constitucional

Análisis del derecho constitucional de libre asociación. Evolución del ejercicio de este Derecho en Centro y Sur América. El reconocimiento administrativo de la personalidad jurídica de las ONG: La principal violación del Derecho de Libre Asociación en la región. Análisis de la supuesta contradicción entre los artículos 78 y 245 (numeral 40) de la Constitución hondureña. Violación de la Constitución a través de normas y prácticas de rango subconstitucional. La nueva concepción de la democracia, basada en el equilibrio entre los tres sectores: Estado, Gobierno y Sociedad Civil. Democracia directa, democracia representativa y democracia participativa. Los derechos colectivos y difusos.

Segundo aZo. Período 1

Probabilidades y Estadística

La estadística como ciencia de apoyo para el DNL. Importancia de la estadística para elaborar el mapa social de las necesidades de Honduras, de modo que la acción del Tercer Sector se concentre en las áreas críticas. Ese mapa podría comprender también los recursos humanos y materiales con los que cuenta el Tercer Sector hondureño, para formar alianzas o convenios de cooperación que les permita utilizarlos a plena capacidad y evitar duplicidad de esfuerzos y dinero. También en esta materia del pensum podría incluirse una mención especial a las diferencias que existen en cuanto a la evaluación de los resultados entre una institución lucrativa y una institución no lucrativa; y la forma de hacer el “balance social” de una institución no lucrativa, el cual tiene una metodología distinta de la del balance económico. Igualmente, estudiar los objetivos del balance social: presentación sistemática de acciones de interés público o social realizados por la ONG; medición y evaluación cuantitativa y cualitativa de la actuación de la ONG de manera permanente y sistemática; identificación de programas y proyectos de mayor impacto social; crítica constructiva, corrección y fijación de nuevas metas sociales; publicidad o información.

Segundo aZo. Período 1

Derecho Civil I (Derecho de las Personas)

En el tradicional cuadro de las personas jurídicas, insistir en las personas de sustrato personal y real. Destacar las diferencias entre los entes lucrativos y no lucrativos en base al moderno concepto de lo que debe ser una institución no lucrativa. Plantear la necesidad de figuras mixtas. Clases de ONG. Nomenclatura. Origen de la denominación ONG y críticas. Diferencias entre organizaciones de beneficio público (PBO) y las organizaciones de beneficio mutuo o recíproco (MBO). La capacidad civil de las ONG para realizar operaciones mercantiles a los fines de garantizar su autosustentación. El interés propietario. Redes y redes de redes y Federaciones y confederaciones.

Segundo aZo. Período 2

Contabilidad II

La contabilidad de las organizaciones sin fines de lucro. Diferencias entre capital y patrimonio; entre superávit y excedente. No reparto de dividendos. Obligaciones formales de las organizaciones sin fines de lucro.

Segundo aZo. Período 2

Derechos Humanos

Insistir en el planteamiento del Derecho de libre asociación como derecho humano de Primera Generación. Análisis de otros derechos humanos conexos con el de libre asociación.

Segundo aZo. Período 3

Derecho Internacional Público

Análisis de algunos tratados suscritos y ratificados por la República, para ver si se cumplen en la práctica. Por ejemplo, la Convención sobre los derechos del niño dispone que los Estados partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de reunión. ¿Pueden los niños y adolescentes hondureños asociarse libremente?

Tercer aZo. Período 1

Derecho Laboral

Régimen jurídico de las personas que prestan sus servicios a las ONG. Voluntarios y personal subordinado jurídica y económicamente. ¿Gozan los voluntarios de los mismos derechos que los trabajadores subordinados? Problemas prácticos del voluntariado. ¿Pueden los directivos cobrar sueldos? ¿El personal gerencial puede tener los mismos salarios que los de la empresa privada mercantil que presten servicios semejantes? ¿Las organizaciones que reciben donaciones deben tener un límite en la partida de sueldos y salarios? El derecho de libre asociación sindical.

Cuarto aZo. Período 1

Derecho Administrativo

Controles administrativos de las ONG. De acuerdo con el derecho de libre asociación, estos controles deben ser ex post. No es constitucionalmente posible la disolución administrativa de una ONG.

Cuarto aZo. Período 1

Derecho comparado

El Derecho No Lucrativo en el Derecho comparado, especialmente en la región latinoamericana.

Cuarto aZo. Período 2

Derecho Notarial I

El procedimiento de registro de las ONG. Sugerencias para simplificarlo

Cuarto aZo. Período 3

Derecho Mercantil II

La responsabilidad social empresarial.

En el nuevo pensum de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad José Cecilio del Valle no vemos dónde quedaron las actuales materias Finanzas 1 y Finanzas 2. Si están subsumidas en algunas otras (como Administración Financiera o Derecho Administrativo), deberían estudiarse los argumentos a favor y en contra de la concesión, por parte del Estado, de beneficios e incentivos de carácter tributario para las organizaciones sin fines de lucro. También las diferencias que en la región existen entre exención, exonerabilidad, exoneración, no sujeción, reducción del pago e inmunidad tributaria. En Finanzas II (o en su equivalente en el nuevo pensum) deberían ser analizadas las fuentes multilaterales y bilaterales de cooperación para el desarrollo; y los requisitos y formas de acceder a dicha cooperación.

Caracas, 12 de noviembre de 2004