

**ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO: COLOMBIA Y MÉXICO, EL CASO
PUNTUAL DE LAS ORGANIZACIONES DE SOCIEDAD CIVIL - OSC-EN EL
MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

ESTEFANIA DE JESÚS AGUDELO GARCIA

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2021**

**ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO: COLOMBIA Y MÉXICO, EL CASO
PUNTUAL DE LAS ORGANIZACIONES DE SOCIEDAD CIVIL - OSC- EN EL
MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

ESTEFANIA DE JESÚS AGUDELO GARCIA

Trabajo de grado para optar al título de abogado

Asesor

KATHERINE GÓMEZ GARCIA

Magister en Derecho

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN**

2021

**ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO: COLOMBIA Y MÉXICO, EL CASO
PUNTUAL DE LAS ORGANIZACIONES DE SOCIEDAD CIVIL - OSC- EN EL
MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

CONTENIDO

Resumen	4
Abstract	5
Introducción	6
Estado social de derecho	7
Organizaciones de la sociedad civil (OSC)	10
Marco jurídico de las organizaciones de la sociedad civil (OSC) en Colombia y México.....	11
<i>Marco jurídico en Colombia</i>	11
<i>Marco jurídico en México</i>	14
Enfoque garantista de las organizaciones de la sociedad civil (OSC) y su impacto en el marco del estado social de derecho en Colombia y México	17
Limitaciones legales para el buen funcionamiento de las OSC en el marco del estado social de derecho	18
<i>Limitaciones legales en Colombia</i>	18
<i>Limitaciones legales en México</i>	21
Conclusiones	22
Referencias bibliográficas	22

Resumen

El tema de las organizaciones de la sociedad civil ha cobrado importancia con el pasar de los años, en sociedades como las de Latinoamérica donde se encuentra variedad en cuanto a precariedad en la garantía de cuestiones tan fundamentales como los derechos propios de una persona, reconocidos en la Constitución Política como es el caso de Colombia, pero olvidados en la práctica; dejándolos como un discurso en papel alejado de la realidad. En un Estado social de derecho (ESD) deberían garantizarse que este tipo de situaciones no ocurriesen, pero un sinnúmero de circunstancias actúan como limitaciones de carácter legal que impiden cumplir con los fines de dicho modelo de Estado se encuentran carencias en materia de derechos fundamentales que la sociedad civil organizada intenta llenar creando instituciones de carácter privado con autonomía suficiente para operar, pero no para perdurar en el tiempo, dichas instituciones son llamadas Organizaciones de la sociedad civil, en adelante (OSC) las cuales inciden y tienen un impacto en el marco del Estado social de derecho como respuesta inmediata a las carencias del mismo.

Las OSC llenan esos vacíos que deja el Estado a la hora de velar por los derechos fundamentales y en ese orden de ideas se tiene que las mismas son entes garantes del Estado social de derecho al contribuir con el cumplimiento de sus fines, sin embargo en el camino dichas organizaciones se encuentran con diferentes obstáculos para su buen funcionamiento traducidos en limitaciones legales que les impiden ser autosostenibles en el tiempo y por ende ello conlleva a una serie de consecuencias negativas al no contar con un buen acompañamiento por parte del Estado, entre ellas su desaparición o el poco alcance que tienen las OSC, el presente trabajo pretende hacer ver que las OSC son necesarias para el desarrollo de los postulados del ESD y que a su vez se encuentran en una situación problema al no poder funcionar correctamente.

Palabras claves: Estado social de derecho, Organizaciones de la sociedad civil, limitaciones legales, Colombia, México.

Abstract

The issue of civil society organizations has gained importance over the years, in societies such as those in Latin America where we find variety in terms of precariousness in guaranteeing issues as fundamental as the rights of a person, recognized in the Political Constitution as is the case of Colombia, but forgotten in practice; leaving them as a beautiful speech on paper far from reality. In a social state of law (SSL) it should be guaranteed that this type of situation does not occur, but a myriad of circumstances do occur, such as limitations of a legal nature that prevent compliance with the purposes of said state model; we find shortcomings in terms of fundamental rights that organized civil society tries to fill by creating private institutions with sufficient autonomy to operate but not last over time, these institutions are called Civil Society Organizations (CSOs), they influence and have an impact within the framework of the Social State of Law as an immediate response to its shortcomings.

Civil Society Organizations (CSOs) fill those gaps left by the state when it comes to safeguarding fundamental rights and in that order of ideas it is necessary that CSOs are guarantors of the social state of law by “helping” it to fulfill their goals, however along the way CSOs encounter different obstacles to their proper functioning translated into legal limitations that prevent them from being self-sustaining over time and therefore leads to a series of negative consequences by not having a good accompaniment by the state, including its disappearance or the little scope that CSOs have, this work aims to show that CSOs are necessary for the development of the postulates of the SSL and that in turn they are in a problem situation not being able to function properly.

Keywords: Social State of Law, Civil Society Organizations, legal limitations, Colombia, Mexico.

Introducción

Para efectos del presente trabajo se realizará un estudio de derecho comparado, pues se realizará un paralelo entre los sistemas jurídicos de México y Colombia con la finalidad de exponer las debilidades de ambos sistemas jurídicos, específicamente, del conjunto de normas que regulan a las OSC en ambos Estados. Se iniciará por las disposiciones constitucionales, para luego pasar a las normas jurídicas contenidas en códigos, tratados y convenios internacionales. Finalmente, se estudiarán leyes más especializadas como la ley de fomento en el caso de México.

Ahora bien, habiendo encontrado las debilidades en la regulación de ambos sistemas jurídicos, se insistirá en la idea de que las OSC son garantes del Estado social de derecho y el por qué bajo los ideales del mismo es importante la conservación de dichas organizaciones. Así las cosas, el presente trabajo se dividirá en tres partes, en primer lugar, se estudiará el marco jurídico, posteriormente las limitaciones legales y finalmente, la posición de garante de las OSC.

Es importante aclarar la definición de garante, según el diccionario de la lengua española, emitido por la Real Academia Española (RAE 2021), el término garante se define como “que da garantía”. Por su parte, el diccionario panhispánico del español jurídico, emitido por el mismo órgano define el término garante como aquella “persona que garantiza, que presta garantía” (RAE 2021).

Ahora bien, en un estudio de derecho comparado entre los Estados de Colombia y México que se basa en una revisión documental, así como en diversas fuentes de bibliografía tales como bases de datos y jurisprudencia, se encuentra que existen varias limitaciones dentro del marco jurídico de las OSC que tienen un impacto sobre las mismas, específicamente sobre la forma que tienen de funcionar y su perdurabilidad en el tiempo. Todo lo anterior partiendo desde un objetivo general consistente en establecer la importancia de las OSC como garantes de

derechos fundamentales en el marco del Estado social de derecho en México y Colombia; y tres objetivos específicos, el primero, conocer las limitaciones legales dentro del marco jurídico de las OSC en México y Colombia, en segundo lugar, conocer de qué manera influyen las limitaciones legales de las OSC en Colombia y México para tener un buen funcionamiento y finalmente, conocer el impacto negativo de las limitaciones legales de las OSC en Colombia y México para su sostenibilidad en el tiempo.

En últimas este artículo tiene como finalidad presentar las respuestas a la siguiente pregunta de investigación: ¿de qué manera influye el marco legal de las OSC desde su posición de garantes de derechos fundamentales en México y Colombia?

Estado Social de Derecho (ESD)

Es necesario precisar, antes de adentrarse en cualquier otro punto de este trabajo, una breve conceptualización sobre el Estado Social de Derecho, para conocer brevemente los antecedentes históricos, entender en qué consiste y cómo se plasma esta figura en ambos Estados. Así las cosas, se tiene que:

De conformidad con el artículo primero de la Constitución Política (2021) “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista (...)”.

La Corte Constitucional de Colombia en sentencia T – 622/16 se refiere a los antecedentes históricos del ESD para decir que esta figura hizo su aparición en las Constituciones de México (1917) y de la República de Weimar (Alemania, 1919) las cuales fueron las primeras en incluir una lista de derechos sociales y años después Hermann Heller define al Estado de Derecho como una forma de oponerse al constitucionalismo liberal, lo cual fue de gran importancia y sirvió en la lucha por llegar a la fórmula del ESD, pero no fue sino hasta 1949 con la ley fundamental de Bonn que se acogió formalmente la fórmula de ESD propuesta por Heller.

(...) De esta manera, la constitucionalización del modelo del ESD implicó una gran transformación que puso a partir de ese momento en cabeza del Estado y sus instituciones la obligación de la satisfacción de las necesidades individuales no realizables por la sociedad civil y con ello, la construcción de un Estado Social que, en adelante, velará por la prestación de tales servicios y prestaciones básicas. (Corte Constitucional, 2016)

También la Corte Constitucional en la misma sentencia habla de lo que implicó en materia de desigualdad social el cambio del Estado de derecho al Estado social de derecho, refiriéndose a este último como una nueva forma de Estado que llegó para quebrar todas las barreras existentes en materia de libertades sociales

Al plantear el ED como ESD y al vincularlo a las ideas de razón y de justicia social, Heller encontró un camino alternativo para superar la concepción clásica de ED y corregir sus limitaciones en términos de las nuevas reivindicaciones sociales. Así nació una novedosa forma de organización estatal que hoy conocemos como Estado social de derecho, cuya finalidad consiste en “*crear los supuestos sociales de la misma libertad para todos, esto es, de suprimir la desigualdad social.*” (Corte Constitucional, 2016)

Ahora bien, el ESD es un Estado del siglo XX que surge como respuesta a la crisis del Estado liberal clásico, para el jurista Jesús Vallejo (1988), hubo dos respuestas, el totalitarismo y el Estado social de derecho

Conviene recordar que durante la segunda mitad del Siglo XIX y las primeras décadas del actual, el Estado liberal tuvo que afrontar dos tipos de crisis íntimamente ligadas entre sí, la económica y la social, que dieron lugar a transformaciones radicales en la organización de las sociedades. Unas evolucionaron hacia el Estado Totalitario, tales como la URSS, con el comunismo, y Alemania e Italia, con el nazismo y el fascismo. Otras, como Estados Unidos, Inglaterra, Francia o los países escandinavos, adoptaron sistemas de capitalismo social o de socialismo moderado, que implicaron modificaciones sustanciales al ordenamiento liberal. (p.10)

El ESD parte en principio de una idea contraria a los Estados totalitarios porque no es un estado de guerra, sino que busca la paz social y adopta algunos principios del estado liberal clásico para este proyecto como el contrato social, concepto de

soberanía, democracia y división de poderes. Cambia la mentalidad del estado, se convierte en un agente interventor del desarrollo económico, de la igualdad social y el bienestar. Se dan varios cambios como que ahora el individuo debe preocuparse por sus necesidades y el Estado interviene directamente en la economía, esto se plantea en dos objetivos: uno económico que tiene que ver con incrementar la economía, también se encarga de garantizar el uso, goce de los recursos humanos y materiales existentes, busca generar empleo, estabilidad de la economía y en los objetivos sociales se preocupa por la igualdad (material), el bienestar social, la integridad de las personas, el estado también debe encargarse de la prestación de unos servicios públicos. Este Estado también es llamado intervencionista, de bienestar, de providencia. La expresión del Estado social de derecho significa tres cosas: la superación del individuo, la acción social del Estado, y sumisión a las normas. Se incorporan en la normatividad normas sobre derechos económicos, sociales y culturales, esta es una de las características principales del ESD.

La Constitución alemana (1919), luego la española (1978) y luego la de López Pumarejo (1936) son las que rigieron el Estado social de derecho.

Ahora bien, en el caso de Colombia ¿Qué tipo de Estado tiene? Colombia no tiene una forma política única, tiene una mistura de formas políticas, en la que, entre ellas se puede sostener que hay un énfasis al Estado social de derecho. Es un Estado de derecho constitucional donde la Constitución es la norma de normas, es democrático porque le da mayor preminencia a la democracia participativa, es liberal con la parte dogmática de la Constitución donde hay un conjunto de derechos y garantías de los ciudadanos, es un Estado bienestar porque está dirigido para satisfacer, como uno de sus fines esenciales, las necesidades colectivas, las públicas, es un Estado neoliberal consagrado en la constitución (CN Art 333), busca ante todo el desarrollo, hay una base para el desarrollo que es la empresa y por jurisprudencia del Consejo de Estado, están los derechos fundamentales económicos. A esta forma de Estado se le debe sumar la de mayor énfasis que es el Estado Social de derecho, esto está en el artículo 1 de la Constitución Política,

con esto se quiso decir que las demás formas de Estado debían estar al servicio y acompañar al social de derecho.

La Corte Constitucional en sentencia T – 406/92 menciona que uno de los pilares del estado social de derecho son los derechos fundamentales, mencionando la importancia de este concepto en el marco del estado social de derecho, es así como afirma que dos notas de este concepto son las que confirman su estatus de pilar

En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido sino se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación.” (Corte Constitucional, 1992)

En el caso de México se encuentra que la fórmula del Estado social está incluida en los principios rectores de la Constitución por tratarse de un Estado democrático: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal” (Constitución Política de México 2021, art. 40). Para el autor Javier Espinoza (2008)

La fórmula varía, pero en el fondo quieren decir lo mismo: El Estado constitucional comprometido con la justicia social. En México el establecimiento del constitucionalismo de corte garantista en su sentido formal ha sido implementado a partir de 1994. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha erigido y consolidado en un auténtico tribunal constitucional que ha adquirido contornos bien definidos. (p.7)

Organizaciones de la sociedad civil (OSC)

Para la ONU “Una organización de la sociedad civil u organización no gubernamental (ONG) es cualquier grupo de ciudadanos voluntarios sin fines de lucro que se organiza a nivel local, nacional o internacional.” (ONU 2021)

Para los autores del documento “Tejiendo redes por la infancia” las OSC

Se definen como todas aquellas formas de organización social y/o asociaciones de personas que libremente y de manera particular se conforman con un fin determinado en pos de alcanzar el bienestar común, abogar por el bien público y asumir responsabilidades frente al conjunto de la sociedad. (Mauro et al. 2013, p. 27)

Todo lo anterior asumiendo diferentes formas como: organizaciones no gubernamentales, centros barriales, movimientos sociales, fundaciones, iglesias, cooperativas, entre otros.

Las OSC actualmente desempeñan un rol en el escenario latinoamericano que puede entenderse desde una contraposición de la sociedad civil organizada y el Estado debido a la crisis que presenta el mismo en materia de intereses públicos y su satisfacción colectiva; convirtiendo a las OSC en una especie de herramienta para llenar los vacíos en el cumplimiento de los fines del Estado. La crisis del estado moderno tuvo un papel importante en el surgimiento de las OSC, la cual a grandes rasgos consiste en una crisis frente al Estado, debido a la negligencia por parte del poder público para cumplir sus obligaciones consecuentemente aparecen nuevos sujetos sociales interesados en reivindicar sus condiciones existenciales, ciertos colectivos de personas sintieron la necesidad de hacer valer sus intereses y por ello surgieron una serie de organizaciones civiles enfocadas en la defensa de los Derechos Humanos, todas trabajando en la defensa de algún derecho en particular. Las OSC comenzaron a instaurar mucho antes que el estado social unas políticas públicas para combatir ciertos problemas, tales como la migración, el consumo de drogas, la violencia intrafamiliar, entre otros, convirtiendo a las OSC en actores sociales y reclamando así nuevas maneras de organizar la sociedad como comunidades libres y democráticas.

Marco jurídico de las organizaciones de la sociedad civil (OSC) en Colombia y México

Marco jurídico de las OSC en Colombia

Comenzando por la Constitución Política, se encuentra como normatividad para las OSC los artículos: 38, 39, 103, 270 y 355.

Tabla 1. Disposiciones legales en Colombia

Norma	Contenido
<p>Constitución Política</p>	<p>Artículo 38. Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.</p> <p>Artículo 39. (...) La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos. La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo proceden por vía judicial.</p> <p>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.</p> <p>Artículo 270. La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados.</p> <p>Artículo 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar</p>

	<p>programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.</p>
<p>Tratados internacionales y Convenios Ratificados por Colombia</p>	<p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74/1968, Artículos 21-22)</p> <p>Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16/1972, Artículo 16)</p> <p>Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Artículos 4, 17, 21, 22)</p> <p>Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 20)</p> <p>Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Artículo 11)</p>
<p>Código Civil</p>	<p>Artículo 86. Domicilio de establecimientos, corporaciones y asociaciones. El domicilio de los establecimientos, corporaciones y asociaciones reconocidas por la ley, es el lugar donde está situada su administración o dirección, salvo lo que dispusieren sus estatutos o leyes especiales.</p> <p>Artículo 633. Definición de persona jurídica. Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.</p> <p>Artículo 634. Fundaciones. No son personas jurídicas las fundaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley.</p> <p>Artículo 637. Patrimonio de la corporación. Lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente, las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para</p>

	<p>demandarlas en todo o parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación. Sin embargo, los miembros pueden, expresándolo, obligarse en particular, al mismo tiempo que la corporación se obliga colectivamente; y la responsabilidad de los miembros será entonces solidaria si se estipula expresamente la solidaridad. Pero la responsabilidad no se extiende a los herederos, sino cuando los miembros de la corporación los hayan obligado expresamente.</p> <p>Artículo 650. Normatividad de las fundaciones de beneficencia. Las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una colección de individuos, se registrarán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a este respecto, o sólo la hubiere manifestado incompletamente, será suplido este defecto por el presidente de la Unión.</p> <p>Artículo 652. Terminación de las fundaciones. Las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención.</p>
Estatuto Tributario	Artículo 19. Contribuyentes con un régimen tributario especial
Decreto 1529 del 13 de julio de 1999	Por el cual se reglamenta el reconocimiento y cancelación de personerías jurídicas de asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, en los departamentos (Artículos 1, 2, 7, 17)

Marco jurídico de las OSC en México

Al igual que en Colombia se encuentran varias disposiciones constitucionales que abordan el tema de las OSC, tales como el artículo 9 y 133. Este último permite aplicar convenios y tratados internacionales tales como el Pacto de San José:

Tabla 2. Disposiciones legales en México

Norma jurídica	Artículo
<p>Constitución Política (CP)</p>	<p>Artículo 9. no se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país.</p> <p>Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la unión</p> <p>Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.</p> <p>Artículo 25. Bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social ...de la economía. La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.</p>

<p>Convención Americana sobre Derechos Humanos</p>	<p>Artículo 16. 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás</p>
<p>Código Civil Federal (CCF)</p>	<p>Art. 2670. Del establecimiento Art. 2673. De los estatutos Art. 2676. De la asamblea y su funcionamiento Art. 2685-2686. Del cese de actividades</p>
<p>la Ley federal de Fomento a las Actividades de las Organizaciones de la Sociedad Civil (LF)</p>	<p>Es el principal ordenamiento jurídico que regula los derechos y deberes de las OSC y enlista las actividades que son de fomento para dichas organizaciones.</p>
<p>Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal (LIAPDF)</p>	<p>Regula la pertinente al registro y su resguardo, también se delimita las entidades encargadas de la supervisión de las OSC, consistentes en las Secretarías de desarrollo social.</p>
<p>Ley de fomento en el distrito federal</p>	<p>Adicional a todas las normas que aplican a nivel nacional, en cada estado o distrito federal de México se puede encontrar una regulación más especializada para la situación del mismo, a manera de ejemplo se encuentran: la Ley de fomento a las actividades de bienestar y desarrollo</p>

	social para Baja California, Ley de Fomento a las Actividades de Bienestar y Desarrollo Social para el Estado de Chihuahua, Ley de desarrollo social para el estado de Oaxaca, entre otras.
--	---

Enfoque garantista de las organizaciones de la sociedad civil (OSC) y su impacto en el Estado social de derecho

“Sociedad civil” es el término contemporáneo para definir lo que hace un par de siglos comúnmente se conocía como “el pueblo”; una concepción más dinámica del concepto de la “nación” que constituye a un Estado. De ahí pues que defender a la sociedad civil equivalga a querer salvaguardar al constituyente primario de un Estado Democrático y la posibilidad real que tienen los ciudadanos de reunirse, asociarse, informarse y expresarse” (Ruiz, 2008, p.1)

Se ha evidenciado la participación de las OSC en los procesos de defensa de Derechos Humanos, como instituciones que se encuentran respaldadas y reconocidas por las disposiciones constitucionales, pactos y tratados internacionales sobre DDHH ratificados en el caso puntual de México y Colombia, son reconocidas como actores importantes para el desarrollo social en diversos aspectos, tienen un accionar colectivo y solidario centrado en la defensa o garantía de derechos como el derecho a la vida, a la conservación de la naturaleza, al fortalecimiento comunitario, a la convivencia, a la reconciliación, a la paz entre otros muchos más; todo lo anterior sin mencionar que también son actores importantes para la defensa de intereses de algunas minorías que “la ley” no suele tener muy presentes o que tristemente en algunas ocasiones quedan por fuera de la democracia y el desarrollo, como las comunidades indígenas o de mujeres en situación de indefensión, de niños y niñas con discapacidades o enfermedades terminales, las OSC también tienen un impacto en el Estado desde los mecanismos de participación ciudadana son garantes porque aseguran la participación ciudadana en los canales de democracia, podrían considerarse como un mecanismo de participación en su tipología de organismo de acción comunal, también se ha pronunciado al respecto la Corte Constitucional:

Las organizaciones civiles -entre las cuales se encuentran las asociaciones cívicas y comunales-, son auténticos mecanismos de participación de la ciudadanía que proyectan su objeto en diferentes áreas del que hacer social, en cuanto constituyen mecanismos democráticos de representación en las distintas instancias de participación, control y vigilancia de la gestión pública. (Corte Constitucional C-580/2001)

(...) “No puede negarse que el gran reto que enfrenta el Estado Social de Derecho que propugna la Carta de 1991, es el de contar con una sociedad civil democrática, participativa y pluralista que consciente de su responsabilidad colectiva sea capaz de ejercer sus derechos y asumir sus deberes dentro de un ambiente de libertad, tolerancia y solidaridad, para lo cual se deben propiciar las condiciones necesarias que permitan su desarrollo, no como un ente aislado, autónomo y autorregulado, sino como parte de un sistema más grande en el que cada una de las actores - Estado y sociedad - sirven a un propósito común y complementario, como es el desarrollo económico y el consecuente mejoramiento de la calidad de vida de la población.” (Corte Constitucional, 2001)

Así las cosas, se tiene que las OSC son actores importantes para el desarrollo del ESD, así como para suplir todas aquellas carencias en materia de derechos que puedan presentarse en el marco del ESD, con ello no se busca justificar la negligencia del mismo a la hora de proporcionarlos, sino que se quiere resaltar el impacto positivo que tienen este tipo de instituciones para el cumplimiento de los fines del estado. Ahora bien, en aras a mantener el buen funcionamiento de las OSC, el Estado debería proveer las condiciones favorables para ello, proporcionando un buen marco regulatorio que les permita funcionar y subsistir a largo plazo, pero contrario a este ideal nos encontramos con la realidad en caso de Colombia y México donde hay limitaciones legales que impiden su buen funcionamiento y mantenimiento en el tiempo.

Limitaciones legales para el buen funcionamiento de las OSC en el marco del estado social de derecho

Limitaciones en Colombia

Existen limitaciones, alcances y desventajas del funcionamiento de las OSC que se hacen evidentes en el campo regulatorio. Es así como se establecen las diferentes normas para ser adoptadas en Colombia.

En primer lugar, no es fácil conocer el derecho que regula a las OSC ya que por decirlo de cierta manera se encuentra una ausencia de legislación técnica y sistémica sobre el tema y el querer ahondar en ello requiere de un exhaustivo estudio de investigación y un ejercicio de interpretación y analogía para algunas de las normas por parte de quien quiera saberlo, existen contradicciones entre normas, tipologías y términos que a la postre lo que se genera es una incertidumbre jurídica, podría decirse que no se ha hecho mayores esfuerzos para la realización de una sistematización normativa; la poca regulación que se encuentra al respecto no es suficiente para la comprensión y a veces apenas se aplica. En este mismo sentido, Rodrigo Villar a través de la Universidad Johns Hopkins realizó un estudio sobre el sector sin ánimo de lucro en Colombia y llegó a la siguiente conclusión:

(...) Las tipologías y definiciones formales del sector son con frecuencia vagas y cambiantes. En términos legales, con la excepción de la legislación tributaria y una legislación más reciente relativa al registro de organizaciones, no hay ningún cuerpo normativo que abarque a todas las entidades sin ánimo de lucro.(...) Cada uno de los términos empleados para representar al sector hace énfasis en características 4 que son útiles para determinar la inclusión o exclusión de organizaciones específicas. Al mismo tiempo, no obstante, muchas de las características son usadas por dos o más términos.(Villar, 1998, p.11)

Se debe precisar que en Colombia hay dos tipos de instituciones sin ánimo de lucro: las corporaciones y las fundaciones, pero de estas dos pueden desprenderse diversas tipologías tal como se explicó antes, ahora bien, los problemas inician en la regulación cuando en la ley 22 de 1987 artículo 1 se establece una obligación de “reconocer y cancelar personería jurídica a las Asociaciones, Corporaciones, Fundaciones e Instituciones de utilidad común (...)”

dándole a entender al ciudadano de a pie que existen más de dos tipos de personas jurídicas sin ánimo de lucro, luego en la ley 489 de 1998 artículos 95 y 96 se permite la creación de asociaciones de orden estatal y asociaciones y fundaciones mixtas, entonces se encuentra en una contradicción con la legislación civil y el decreto 3130 de 1968 artículo 5 donde se establece que las fundaciones son personas jurídicas privadas, creadas y sujetas por el derecho privado sin poder estar adscritas o vinculadas con la administración pública por tratarse de instituciones de utilidad común, pero nuevamente entra la ley 489 del 98 a permitir que las asociaciones y fundaciones entre entidades del Estado y ciudadanos fueran regulados por el derecho civil. Otro asunto importante a tener en cuenta es la facilidad con lo que una OSC puede constituirse en Colombia, que podría llegar a comportarse como un arma de doble filo, pues si bien dicha agilidad y facilidad promueve la expansión de la sociedad civil también es cierto que se presta para desnaturalizar la figura de las OSC creando un velo que no deje ver la verdadera naturaleza de la entidad alejándose de los valores y fines que deberían caracterizar a estas organizaciones, ello debido a que el Decreto Ley 2150 de 1995 suprimió el proceso de aprobación de la personería jurídica para el reconocimiento, y lo convirtió en un trámite de las Cámaras de Comercio del país donde solo es necesario llenar un formulario para constituirse como tal.

Partiendo de la facilidad con la que una organización puede constituirse bajo la modalidad de OSC, se hace necesario realizar un control de inspección y vigilancia para así evitar la desnaturalización de las mismas o el fraude de otro tipo de entidades con actividades diferentes al desarrollo social, escondidas bajo el velo de una OSC, y es aquí donde se encuentra otro problema con las entidades reguladoras, ya que en Colombia esta función está en cabeza del legislador, es decir, es el Congreso el que se encarga de expedir las normas a las que debe sujetarse el gobierno para la inspección y vigilancia, el problema nace cuando no se deja claro en un primer momento a quién le corresponde realizar dicha función y cuando además la regulación pertinente solo tiene en cuenta a un tipo de institución sin ánimo de lucro, dejando a la capacidad del intérprete el entender si debe extender o no lo regulado allí para estas otras instituciones. En la Constitución

Política numeral 26, artículo 189 encontramos que es función del presidente de la República “Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores”, pero la ley 22 del 87 delegó esta función en los gobernadores del país y el Alcalde Mayor de Bogotá; y no solo delegó esta función sino también la de aprobar la personería jurídica de todas las corporaciones y fundaciones. Ahora bien, cuando esta norma de inspección y vigilancia se aprobó solo se tenían contempladas a las fundaciones pero dejando por fuera a las corporaciones que en aquel entonces solo beneficiaban a sus propios miembros, ¿se entiende entonces que se extiende todo lo mencionado allí a las corporaciones?; ese control de inspección y vigilancia es lo que permite que se pueda cancelar la personería jurídica de una OSC cuando se descubra una simulación de solidaridad pero, este es un asunto complejo y de poca aplicación debido a toda la incertidumbre jurídica que rodea el caso.

Todas estas contradicciones en la norma lejos de ser un beneficio, se convierten en limitaciones para el buen funcionamiento de las OSC en Colombia.

Limitaciones en México

En el caso de México se encuentra una regulación más completa para las OSC, sin embargo, esto no las exime de presentar límites al buen funcionamiento de las mismas, pues tanto la ausencia de regulación como la sobrerregulación tienen un impacto negativo. Así las cosas, México presenta una amplia regulación no solo a nivel nacional con la ley de fomento Federal sino a nivel distrital, en cada estado se encuentra una regulación propia y sus propios organismos de control consistentes en una entidad estatal llamada Secretaría de Desarrollo Social, sin embargo, esa amplia regulación se debe más a una desconfianza colectiva en las OSC y en querer controlarlas que en un querer fortalecerlas o ayudar a su profesionalización.

En el caso de México según la Ley Federal de Fomento a las Actividades Realizadas por Organizaciones de la Sociedad Civil las OSC tienen la obligación de estar inscritas en el registro federal, estatal y local y cualquiera pensaría que esto

se puede dar una coordinación entre estos para evitar una sobrecarga administrativa para las OSC, pero eso es justo lo que sucede, deben registrarse en cada uno y cumplir con diferentes obligaciones con requerimientos igualmente diferentes. Ahora bien, cuando hablamos del proceso de registro encontramos otra barrera legal; las OSC que deseen formalizarse pueden hacerlo sin llegar a ser una obligación, pero al hacerlo reciben ciertos incentivos y derechos, con las obligaciones que esto conlleva, pero dicho registro es una barrera para su buen funcionamiento y subsistencia pues es algo difícil de mantener, se pueden generar falta de recursos para obtenerlo y para mantenerlo y al parecer también hay una falta de esfuerzo por educar a cerca del proceso que debe llevarse a cabo para llevarlo a cabo, a lo que se suma la carga regulatoria y lo vuelve todavía más complejo.

La legislación fiscal es otra barrera más, las OSC son reconocidas como organizaciones sin fines de lucro, así las cosas, la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR) en su título III indica que las personas morales léase jurídica no lucrativas están exentas de pagar el impuesto sobre la renta, pero la LISR parte de una presunción incorrecta al considerar que solo las OSC que cuentan con el estatus de Donataria autorizada son consideradas sin fines de lucro, dejando todas las que no cuentan con dicha autorización por fuera debiendo pagar impuestos de sus remanentes de un periodo fiscal a otro.

Conclusiones

En el desarrollo del presente estudio de derecho comparado se han cumplido con los objetivos iniciales de la investigación, planteando la importancia de las OSC desde su posición de garante del ESD, al igual que se logró exponer las limitaciones legales en ambos países conociendo así su marco jurídico, también se evidenciaron los efectos de dichas limitaciones en el funcionamiento y sostenibilidad en el tiempo de las OSC para finalmente dar respuesta al interrogante ¿de qué manera influye el marco legal de las OSC desde su posición de garantes de derechos fundamentales en México y Colombia?, la respuesta a dicha pregunta se sigue del siguiente análisis.

Se ha observado que las OSC cumplen un rol garantista en el marco del estado social de derecho traducido en una posición de garante respecto de intereses colectivos que el Estado no alcanza a proporcionar completamente y que a pesar de tratarse de algo beneficioso para la sociedad civil que en últimas se traduce en el pueblo, son olvidadas en el caso de Colombia con una regulación contradictoria y poco esclarecedora y en el caso de México con una sobrerregulación igualmente poco beneficiosa.

Conforme a lo expuesto, se ha llegado a la conclusión de que en el caso de México la razón es el poco alcance que tienen las organizaciones y la poca información que hay de las mismas, al desconocerlas genera desconfianza, lo que hace querer controlarlas en cada aspecto llegando al punto de la sobrerregulación, aquí lo que habría que hacer es generar por parte de las OSC comunicaciones efectivas con la población en general para evidenciar qué es lo que hacen y por qué son importantes. En el caso de Colombia la razón es un poco más compleja y es que no se tiene una armonización del conjunto de normas que regulan las organizaciones quedando en una incertidumbre jurídica.

Todo lo anterior se traduce en esas barreras o limitaciones de carácter legal que influyen en ambos países impidiendo el buen funcionamiento de las OSC, dejando a estas organizaciones con un corte alcance para generar ese impacto positivo y ese rol garantista del que tanto se ha hablado, parece ser que el Estado no entiende que tener un entorno regulatorio propicio podría llegar a ser más beneficioso que la situación actual donde parece que el gobierno se empeña en poner trabas al funcionamiento de las OSC, que si bien no son ataques directos si les hace más difícil el poder defenderse y subsistir.

Así las cosas, y habiendo respondido a la pregunta de investigación, se encuentra la importancia del estudio de derecho comparado realizado en que permitió hacer visibles las debilidades y limitaciones legales encontradas en los marcos jurídicos de ambos países, haciendo notar los esfuerzos en el caso del gobierno de México por limitar el alcance de las OSC agregando cada vez más regulación al respecto con cada vez más requisitos difíciles de cumplir y en el caso

de Colombia se hizo notar el poco esfuerzo por regular la materia encontrando contradicciones entre normas y poca armonización. Es así como se evidencia un patrón en estos países de Latinoamérica, donde en últimas se puede entender la falta de desarrollo social en este tipo de actitudes desinteresadas y limitantes del gobierno para con estas organizaciones que buscan promoverlo.

Referencias bibliográficas

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 1. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 333. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [Const]. Art. 40. 5 de febrero de 1917 (México).

Corte Constitucional de Colombia. (10 de noviembre de 2016). Sentencia T – 622/16. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Colombia. Recuperado el 15 de julio de 2021, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (5 de junio de 1992). Sentencia T – 406/92. M.P. Ciro Angarita Barón. Colombia. Recuperado el 15 de julio de 2021, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (6 de junio de 2001). Sentencia C-580/01. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Colombia. Recuperado el 15 de julio de 2021, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-580-01.htm>

Espinoza, J. (2008). *Estado social (de Derecho) en México. Una óptica desde el garantismo jurídico-social*. Editorial Porrúa. P. 7. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25291.pdf>

Mauro, L., Guarín, M., Vivas, L., Roura, V., Silva, Y., Pacenza, M., Aparicio, M., Labrunée, M. y Calá, C. (2013). *Tejiendo REDES por la infancia. La*

experiencia de un proyecto de extensión de la UNMdP / María Eugenia Labrunée y Lucía Mercedes Mauro (ed.) – 1ª ed. – Mar del plata: Universidad Nacional de Mar del Plata, 2013. 114 p. Recuperado de <http://nulan.mdp.edu.ar/1909/1/01494.pdf>

Real academia española. (2021). Diccionario de la lengua española. Garante. Recuperado el 15 de julio de 2021, de <https://dle.rae.es/garante?m=form>

Real academia española. (2021). Diccionario Panhispánico del español jurídico. Garante. Recuperado el 15 de julio de 2021, de <https://dpej.rae.es/lema/garante>

Ruiz, A. (2008). *La Defensa de la Sociedad Civil Estudio en Leyes y Regulaciones Que Rigen Las Organizaciones de La Sociedad Civil en Colombia*. Recuperado de http://www.rendircuentas.org/wp-content/uploads/2011/06/Colombia_SP_2008.pdf

Vallejo Mejía, J. . (1988). *La constitución económica*. Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas, (80), 9-23. Recuperado a partir de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4827>

Villar, R. (1998). *Defining the Nonprofit Sector: Colombia, working papers of the Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project*, no.29 Editado por Lester M. Salamon y Helmut K. Anheier. Baltimore: The Johns Hopkins Institute for Policy Studies, 1998, p.11. Recuperado de http://ccss.jhu.edu/wp-content/uploads/downloads/2011/08/Colombia_CNP_WP29_1998.pdf